



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

RESIDÊNCIA ALTERNADA

Uma Questão de Particular Importância
na Salvaguarda do Superior Interesse dos Filhos
em Caso de Não Coabitação do Pai e da Mãe

Maria João Serpa Leal Cabrita

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2013

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

RESIDÊNCIA ALTERNADA
UMA QUESTÃO DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA
NA SALVAGUARDA DO SUPERIOR INTERESSE DOS FILHOS
EM CASO DE NÃO COABITAÇÃO DO PAI E DA MÃE

Maria João Serpa Leal Cabrita

Dissertação orientada pela Prof. Doutora Margarida Silva Pereira e apresentada à Faculdade de Direito para a obtenção do grau de Mestre, no âmbito do Curso de Mestrado Profissionalizante, em Ciências Jurídico-Forenses.

MESTRADO PROFISSIONALIZANTE EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES

2013

SINOPSE

Este trabalho incide sobre a importância da determinação da residência na vida de uma criança ou jovem quando os seus progenitores não coabitam.

Na primeira parte procurámos fazer uma resenha da evolução, histórica e legal, da família e da forma como a criança foi sendo vista ao longo dos tempos; como se passou da criança-objecto de direitos, para a criança-sujeito de direitos. Para tal atentámos especialmente na evolução do instituto do casamento, e na maneira como as responsabilidades dos pais relativamente aos filhos menores de idade foram sendo disciplinadas desde o Código de Seabra de 1867, até aos nossos dias.

Na segunda parte procurámos abordar as questões que consideramos essenciais na forma como se configuram as responsabilidades parentais nos dias que correm. Relativamente a um dos temas – alienação parental -, particularmente fracturante na nossa sociedade, apresentamos um conjunto de decisões dos nossos Tribunais, procurando assim não só sensibilizar o leitor para a pertinência deste assunto, mas também tornar claro quão necessária é uma reforma que venha colocar de facto o superior interesse dos filhos no centro das decisões sobre o exercício das responsabilidades parentais nos casos em que os pai e mãe não coabitam.

Na terceira parte apresentámos o modo de trabalhar adoptado no distrito alemão de Cochem-Zell, procurando com isso despertar os mais cépticos e os mais conservadores para o facto de haver outras maneiras de lidar com estes problemas, mais eficazes, mais céleres e com menos custos económicos e, sobretudo, menos custos humanos, que podem e devem ser experimentadas no nosso país, a bem das crianças, logo a bem da sociedade pois temos que ter sempre presente que as crianças de hoje são os adultos de amanhã. Para isso devem todos aqueles que têm responsabilidades nestas matérias trabalhar cooperativamente nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidades parentais; Superior interesse da criança; Guarda; Questões de particular importância; Figura de referência; Alienação Parental.

ABSTRACT

This work is focused on the importance for the life of a child or youth of the establishment of its domicile whenever the parents live apart.

In part one, we present a summary of the historical and legal evolution of the family and of the way in which the child has been seen throughout times; from child-object of rights to child-subject of rights. For the purpose, we focused in particular on the evolution of the institute of marriage and on the way in which the responsibilities of parents towards their under-aged children were regulated from the Code of Seabra of 1867 until today.

In part two, we have focused on matters we consider essential to parental responsibilities in this day and age. In what concerns one of the themes – parental alienation – a divisive issue in our society, we present several judgements issued by our Courts, trying not only to raise awareness in the reader for the importance of the matter, but also to make absolutely clear the need for reforms whereby the best interests of children in placed at the centre of the decisions on parental responsibilities when the parents live apart.

In part three we have presented the way in which the German district of Cochem-Zell works, seeking to awake the most sceptical and conservative to the fact that there are other ways to deal with these problems, which are more efficient, quicker and less costly both in economic and mainly in human terms, that may and should be experimented in our country, for the good of the children and consequently for the good of the society as we must not forget that today's children are tomorrow's adults. Thus, all of those working these matters should cooperate with each other for the purpose.

KEY WORDS: Parental responsibilities; Best interests of the child; Guardianship; Matters of the utmost importance; Reference figure; Parental Alienation.

Algumas abreviaturas utilizadas

Ac. - Acórdão

CC - Código Civil

CRP - Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

GRAL – Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios

IRS – Instituto de Reinserção Social

OTM – Organização Tutelar de Menores

RAL – Resolução Alternativa de Litígios

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG - Tribunal da Relação de Guimarães

TRL - Tribunal da Relação de Lisboa

TRP - Tribunal da Relação do Porto

ÍNDICE

Sinopse	5
Abstract.....	7
Questões Prévias.....	13
Prefácio.....	17
PARTE I - ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E LEGAL.....	21
1. Da Família	23
2. Evolução Jurídica do Instituto do Casamento	27
a. Código Civil de 1867 (Código de Seabra)	27
b. Lei do Divórcio de 1910.....	29
c. Concordata de 1940.....	31
d. Código Civil de 1966.....	31
e. Reformas do Código Civil Pós 25 de Abril de 1974.....	32
3. Da Infância – A Criança, de Objecto a Sujeito de Direitos.....	38
4. Do Poder Paternal às Responsabilidades Parentais	43
a. Código Civil de 1867 (Código de Seabra).....	43
b. Lei de Protecção dos Filhos de 1910.....	45
c. Código Civil de 1966.....	46
d. Reformas do Código Civil Pós 25 de Abril de 1974.....	49
5. A Constituição da República Portuguesa.....	54
6. Outros Diplomas Legais	57
a. Organização Tutelar de Menores.....	57
b. Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo.....	57
c. Regime Jurídico da Adopção.....	58
d. Apadrinhamento Civil	59
e. Lei Tutelar Educativa	59
Síntese.....	60

PARTE II - AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS HOJE.....	63
1. Superior Interesse da Criança ou Jovem	65
2. Das Responsabilidades Parentais e Guarda.....	79
a. Contéudo	92
b. Questões de Particular Importância.....	97
c. Figura de Referência.....	105
3. Alienação Parental.....	111
a. Abuso Sexual e/ou Violência Doméstica num cenário de litígio relativo à custódia dos filhos.....	116
b. As Vítimas.....	120
4. Dos Processos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais.	139
a. Jurisdição Voluntária.....	139
b. Da Falta de Especialização.....	142
c. Audição de Crianças e Jovens.....	149
d. Do Tempo das Crianças - Do Tempo dos Tribunais.....	156
e. Mediação Familiar.....	158
 PARTE III - DA TEORIA À PRÁTICA, UM EXEMPLO	 167
1. Prática de Cochem-Zell	169
 CONCLUSÕES	 179
 BIBLIOGRAFIA	 191
 Uma Curiosidade: Direito da Família Soviético no Início do Séc. XX.....	 202

QUESTÕES PRÉVIAS

I - Este trabalho incide sobre o exercício das responsabilidades parentais, centrando-se na questão da residência do menor¹, defendendo nós um regime-regra diferente do instituído por considerarmos ser o que melhor protege os direitos das crianças e jovens cujos progenitores não coabitam **quando** filhos, progenitores, e o relacionamento entre uns e outros **está dentro de parâmetros que na nossa sociedade são considerados normais**. Ficam de fora todos os casos em que a situação familiar foge ao que é o *considerado normal*, como por exemplo acontece quando qualquer dos progenitores põe em causa o bom desenvolvimento da personalidade e o bem estar dos filhos, ou seja, quando os põe de alguma maneira em perigo. As especificidades de cada um desses casos exige que sejam objecto de tratamento diferenciado.

II - O facto de só nos referirmos a progenitores, mães, pais, filhas e filhos não afasta em nada a aplicabilidade de tudo quanto se defende a adoptantes e adoptados façam estes parte de famílias heterossexuais ou homossexuais, nem às demais maneiras de estabelecer o vínculo da filiação sendo disso exemplo os casos de doação anónima de sémen ou óvulos.

III - Não encontrámos muitos estudos sobre este tema. Além dos livros, revistas, legislação, artigos encontrados na internet, jurisprudência, filmes e programas de televisão, todos referidos a final, baseámos o nosso trabalho também em casos de vida dos quais temos conhecimento directo.

IV - Há ainda um outro aspecto, que embora de outra natureza, achamos importante salientar desde já: a questão dos conceitos.

¹ Não cabem no âmbito deste trabalho as questões relativas a alimentos e património o que, naturalmente, não significa que as achemos questões menores.

Falar de guarda dos filhos pressupõe, sempre, que estamos perante crianças cujos progenitores não coabitam pois, quando assim não é, os filhos ou estão à guarda de ambos, ou estão à guarda de terceiros por incumbência e com o acordo destes.²

Do nosso ponto de vista, existe alguma confusão à volta dos conceitos de guarda e de responsabilidades parentais visto a lei nos fornecer alguns critérios que permitem densificar o segundo, mas quase nenhum que permita fazer o mesmo quanto ao primeiro, e em ambos os casos não nos dar uma definição. Disto resulta que a distinção entre os diversos tipos de guarda por um lado, e guarda e responsabilidades parentais por outro, se centre na semântica ou em conceitos jurídicos pouco apurados consoante a pessoa a quem a questão se coloca, o que obsta a uma clareza que só traria vantagens para a discussão e compreensão deste assunto. Este aspecto aliado ao facto de não ser claro se guarda e responsabilidades parentais devem, ou não, ser entendidos de forma autónoma leva a que se torne difícil concretizar o que se deve entender por cada um dos tipos de guarda por um lado, e por guarda e responsabilidades parentais por outro.

No seu livro *Guarda Compartilhada: Um Modelo de Responsabilidade Parental*,³ Waldyr Grisard Filho propõe definições para todos estes conceitos chave, que resumimos assim:

Poder parental⁴ - caracteriza-se por um conjunto de direitos e deveres que cabe aos progenitores exercerem no interesse dos filhos, uns de natureza pessoal e outros de natureza patrimonial. No essencial traduzem-se no direito/dever de guarda, de educação, de correcção, de assistência moral e patrimonial, de representação, de vigilância e de fiscalização.

² Poderá haver situações em que assim não seja contudo, a regra será esta.

³ GRISARD FILHO, Waldyr, *Guarda Compartilhada um Modelo de Responsabilidade Parental*, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009

⁴ Ob. cit., p. 47 e seguintes

Guarda comum⁵- caracteriza-se por tanto a guarda física, como o exercício de todas as responsabilidades que cabem aos progenitores, serem divididas igualmente por ambos, e consiste na convivência e na comunicação diárias entre estes e os filhos. É o modelo vigente quando todos coabitam, independentemente do tipo de união entre os progenitores ou seja, a sua origem não é nem legal nem judicial, é natural, decorre do facto de se ser pai e de se ser mãe;

Guarda alternada⁶- caracteriza-se por caber a cada um dos progenitores, de forma intercalada e sucessiva, tanto a guarda física como todas as responsabilidades inerentes ao facto de se ser pai ou mãe ou seja, a cada momento é apenas um que exerce de forma exclusiva a totalidade de direitos e deveres que integram o poder parental;

Guarda compartilhada ou conjunta⁷- caracteriza-se pelo facto de os progenitores tomarem em conjunto todas as decisões importantes para a vida dos filhos, o que se traduz numa situação de igualdade de cada um relativamente ao outro do ponto de vista legal.

Embora se interpenetrem, consideramos útil distinguir claramente responsabilidades parentais de guarda. Assim, adoptámos os seguintes conceitos como instrumento de trabalho, que mais à frente iremos articulando, enquadrando e testando no regime legal, por os considerarmos mais consentâneos com o que as próprias palavras querem dizer:

Responsabilidades Parentais – conjunto de deveres/direitos que cabem a cada um dos progenitores, e que deverão ser exercidas por ambos quer estes coabitem quer não, quanto a todos os aspectos de particular importância na vida dos filhos, até à maioridade ou emancipação destes, e exercidos por aquele com quem os filhos estão quanto aos assuntos da vida corrente. Não se confundem com a guarda;

⁵ Idem, p. 85

⁶ Idem, p. 91

⁷ Idem, p. 91

Guarda conjunta – guarda exercida por ambos os progenitores, de forma simultânea, só compaginável com a vida em comum;

Guarda única – guarda exercida por só um dos progenitores, tendo o outro, ou não, o dever/direito de estar com os filhos por períodos em regra curtos e coincidentes com fins-de-semana e férias;

Guarda alternada – guarda exercida por ambos os progenitores, de forma alternada, sendo tendencialmente igual o tempo que os filhos passam com cada um deles. Obedece a uma regra pré-estabelecida.

Guarda compartilhada – guarda exercida por ambos os progenitores sem que haja uma regra pré-estabelecida que determine qual a quantidade de tempo que o filho passa com cada um deles. Só possível quando os progenitores têm entre si uma relação cooperante, centrada no que é o melhor para os filhos em cada momento. Não é passível de ser imposta.⁸

Uma última nota para referir que ora se ouve falar em residência, ora se ouve falar em guarda para designar a mesma realidade: com quem a criança ou jovem tem fixado o seu domicílio. Nós optámos por utilizar o termo guarda.

⁸ Esta forma de guarda, pela sua própria natureza, acaba por não chegar aos Tribunais nos casos de dissolução de união de facto. Em sede de divórcio por mútuo consentimento - situação em que é obrigatória a apresentação de um acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais - as partes limitam-se a apresentar um acordo tipo que seja garantidamente homologado, mas que não é o que pretendem aplicar.

PREFÁCIO

Com o presente trabalho propomo-nos demonstrar que, quando os progenitores se separam, tendo ou não coabitado, havendo ou não litígio entre eles, a guarda alternada é a que melhor serve os interesses dos filhos, e que por essa razão, esse deveria ser o regime-regra a aplicar pelos nossos Tribunais, devendo qualquer decisão em contrário ser cuidadosamente ponderada e devidamente fundamentada.

Não nos iludimos pensando que a guarda alternada é um sistema perfeito, isento de problemas. Claro que não é assim mas, existe algum sistema perfeito? O ideal para o pleno e equilibrado desenvolvimento de uma criança/jovem seria ter nascido muito desejada, de um grande Amor, os progenitores coabitarem, felizes, e partilharem entre si a responsabilidade e o prazer de acarinhhar, cuidar e educar aquele ser cuja vida surgiu de um acto da sua vontade à qual ela é completamente alheia. Infelizmente nem todos os casos que conhecemos correspondem a este padrão.

O facto de os progenitores de uma criança ou jovem coabitarem garante que essa criança ou jovem é um ser feliz, que se desenvolve de forma harmoniosa, num ambiente estável e em segurança? E que um dia virá a ser um adulto feliz, socialmente integrado, e responsável? Pensamos que no mundo real nem sempre é assim. Admitindo que estamos certos, por que razão havemos de considerar então que a divisão do tempo da criança ou jovem entre a casa do pai e a casa da mãe há-de ser, à partida, prejudicial para essa mesma criança ou jovem? Não estaremos, quando defendemos que um dos progenitores deve ser o guardião e o outro o visitador (embora com certas prerrogativas) a desvalorizar por um lado a capacidade que as crianças e jovens têm de se adaptarem a novas situações, e por outro a amputar-lhes o direito a todo um conjunto de vivências com um dos progenitores que só seriam possíveis se lhes fosse dada a possibilidade de partilharem com ambos as doçuras e agruras do dia-a-dia?

Acreditamos que, nos casos de divórcio/separação com grande grau de litígio, a disputa da guarda de uma criança ou jovem surge muitas das vezes mais da vontade que os

progenitores têm de exercer represálias um sobre o outro, e muito menos da determinação de colocar o superior interesse da criança como critério fundamental da decisão, acabando este por ser instrumentalizado em nome de outros objectivos, com tudo o que isso implica. Aliás, verifica-se muitas vezes que aqueles que pretendem ver o outro progenitor excluído, acabam por endossar a criança aos cuidados de outrém (nos casos de alienação parental há muitas vezes um grande suporte dos avós ou outros).

Se a lei estabelecesse como regime-regra a guarda alternada isso iria permitir desde logo excluir uma pretensão de monopólio que até na base de tantas disputas. Aliás, vamos mais longe, acreditamos que um regime-regra como o que defendemos potenciará uma parentalidade e uma conjugalidade mais responsáveis e empenhadas na medida em que ambos os progenitores se veriam obrigados a compreender que os filhos não são propriedade de ninguém e que têm um direito inalienável a ambos; que em caso de separação ou divórcio não lhes restará outra opção que não seja a de se entenderem quanto aos aspectos essenciais relativos à vida dos filhos pois no momento em que se tornaram pai e mãe tornaram-se responsáveis por aquele ser; e que, portanto, os filhos não vão poder servir de *arma de arremesso* para atacar o/a ex devendo as questões atinentes à ruptura conjugal serem tratadas pelo (ex-)casal de forma totalmente independente das questões da parentalidade. Ser pai ou mãe de, tem uma natureza muito diferente de ser marido ou mulher de. Ser pai ou mãe é para sempre, ser marido ou mulher pode ser cada vez mais efémero.⁹

Para nós a guarda alternada representa o direito que cada criança ou jovem tem a ambos os progenitores, direito esse que não deve ser coartado pelo facto de estes, por decisão só de um ou de ambos, coabitarem ou deixarem de coabitar.

⁹ Parafrazeando a socióloga Susana Atalaia na sua comunicação na *II Conferência Internacional Igualdade Parental XXI – Reflectir e Agir em prol da Coparentalidade*, “hoje em dia as pessoas não se casam, vão-se casando, sendo ¼ dos casamentos segundas núpcias.” Pode-se ouvir a intervenção desta socióloga aqui: <http://justicativ.pt/index.php?p=2991>

Sem escamotear as situações em que é pernicioso a atribuição da guarda a ambos os progenitores pensamos que esta será, apesar de todas as dificuldades, a única maneira de obstar de forma activa e incisiva a um possível, e muito provável em alguns casos, progressivo afastamento de um dos progenitores relativamente aos filhos, com prejuízo de ambos: para um saudável crescimento todas as crianças e jovens precisam de pai e de mãe e negar-lhes esse direito é negar-lhes o direito a uma parte da sua identidade.

Da mesma maneira que a democracia, sem ser um sistema perfeito, é a melhor e a mais justa forma de organização do Estado, pensamos que a guarda alternada é à partida a melhor e mais justa forma de organização das famílias quando os progenitores não coabitam, e ainda que não se entendam nas questões atinentes aos filhos, por lhes permitir terem pai e terem mãe por inteiro, e por excluir à partida um sistema de monopólio que se pode revelar altamente perverso por todos os motivos que vamos demonstrar.

A não ser em casos excepcionais, que por isso mesmo precisam de ser tratados de forma excepcional, estamos cada vez mais convencidos que os filhos, se pudessem escolher sem constrangimentos, escolheriam partilhar mais ou menos a mesma quantidade de tempo com o pai e com a mãe: amam os dois, precisam dos dois, têm um direito inalienável aos dois.

PARTE I

ENQUADRAMENTO HISTÓRICO E LEGAL

1. DA FAMÍLIA

Acredita-se que durante milénios, à semelhança do que acontece com os primatas, a figura do pai enquanto genitor não existia. Os filhos eram obra da mãe, não tendo por isso o amante desta qualquer interesse nos filhos dela. Quando não existe interesse, não existe a necessidade de ter poder sobre. Foi a descoberta da capacidade geradora do macho que levou ao aparecimento da figura do pai. A indiferença deste perante a sua progenitura deu assim lugar a uma nova forma de hierarquização dos grupos de homínídeos – o regime patriarcal:

“[...] esse macho que se tornou consciente de «engendrar», que se tornou cioso da sua auctoritas sobre as crianças de que é «autor», e a mulher com quem os fez e de quem entende controlar todos os actos de modo a mantê-la em estreita sujeição.”¹⁰

O surgimento da figura do pai foi por isso responsável pela longa subordinação das mulheres aos homens. Não era alheia a esta questão o facto de as mulheres terem sido a partir de então, e durante longo tempo, consideradas nalgumas sociedades como meros receptáculos do esperma pelo que, biologicamente, eram estranhas à criança que carregavam no ventre, descendendo esta apenas do pai. Não vá outro homem depositar a sua semente naquele ventre, há que confinar a mulher à casa, incumbindo-a apenas das tarefas que aí se podem executar. Diz-nos Evelyne Sullerot que “[...] não é a sexualidade que está em causa na decisão de enclausurar as mulheres casadas, mas a paternidade.”¹¹ A descoberta da paternidade foi, na perspectiva desta socióloga, determinante da condição feminina.

“As pessoas não pertenciam, como hoje sucede, a duas famílias: à família paterna e à materna.

¹⁰ SULLEROT, Evelyne, *Que pais? Que filhos*, Lisboa, Coleção Antropos, Relógio D'Água Editores, 1993, p. 26

¹¹ Idem, p. 33

Havia só uma família, que era a paterna, por virtude do carácter *agnatício do parentesco*.”¹²

Maternidade e paternidade são portanto conceitos que, derivando dos contextos e condicionalismos históricos e sociais, se tornam passíveis de interpretação diferenciada, o que permite desde logo rebater as teorias que se alicerçam num dogmatismo *natural e biológico* para definir universalmente que toda a criança é propriedade genética do seu pai biológico e da sua mãe biológica, e que toda a gestão do seu futuro deve inevitavelmente respeitar essa condição prévia.

A antropóloga Margaret Mead, no seu estudo *Adolescência, sexo e cultura em Samoa* ilustra bem o relativismo cultural destes conceitos. Estudando em pormenor adolescentes de outras paragens que, perfeitamente integrados nos rituais e experiências da vida quotidiana das suas comunidades - sem vivenciarem os tabus ocidentais relativos aos ciclos da vida e da morte, da sexualidade ou da competição pelo trabalho ou pelo consumo -, e educados em sentido restrito pela mãe biológica e social e pelo pai social - papel desempenhado pelo irmão da mãe e não pelo pai biológico-, acabam por não sofrer os tão apregoados desajustamentos psico-sociais - conflitos geracionais, ansiedade e revolta relacionada com as contrariedades da vida e do futuro - que caracterizam a média dos comportamentos juvenis do ocidente.¹³

Durante séculos a história da família escreveu-se no seio do grupo alargado no qual a união conjugal entre um homem e uma mulher se inseriam, união conjugal essa decidida pelos seus membros como forma de assegurar determinadas funções - políticas, económicas, patrimoniais, etc. - que à família competiam. O afecto nada tinha que ver com este casamento, que “[...] decorria no quadro desse grupo, respeitando os seus

¹² VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 1º volume, 5ª edição, revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony Editores, 1999, p. 45

¹³ Tivemos conhecimento deste estudo indirectamente, através do sociólogo Rogério Neto e da seguinte página:
<http://obviousmag.org/archives/2010/11/margaret-mead-das-tribos-primitivas-a-revolucao-sexual-feminina.html>

valores e as suas exigências, cumprindo um destino pré-definido, com uma relevância fundamentalmente económica e reprodutiva - «o casamento aliança».”¹⁴

Só no século XIX é que “O casamento passou a ser um assunto dos parceiros matrimoniais e não um assunto das respectivas famílias.”¹⁵, contudo continuava submetido a um conjunto de regras rígidas que definiam o papel da família por um lado, e o papel de cada um dos cônjuges por outro, disciplinando mesmo os deveres pessoais de cada um, e cabendo à mulher um papel subalterno relativamente ao homem, mesmo no que aos filhos dizia respeito.

Escrevia uma jovem advogada em meados dos anos 30 do século passado a propósito do poder maternal na constância do casamento

“É certo que por lei a mãe deve ser ouvida em tudo o que diz respeito aos filhos. Mas tratar-se-á de uma obrigação imposta ao pai? Quere-nos parecer que não e que este preceito é uma regra mais de aspecto moral do que propriamente jurídico pois toda a norma jurídica importa naturalmente uma sanção para o caso do seu não cumprimento, sanção que aqui não existe. Se o pai tomar, quanto aos filhos, quaisquer medidas que lhe aprazam sem ouvir a mãe, esta não tem nenhum meio legal de se opôr à execução dessas mesmas medidas nem de sobre elas fazer ouvir a sua opinião. E ainda que seja consultada, como o pai não é obrigado a seguir ou a ter em conta o seu conselho, este único privilégio concedido pela lei, reduz-se praticamente a nada.”¹⁶

Apesar de ter havido ao longo da história quem, como Condorcet,¹⁷ “[...] o filósofo mais feminista do seu século [...]”¹⁸ - século XVII – tivesse lutado por direitos iguais para as mulheres defendendo que estas podiam “aceder a todas as posições, porque só a

¹⁴ COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editores, 2008, p.101

¹⁵ Idem, p.102

¹⁶ GUIMARÃES, Elina, *O Poder Maternal*, Lisboa, Livraria Moraes, 1933, p. 47

¹⁷ Filósofo e matemático francês, 1743-1749.

¹⁸ BADINTER, Elisabeth, *O Amor Incerto – História do Amor Maternal do Séc. XVII ao Séc. XX*, Lisboa, Colecção Antropos, Relógio d'Água Editores, s/d, p. 169

injustiça e não a sua natureza”¹⁹ as afastava do saber e do poder, em Portugal só em meados dos anos setenta do século passado, com a emancipação feminina gerada pela entrada maciça das mulheres no mercado de trabalho, e as alterações legislativas que lhes permitiram ter um estatuto igual ao dos homens perante a sociedade e perante a lei, se começou a operar uma grande modificação no casamento, com cada um dos cônjuges a procurar realizar-se em termos pessoais e profissionais. Esta busca de realização pessoal levou a que cada um dos membros do casal passasse a exigir mais de si próprio, do outro, e da relação matrimonial, deixando assim de, em muitos casos, ser suficiente por parte do homem assegurar o sustento da casa, e da mulher exercer as funções de mãe, esposa e dona de casa.

“Temos, finalmente, dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo processo de renascimento da subjectividade característico das sociedades modernas. Cada membro do casal procurará na comunhão de vida a maior realização pessoal e a maior satisfação que puder.”²⁰

passando assim a existir “[...] maior liberdade interior para assumir erros ou mudar situações intoleráveis.”²¹

É da natureza do ser humano querer ir sempre mais além. O que é a sua maior ambição num determinado momento torna-se *direito adquirido* mal é alcançado, dando lugar a novos desejos e ambições. A forma como o direito da família tem evoluído não é excepção a esta regra, contudo não sem avanços e retrocessos como veremos de seguida. O outrora poder paternal, hoje responsabilidades parentais, foi-se desenhando ao longo dos tempos à medida da evolução do casamento. Começemos por isso por ver, em traços largos, como é que este instituto se desenvolveu desde o Código de Seabra.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

²¹ STRECHT, Pedro, *Interiores*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2001, p. 281

2. EVOLUÇÃO JURÍDICA DO INSTITUTO DO CASAMENTO

a. Código Civil de 1867 (Código de Seabra)

No nosso primeiro Código Civil o casamento estava disciplinado no Capítulo I do Título II, que tinha como epígrafe *Dos Contratos em particular*, o qual estava inserido no Livro II cujo título era: “Dos direitos que se adquirem por facto e vontade próprias e de outrem conjuntamente.”

Até então e desde o Concílio de Trento (1563) o casamento era regido pelo Direito canónico; a partir desta codificação das leis civis passou a haver a possibilidade de os não-católicos casarem civilmente.²²

“Durante muitos séculos, desde a fundação da nacionalidade, a família lusitana obedeceu na sua traça jurídica essencial ao modelo da família *cristão comunitária* do período medieval.

O primeiro embate sério da concepção tradicional do matrimónio confessional com o novo figurino do casamento *burguês*, implantado na Europa pela Revolução Francesa, registou-se quando, na revisão do projecto do Código Civil do Visconde de Seabra, por influência de ALEXANDRE HERCULANO, se introduziu, ao lado do casamento católico, a celebração do casamento civil.”²³

Em ambos os casos o casamento era encarado como um contrato perpétuo,²⁴ logo que só se dissolveria com a morte de um dos cônjuges, e tinha como efeitos automáticos a

²² Dispunha o artigo 1057^a do Código: “Os catholicos celebrarão os casamentos pela fôrma estabelecida na igreja catholica. Os que não professarem a religião catholica celebrarão o casamento perante o official do registo civil, com as condições, e pela forma estabelecida na lei civil.”

²³ VARELA, Antunes, ob. cit., p. 58

²⁴ Diz-nos Menezes Cordeiro no texto que serviu de apoio a uma comunicação sobre o tema, intitulada *Divórcio e Casamento na I República: Questões fraturantes como Arma de Conquista e de Manutenção do Poder Pessoal?*, feita na Academia de Ciências de Lisboa a 10 de Março de 2011 - p.85 – que: “Para fazer juízos de valor sobre factos passados, temos de assumir os valores e as realidades da época em que

legitimidade dos filhos, as relações de afinidade, o regime sucessório e efeitos patrimoniais consoante o casamento tivesse sido celebrado de acordo com os costumes do reino, com separação de bens ou simples comunhão de adquiridos, ou de acordo com o regime dotal.²⁵

Para que pudesse ser celebrado antes de os cônjuges terem atingido a maioridade, na altura os vinte e um anos, os rapazes tinham que ter pelo menos catorze anos e as raparigas doze. Além disso era necessária, como hoje, autorização dos progenitores, contudo não havendo concordância entre estes, era ao pai que cabia decidir. Se o pai ou a mãe tivessem morrido a necessária autorização cabia ao cônjuge sobrevivente, a não ser que, sendo a mãe, esta tivesse voltado a casar, caso em que a decisão caberia ao conselho de família,²⁶ excepto se aquela tivesse sido confirmada na administração dos bens dos filhos.

Tal como hoje, eram admitidas as convenções antenupciais contudo, a mulher nunca poderia privar o marido da administração dos bens do casal, nem dos seus bens próprios, sendo que, no máximo, poderia receber para deles livremente dispor, *a título de alfinetes*, não mais que um terço dos rendimentos dos seus bens próprios.

A mulher não podia contrair dívidas sem a autorização do marido a não ser que este estivesse ausente ou impedido e, cumulativamente, o fim para o qual a dívida era contraída não permitisse que esta esperasse pelo seu regresso ou que cessasse o seu impedimento.

eles ocorreram. A indissolubilidade do casamento resultou do pensamento cristão. Mas operaram, ainda, razões humanas, sociais e económicas. Nas épocas históricas em que a riqueza e a sua administração estavam nas mãos dos homens, a manutenção da faculdade de repúdio [...] jogava fortemente contra as mulheres. Estas, perante o divórcio decidido ou provocado pelos maridos, ficavam em total desamparo. A solidez do casamento operava como reequilíbrio da desigualdade da mulher: era o melhor penhor da proteção desta, tanto mais que implicava, em regra, a comunhão geral de bens.” Este artigo está disponível aqui: <https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>

²⁵ Ver artigos 1096º e seguintes do Código de Seabra.

²⁶ O conselho de família era constituído só por homens, num total de cinco, preferencialmente parentes, três do lado do marido, dois do lado da mulher. As suas decisões eram tomadas por maioria absoluta de votos dos vogais presentes.

Ao marido competia proteger e defender a pessoa e os bens da mulher; enquanto à mulher competia obedecer ao marido tendo este, conseqüentemente, uma série de prerrogativas sobre a mulher que, por exemplo, sendo autora não podia publicar os seus escritos sem a autorização dele a não ser que pedisse suprimento judicial dessa autorização. Além disso estava impedida de estar em juízo sem autorização do marido a não ser nos casos tipificados na lei. As autorizações do marido de que a mulher carecia tinham que ser dadas especificamente para cada acto autorizado tendo, algumas delas, que constar de escrito autêntico ou autenticado.

Particularmente interessantes são as causas que legitimavam a separação de pessoas e bens: o adultério da mulher; o adultério do marido com escândalo público, ou completo desamparo da mulher, se este mantivesse no domicílio conjugal uma amante a quem sustentava; o facto de o cônjuge ter sido condenado a pena perpétua; se tivesse havido sevícias e injúrias graves. Em caso de separação, todas as questões com ela conexas relativas a pessoas e bens era decididas pelo conselho de família, ouvido o Ministério Público, sendo depois homologada essa decisão pelo Tribunal, sem que houvesse direito de recurso - excepção feita quanto ao valor a atribuir a título de alimentos.

b. Lei do Divórcio de 1910

A Lei do Divórcio - decretada menos de um mês após a proclamação da República²⁷ - e posteriores alterações,²⁸ veio admitir que embora se presumisse perpétuo, o casamento

²⁷Esta lei foi decretada a 3 de Novembro de 1910. Pode-se ler o seu texto original aqui: <http://dre.pt/pdfgratis/1910/11/02600.pdf> . Como será fácil de imaginar foi uma lei muito criticada, não só por não ter sido discutida publicamente mas também, e sobretudo, por permitir o divórcio por mútuo consentimento, o que nem a lei francesa de 19 de Julho de 1884 permitia. Diz-nos Menezes Cordeiro na p. 84 do texto já referido anteriormente que “A aplicação prática do diploma foi escassa. Nos finais de 1911, havia 2658 divorciados: quase tantos quanto os separados, à luz da lei anterior. Foram, pois, pessoas de classe média, cujos casamentos já não subsistiam, no plano dos factos, que aproveitaram o novo regime.”

²⁸ Decreto-lei n.º 1 de 25 de Dezembro de 1910; Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa de 7 de Maio de 1940 cujo texto se pode ler aqui:

civil poderia passar a dissolver-se não só pela morte de um dos cônjuges mas também pelo divórcio, o qual poderia ser litigioso ou por mútuo consentimento. A lei civil, por força do artigo 24º da Concordata celebrada a 7 de Maio de 1940 entre a Santa Sé e a República Portuguesa, só se applicava quanto a esta questão ao casamento civil, logo para os casados catolicamente a única causa de dissolução do casamento continuou²⁹ a ser a morte de um dos cônjuges. O divórcio litigioso, pedido por um dos cônjuges, só se podia fundar no que estava expressamente previsto na lei.³⁰ Já o divórcio por mútuo consentimento só era admitido se os cônjuges estivessem casados há mais de dois anos, e tivessem ambos pelo menos vinte e cinco anos de idade.

O marido cuja mulher o abandonasse ou se recusasse a acompanhá-lo podia requerer, estava previsto na lei, que esta lhe fosse entregue. Por outro lado, se o marido expulsasse a mulher de casa, ou a abandonasse, ela poderia requerer que ele a voltasse a receber. Tanto num caso como no outro, havia excepções previstas.

Concluída toda a tramitação relativa ao processo de divórcio, cabia ao Juiz decidir, sendo admitido em todos os casos recurso da decisão até ao Supremo Tribunal de Justiça. Transitada em julgado a sentença autorizando o divórcio a mulher deixava de poder usar, sob pena de desobediência, os apelidos do marido.

<http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/Texto%20da%20Concordata%20-%201940.htm> ; e Decreto n.º 30615 de 25 de Julho de 1940.

²⁹ Pensamos que entre a entrada em vigor da lei do divórcio de 1910 e a data da concordata de 1940 seria possível aos casados catolicamente divorciarem-se visto na sub-secção I sob a epígrafe “Disposições especiaes relativas ao casamento catholico” vir o artigo 1070º do Código de Seabra estipular que: “A lei cannonica define e regula as condições, e os efeitos espirituaes do casamento; a lei civil define e regula as condições, e os efeitos temporaes d’elle.”

³⁰ O adultério da mulher; O adultério do marido; A condenação definitiva de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores fixas dos artigos 55.º e 57.º do Código Penal; As sevícias ou as injúrias graves; O abandono completo do domicílio conjugal por tempo não inferior a três anos; A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a quatro anos; A loucura incurável quando decorridos, pelo menos, três anos sobre a sua verificação por sentença passada em julgado, nos termos dos artigos 419.º e seguintes do Código de Processo Civil; A separação de facto, livremente consentida, por dez anos consecutivos, qualquer que seja o motivo dessa separação; O vício inveterado do jogo de fortuna ou de azar; A doença contagiosa reconhecida como incurável ou uma doença incurável que importe aberração sexual.

c. Concordata de 1940

Celebrada entre a Santa Sé e a República Portuguesa a 7 de Maio de 1940 esta Concordata veio trazer de volta parte do regime que vigorava antes da implantação da república, tornando o casamento indissolúvel a não ser por morte para os que daí em diante se casassem pela igreja ou seja, para a maioria da população. Estipulando nos seus artigos 22º e seguintes os efeitos dos casamentos católicos, dispunha o artigo 24º:

“Em harmonia com as propriedades essenciais do casamento católico, entende-se que, pelo próprio facto da celebração do casamento canónico, os cônjuges renunciarão à faculdade civil de requererem o divórcio, que por isso não poderá ser aplicado pelos Tribunais civis aos casamentos católicos.”

d. Código Civil de 1966

Aprovado pelo Decreto-Lei 47344 de 25 de Novembro de 1966, e entrado em vigor a 1 de Junho de 1967, neste código o casamento passa a ser disciplinado no Título II em cuja epígrafe se lê: “Do casamento,” inserido no Livro IV intitulado “Direito da Família.”

O conceito de casamento acolhido neste código deixou cair o carácter perpétuo do contrato, e passou a incluir que deveria haver entre os cônjuges uma plena comunhão de vida.

Como já vimos, este contrato tinha passado a poder dissolver-se por divórcio litigioso ou por mútuo consentimento, contudo num claro retrocesso face ao Decreto de 1910, este código vem determinar que o divórcio só pode ser litigioso,³¹ podendo fundar-se

³¹ No artigo 1792º deste CC, sob a epígrafe *Carácter Litigioso*, dizia-se: “O divórcio só pode ser

nas mesmas causas que justificavam a separação de pessoas e bens,³² se os cônjuges estivessem casados há mais de três anos por um lado, e tivessem mais de vinte e cinco anos por outro.

Os cônjuges casados pela igreja continuavam sem poderem divorciar-se.³³

Noutros aspectos verificou-se uma evolução embora por vezes mais aparente do que real.³⁴

e. Reformas do Código Civil Pós 25 de Abril de 1974

Após a revolução de Abril de 1974 tudo começou a mudar na nossa sociedade de forma muito acelerada. A situação jurídica das mulheres e o casamento foram, talvez, a face mais visível e emblemática dessa mudança.

requerido judicialmente por um dos cônjuges com fundamento em algum dos factos referidos no artigo 1778º, ou mediante a conversão da separação judicial de pessoas e bens.” Por sua vez o artigo 1778º enunciava como fundamentos para a separação litigiosa o adultério do outro cônjuge; práticas anticoncepcionais ou de aberração sexual exercidas contra a vontade do requerente; a condenação definitiva do outro cônjuge pela prática de determinados crimes; vida e costumes desonrosos do outro cônjuge; abandono do lar por período de tempo superior a três anos; quaisquer actos que ofendessem gravemente a integridade física ou moral do outro cônjuge.

³² A separação de pessoas e bens podia ser litigiosa ou por comum acordo se efectivamente a vida em comum estivesse comprometida.

³³ Por força da Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, de 7 de Maio de 1940.

³⁴ A idade núbil dos rapazes passou dos catorze anos para os dezasseis, e a das raparigas dos doze para os catorze sendo que, se qualquer dos pais não desse a necessária autorização o casamento só poderia ser celebrado se, depois de ouvidos ambos, o Tribunal considerasse injustificada a oposição; a mulher deixou de necessitar de consentimento do marido para exercer a generalidade das profissões ou para publicar as suas obras; o governo da casa, passou o código a dizê-lo explicitamente, competia à mulher; o dever de obediência anteriormente consagrado desapareceu; o marido, chefe da família, tem enquanto tal uma série de poderes/deveres sendo por isso quem a representava, e a quem cabia decidir todos os actos da vida conjugal, cabendo-lhe nomeadamente a administração de todos os bens do casal, os próprios da mulher e os dotais, a não ser que tivesse havido convenção antenupcial em sentido contrário; a mulher administrava porém os seus direitos de autor, e passou a poder ter em seu nome conta no banco e movimentá-la livremente para o exercício do governo doméstico; a mulher continuava contudo sem poder exercer o comércio sem o consentimento do marido, a não ser que fosse ela quem administrava todos os bens do casal ou o casamento tivesse sido celebrado com separação de bens; tanto o marido como a mulher passaram a poder contrair dívidas sem o consentimento do outro.

Numa primeira fase veio o Decreto-Lei n.º 261/75 de 27 de Maio, na sequência da alteração da Concordata a 15 de Fevereiro de 1975 por via do Protocolo Adicional à Concordata de 1940 celebrado entre o Estado português e a Santa Sé, permitir o divórcio mesmo aos casados catolicamente passando os efeitos civis deste a serem regidos pela lei do Estado, sendo admitida doravante a sua dissolução pelos Tribunais civis. Além disso, tornou-se de novo possível o divórcio por mútuo consentimento³⁵ e foram acrescentados ao artigo 1778º mais três fundamentos de divórcio litigioso.³⁶

Em vésperas do início dos estudos que levaram a uma profunda reforma do direito da família, o Decreto-Lei n.º 561/76 de 17 de Julho introduziu novas alterações nos fundamentos do divórcio. Até este momento o divórcio tinha natureza sancionatória na medida em que só se justificava pela prática de actos ilícitos ou moralmente reprováveis por um só ou ambos os cônjuges. A partir daqui o simples facto de os cônjuges estarem separados há mais de seis anos passou a ser fundamento de divórcio quer essa separação tivesse sido livremente consentida ou não.

Dias depois, a 24 de Julho, veio o Decreto-Lei n.º 605/76 agilizar os procedimentos relativos ao divórcio por mútuo consentimento desde que se verificassem os necessários pressupostos.

Concretizados os estudos prévios, o Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro,

“Para dar satisfação aos princípios constitucionais que impõem a plena igualdade de direitos e deveres dos cônjuges e a não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, [...] rever em extensão e profundidade o regime do casamento e da filiação.”³⁷

³⁵ Artigo 1792º, parte final, do Código Civil.

³⁶ Esses fundamentos estavam plasmados nas alíneas: g) O decaimento em ação de divórcio em que tivessem sido feitas imputações ofensivas da honra e dignidade do outro cônjuge; h) A separação de facto livremente consentida por cinco anos consecutivos; i) Qualquer outro facto que ofenda gravemente a integridade física ou moral do requerente.

³⁷ Exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 496/77

Nada voltaria a ser como antes: por força desta reforma o casamento deixou de ser o único modo de, legitimamente, constituir família.³⁸

São muitas, e marcantes, as alterações introduzidas no regime do casamento sendo a mais impactante o facto de o poder marital ter desaparecido. A exigência constitucional de igualdade de direitos e deveres dos cônjuges³⁹ levou a que a idade núbil tivesse passado a ser a mesma para rapazes e raparigas, os dezasseis anos, tendo a maioridade passado a ser atingida aos dezoito anos. Além disso passou a ser necessário o acordo dos cônjuges quanto à forma como todos os aspectos da vida em comum deviam ser orientados; aos deveres de fidelidade, coabitação e assistência foram acrescentados os deveres de respeito e cooperação; o marido passou a poder adoptar os apelidos da mulher; em caso de divórcio, o cônjuge que adoptou os apelidos do outro passou a poder continuar a usá-los sem prejuízo de poder vir a ser privado de o fazer pelo Tribunal se esse uso lesasse gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família; a mulher passou a poder escolher a profissão que bem entendesse sem carecer de autorização do marido; cada um dos cônjuges passou a ter a administração exclusiva dos seus bens próprios e dos proventos do seu trabalho; etc..

Já quanto ao regime do divórcio e da separação de pessoas e bens não foram grandes as alterações introduzidas visto ambos terem sido já objecto de nova regulamentação em legislação posterior ao 25 de Abril de 1974.⁴⁰ Em todo o caso é de referir que, relativamente ao regime do divórcio por mútuo consentimento, foi eliminada a exigência de uma idade mínima dos cônjuges, mas passou a ser exigido que entre o casamento e o pedido de divórcio tivessem decorrido pelo menos três anos. Além disso, tal pedido poderia ser recusado se os cônjuges não tivessem chegado a um acordo considerado justo por não acautelar devidamente os interesses de um deles ou dos filhos

³⁸ Cfr. redacção do artigo 1577º do CC de 1966 antes e depois desta reforma.

³⁹ Artigo 13º CRP.

⁴⁰ Cfr. os já citados Decretos-Lei n.ºs 261/75 de 27 de Maio, 561/76 de 17 de Julho e 605/76 de 24 de Julho.

de ambos. Foi também introduzido um período de reflexão de três meses decorrido o qual deveria o pedido ser reiterado, sob pena de caducar no prazo de um ano.

Relativamente ao regime do divórcio litigioso foi feita uma distinção entre os pedidos fundados na violação culposa dos deveres conjugais - que deixaram de estar tipificados na lei; dos pedidos fundados na ruptura de vida em comum – aos quais se juntou a ausência sem notícias por tempo não inferior a quatro anos, e a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge desde que durassem há mais de seis anos e que pela sua gravidade comprometessem a vida em comum.

Vinte anos depois veio a Lei n.º 47/98 de 10 de Agosto permitir que o divórcio por mútuo consentimento fosse requerido a todo o tempo; que a separação de facto por três anos consecutivos passasse a ser fundamento de divórcio litigioso; assim como a separação de facto por um ano no caso de entretanto o divórcio ter sido requerido por um dos cônjuges sem que o outro se tivesse oposto a tal. Já a alteração das faculdades mentais passou a justificar o divórcio caso durasse há mais de três anos; e a ausência sem notícias se durasse há mais de dois.

A 11 de Maio de 2001 a Lei n.º 7/2001,⁴¹ visando responder à necessidade de ajustar mais uma vez a lei à realidade, veio adoptar um conjunto de medidas de protecção das uniões de facto, cada vez mais numerosas, regulando a situação jurídica de quem, independentemente do sexo, vivesse em comunhão de cama, mesa e habitação há mais de dois anos, e abrindo-se assim a porta aos casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Também em 2001, a 13 de Outubro, o Decreto-Lei n.º 272/2001 introduziu novas alterações relativamente ao divórcio por mútuo consentimento mas desta vez não relativas ao conteúdo mas sim aos aspectos formais pois, desde então, passaram as conservatórias de registo civil a ter competência decisória exclusiva nesses casos.

⁴¹ Essa lei foi posteriormente alterada pela Lei n.º 23/2010 de 30 de Agosto.

Em 2008 o grupo parlamentar do PS, partido esse que formara Governo com maioria absoluta em 2005, depois de ter rejeitado um ano antes um Projecto de Lei do Bloco de Esquerda no mesmo sentido,⁴² apresentou no Parlamento o Projecto de Lei n.º 509/X com vista à alteração do regime jurídico do divórcio, o qual acabou por se traduzir na Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro que, no que a esta matéria diz respeito,⁴³ teve como medida mais expressiva, e mais controversa também, o facto de ter feito cair a culpa como fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges,⁴⁴ por se considerar que não obstante a importância de todas as outras dimensões da relação conjugal – contratual, económica e patrimonial – é a dimensão afectiva a que mais releva na medida em que é o núcleo fundador e central da conjugalidade. Decorre daí que

“[...] importa evitar que o processo de divórcio, já de si emocionalmente doloroso, pelo que representa de quebra das expectativas iniciais, se transforme num litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil senão impossível de efectivar.”⁴⁵

Assim, o divórcio passou a poder ser por mútuo consentimento ou sem o consentimento de um dos cônjuges,⁴⁶ sendo fundamento do divórcio sem consentimento a separação de facto por um ano consecutivo e quaisquer outros factos que, independentemente da culpa, mostrem a ruptura do casamento.⁴⁷ Além disso a alteração das faculdades mentais e a ausência passaram a justificar o divórcio se desde que se iniciaram tiver decorrido um ano.

⁴² Não conseguimos encontrar o texto do Projecto de Lei referido, mas encontramos esta informação através destes links: <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=59390&tm=&layout=121&visual=49> e <http://forumfamiliae.blogspot.pt/2007/05/divrcio-o-projecto-de-lei-apresentado.html>

⁴³ Conforme veremos mais à frente esta lei também introduziu alterações não despididas na forma como as responsabilidades parentais são reguladas.

⁴⁴ Na maioria dos países da União Europeia já tinha sido abolida a culpa como elemento com relevo em caso de divórcio.

⁴⁵ Veja-se o Projecto de Lei n.º 509/X, disponível em:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pl509-X.doc&Inline=true>

⁴⁶ Artigo 1773º CC

⁴⁷ Artigo 1781º CC

Em 2010 nova alteração legislativa – Lei n.º 9/2010 de 31 de Maio - veio introduzir a possibilidade de casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, ficando contudo vedada a adopção por esses casais.

A 17 de Maio de 2013, com uma diferença de apenas cinco votos, foi aprovado no Parlamento o Projecto de Lei n.º 278/XII⁴⁸ - iniciativa do grupo parlamentar do PS mas viabilizado pela maioria parlamentar de um Governo de coligação PSD/CDS-PP - que consagra a possibilidade de co-adoção pelo cônjuge ou unido de facto do mesmo sexo, e procede à 23.ª alteração ao Código do Registo Civil.

Por força da mudança das mentalidades, coadjuvada pelas mudanças legislativas, o *peso* da família tradicional tem vindo a enfraquecer tornando cada vez mais verdadeiras as palavras de Richard Bach que citamos de cor “os laços que unem a tua verdadeira família não são os do sangue, mas os do respeito e da alegria dentro da vida de cada outro”. Não queremos com isto significar que os laços de sangue não importam mas sim que, por vezes, não são esses os que determinam o que hoje se qualifica como família e, tanto assim é que, impensável não há muitos anos, hoje não só estão protegidas as uniões daqueles que sem formalismos vivem em condições análogas às dos cônjuges; como para terminar uma sociedade conjugal formalmente instituída é bastante a vontade de um, sendo irrelevante a culpa no fracasso do casamento; além disso é admissível o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo; discutindo-se agora a possibilidade de estes casais virem a poder adoptar, sendo de prever que tal venha a ser legalmente admitido a breve trecho; faltando ainda referir a questão da procriação medicamente assistida e todos os assuntos com ela conexos.

⁴⁸ Veja-se o Projeto de Lei n.º 278/XII, disponível em:
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c756156684a5358526c65433977616d77794e7a677457456c4a4c6d527659773d3d&fich=pjl278-XII.doc&Inline=true>

3. DA INFÂNCIA – A CRIANÇA, DE OBJECTO A SUJEITO DE DIREITOS

Vistas como seres humanos inferiores aos adultos, as crianças foram tratadas durante séculos como se fossem objectos dos quais se podia livremente dispor:

“Quando no momento do nascimento de uma criança, a parteira o informa se é rapaz ou rapariga e se nasceu viável, o pai deve fazer um gesto para aceitá-lo na família; se está ausente pode ter deixado ordens para que se lhe conserve ou se lhe tire a vida. A criança está no chão, ele deve pegar nela, por baixo, e elevá-la nos seus braços. [...] ao elevar a criança, admite-a no mundo e compromete-se a educá-la. Estes valores morais e generosos não ofuscam o sentido profundo do gesto: o nascimento físico não é o essencial e, enquanto está no chão, a criança não existe, é o gesto paterno que a chama à verdadeira existência, [...]”⁴⁹

Aristóteles (382 – 322 a.c.) considerava que a autoridade paternal e marital se justificava com a desigualdade natural que existe entre os seres humanos, sendo que as únicas virtudes que poderiam ser reconhecidas quer aos filhos quer às mulheres, seriam as da submissão e da docilidade. Os filhos, embora seres livres em potência, eram durante a infância considerados seres imperfeitos, incompletos, incapazes de deliberar. Já as mulheres não poderiam deixar de desempenhar um papel secundário, não fossem elas um ser “semelhante à terra que precisa de ser semeada”, pelo que “o seu único mérito [é] era o de ser um bom ventre.”⁵⁰

A supremacia do *Pai-Marido-Senhor* residia assim no facto de este ser, aos olhos de então, a mais completa das criaturas sendo portanto natural que fosse ele a ocupar o lugar de comando na esfera familiar - tal direito assistia-lhe “pela sua essência.”⁵¹ A

⁴⁹ MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, Coimbra, Edições Almedina, 2010, apud Néraudau, p.15

⁵⁰ BADINTER, ob. cit. pp.27-28

⁵¹ Idem.

doutrina cristã desempenhou um papel não despreciando na cristalização desta crença uma vez que, de acordo com a Bíblia, o homem é uma criação de Deus, tendo sido a mulher feita a partir de uma costela dele,⁵² advindo daí uma série de consequências que marcaram gerações e gerações de homens, mulheres e crianças.

Se o que acabámos de dizer é verdade, não o é menos o facto de se dever a essa mesma doutrina cristã o reconhecimento da criança como um ser carecido de protecção, tendo passado o pai a ter alguns deveres para com ela, consubstanciando-se o primeiro dos quais na supressão do direito de vida e de morte que detinha sobre os filhos, defendendo a Igreja a partir dos séculos XII e XIII que “[...] o pai não pode destruir o que foi criado por Deus.”⁵³

Foram contudo as tendências intelectuais e filosóficas defendidas pelos Humanistas a partir do século XIV, assentes nas qualidades essenciais do homem, um ser de valor e merecedor de respeito porque capaz de bondade e de progresso, que fizeram com que tivesse começado a ganhar relevância na cultura europeia uma sensibilidade até então desconhecida relativamente à infância, sensibilidade essa que se foi manifestando de maneiras tão diversas como a aparição das crianças nas pinturas da época. Escreve a esse propósito Egle Becchi:⁵⁴

“a abundância de crianças nos quadros do século XVI, [...] é mais do que um simples indício de uma nova ideia da infância. Todas essas figuras infantis atestam que, não apenas na família mas na sociedade inteira, a primeira idade está em vias de adquirir uma nova significação.”

⁵² Génesis 2: “Então o SENHOR Deus fez cair um sono pesado sobre Adão, e este adormeceu; e tomou uma das suas costelas, e cerrou a carne em seu lugar; E da costela que o SENHOR Deus tomou do homem, formou uma mulher, e trouxe-a a Adão. E disse a Adão: Esta é agora osso dos meus ossos, e carne da minha carne; esta será chamada mulher, porquanto do homem foi tomada” disponível aqui: <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/2>

⁵³ BADINTER, ob. cit. p. 38

⁵⁴ Apud MONTEIRO, A. Reis, ob. cit. p.19

Paradigmáticos da evolução da forma como a infância foi sendo vista ao longo dos tempos são a forma como os pensadores de cada época⁵⁵ viam as crianças o que, naturalmente, temos de deixar de fora deste trabalho.

Como nos diz Alain Renault no seu livro *La liberation des enfants* citado por A. Reis Monteiro,

“a identidade infantil é paradoxal: «a criança é, desde já, um ser humano, mas sem ser ainda um ser completo na sua humanidade, ou seja, como liberdade». Por isso, a relação

⁵⁵ A título de curiosidade deixamos aqui alguns exemplos da forma como a infância foi sendo vista ao longo dos tempos:

- Jean Bodin (1530-1596), jurista francês, escrevia em 1567 no seu livro *Les six livres de la Republique* que a família bem conduzida era a verdadeira imagem da República, e que na República bem ordenada era preciso dar aos pais o poder de vida e de morte sobre os seus filhos, poder esse que lhes era concedido pela lei de Deus e pela natureza – embora a Igreja defendesse, como já vimos, a partir dos séculos XII – XIII que o homem não teria o direito de matar uma criatura por Deus criada, a verdade é que continuava a ser socialmente aceite que os pais dispusessem da vida de seus filhos;
- No século seguinte veio Thomas Hobbes (1588 – 1679), matemático e filósofo inglês, afirmar no seu *Leviathan* (1651) que, da mesma maneira que o poder do Estado era limitado pelo seu dever de garantir a segurança dos cidadãos, o poder paternal devia ser limitado pelo direito que os filhos tinham à vida – embora ainda de forma incipiente, começa aqui a trilhar-se o caminho do reconhecimento de direitos às crianças;
- Mas foi a John Locke (1632-1704), filósofo inglês, que se ficou a dever o facto de a autoridade parental ter deixado de poder ser arbitrária e absoluta, ao ter configurado no seu livro *Second Tract of Government* (1662) o poder dos pais como um dever, provisório e temporário, não só de conservar a vida dos filhos, como também de os educar para a liberdade como autonomia - MONTEIRO, A. Reis, ob. cit. p. - as crianças começam por fim a ser vistas não como meros objectos à disposição dos pais, mas como seres humanos cujo estágio de desenvolvimento exige alguns cuidados;
- Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778), filósofo e escritor suíço, apesar de não ter ido muito além de John Locke “em tudo o que toca à decomposição da autoridade paternal” - MONTEIRO, A. Reis, ob. cit. p. 25 - até porque a sua história pessoal acaba por ser um bom exemplo da falta de interesse, e dos incómodos, que as crianças suscitavam- cfrt. BADINTER, ob. cit. p. 140 notas de rodapé -, teve o mérito de, por um lado, não excluir “a família da lógica política do contrato tendo introduzido uma «abordagem contratualista do laço conjugal» em que a relação com a infância é pensada e praticada segundo uma dialéctica da igualdade e da diferença que tem em conta tanto a sua humanidade como a sua especificidade” não tendo, contudo, deixado de ver a mulher como “um individuo relativo definido pela sua relação com o homem”. – Badinter, ob. cit. p.168; e de, por outro lado, ter influenciado através das suas obras, as mães a cuidarem com desvelo das suas crianças por forma a inverter os números altíssimos da mortalidade infantil antes dos cinco anos de idade, o que tinha passado a ser motivo de preocupação para o Estado francês.

com a criança «não pode ser pensada senão uma relação, ao mesmo tempo, de igualdade e desigualdade em direitos [...]. Neste sentido, a dinâmica da subjectivação que presidiu à modernização do estatuto da infância não podia ficar completa sem fazer da própria criança, porque é um ser humano, um titular de direitos que limitam a possibilidade de a tratar de qualquer maneira».⁵⁶

No século XIX o poder político passou a olhar para as crianças não como *adultos em miniatura*, mas como seres humanos completamente desprotegidos e, por isso mesmo, explorados de forma desumana. Começou então a surgir, parcimoniosamente e sem grande efeito prático, legislação a disciplinar o trabalho infantil,⁵⁷ e a disciplinar a forma como os progenitores podiam, e deviam, exercer o poder paternal. A título de exemplo transcrevemos aqui o artigo 141º do Código de Seabra, que rezava assim:

“O poder dos paes, enquanto às pessoas dos filhos menores, não é sujeito a cautella alguma preventiva; mas, no caso de abuso, os paes poderão ser punidos, na conformidade da lei geral, e inibidos de reger as pessoas e bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do ministerio publico.”

Só no século XX é que a criança passou a ter verdadeira visibilidade, tendo passando assim a ser vista no ordenamento jurídico internacional como sujeito de direitos.

Determinante nesse sentido começou por ser a Sociedade das Nações fundada em 1919 pelo Tratado de Versalhes, que tomou diversas medidas no sentido de proteger a infância, sendo a principal de todas a *Declaração dos Direitos da Criança*, também conhecida como *Declaração de Genebra*, redigida por Eglantyne Jebb em 1922, e adoptada por unanimidade a 26 de Setembro de 1924.

Em 1945 sucede à Sociedade das Nações, entretanto extinta por ter fracassado a sua missão de manter a paz no mundo, uma nova organização internacional, a Organização

⁵⁶ Apud MONTEIRO, ob. cit. p.26

⁵⁷ Foi adoptada em 1834 em Inglaterra uma lei que proibia que se empregassem crianças com menos de nove anos, limitando o seu tempo de trabalho a 9 horas por dia, e impondo 2 horas de escola por dia.

das Nações Unidas (ONU), cuja Assembleia Geral proclamou três anos depois, a 10 de Dezembro de 1948, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

Em 1946 esta mesma organização criou o International Children's Emergency Fund o qual esteve na origem da United Nations Children's Fund (UNICEF).

Em 1959 foi proclamado, por unanimidade, o documento responsável por uma verdadeira viragem na forma dos Estados olharem para as suas crianças: a *Declaração dos Direitos da Criança*. Doravante a criança passou a ter um papel progressivamente mais central na família, muito embora ainda não tanto como sujeito de direitos, mas mais como objecto de direitos.

Trinta anos volvidos, em 1989, depois de 10 anos de trabalhos em que participaram Estados, Organizações Intergovernamentais e Organizações Não Governamentais, foi adoptada por consenso a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, assinada por 61 países a 26 de Janeiro de 1990. Foi portanto só há pouco mais de 20 anos que os direitos da criança ficaram consignados num Tratado,⁵⁸ tendo a partir daí e até aos nossos dias esses direitos sido aprofundados pelos Estados signatários, comprometidos em tornar o mundo um lugar melhor para as crianças.

Vejamos então como evoluiu no Direito português a protecção devida às crianças e jovens, fazendo um périplo pelo percurso que nos levou do poder paternal às responsabilidades parentais pois, embora já aflorado quando falámos do casamento e do divórcio, muito ficou por dizer acerca deste tema que é, afinal, o tema central deste trabalho.

⁵⁸ “Acordo de vontades, em forma escrita, entre sujeitos de Direito Internacional, agindo nesta qualidade, de que resulta a produção de efeitos jurídicos.” in *Manual de Direito Internacional Público*” de André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, p. 173

4. DO PODER PATERNAL ÀS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

a. Código Civil de 1867 (Código de Seabra)

Questão essencial para qualquer pessoa era, por esta altura e até 1977, a de ser, ou não, filha legítima - ou legitimada. Todo o seu percurso de vida seria traçado a partir dessa qualidade, à qual era completamente alheia e que só se podia adquirir por via do casamento legitimamente contraído entre os seus progenitores - não sendo estes legitimamente casados os filhos eram necessariamente ilegítimos, caso em que, quanto muito, poderiam ser perfilhados⁵⁹ o que lhes dava direito a exigir de seus progenitores apenas os alimentos necessários,⁶⁰ sendo considerados estranhos a estes e às suas famílias relativamente a tudo o resto.

A questão do poder paternal só se colocava, portanto, relativamente aos filhos legítimos, e ilegítimos perfilhados, e só, tal como hoje, até à maioridade destes. Quanto aos filhos ilegítimos não perfilhados, e filhos espúrios só se colocava a questão da tutela.⁶¹

O poder paternal era então considerado como um complexo de poderes detido pelo pai e pela mãe, a quem competia reger a pessoa dos filhos, protegê-los e administrar os seus

⁵⁹ Se fossem fruto de relação adúltera ou de relação incestuosa, ou seja fruto de relação entre pessoas legalmente inaptas para casar ao tempo da concepção, não o poderiam ser pelo que eram considerados espúrios pois sem casamento não haveria legitimação possível uma vez que era este o facto jurídico que determinava e origina a legitimidade – Cfr. “Comentário à Lei de protecção dos Filhos” da autoria de Victor Augusto Pereira Nunes, 2ª edição, 1939, p. 71.

⁶⁰ Se, nos casos previstos na lei, a paternidade ou a maternidade se achassem provadas.

⁶¹ Cfr. 166º e 167º com os 279º e 280º todos do Código de Seabra - A posição das crianças era tão precária que mesmo os filhos legítimos (e legitimados), os quais tinham direito a que lhes fossem atribuídos alimentos: pelos pais; por outros ascendentes; pelos irmãos legítimos, germanos, uterinos ou consanguíneos; ou no caso de todos os anteriores faltarem, por quaisquer parentes até ao décimo grau - só tinham esse direito até completarem os dez anos de idade. Claro que a situação das demais categorias de filhos ainda era mais precária, tendo os filhos perfilhados direito a pedir alimentos apenas aos seus pais, ou irmãos, e os filhos espúrios apenas a seus pais e só em determinadas condições.

bens,⁶² contudo, o poder das mães era na verdade um poder meramente consultivo pois, embora a lei⁶³ determinasse que deviam ser ouvidas em tudo o que dissesse respeito ao interesse dos filhos, a vontade relevante era a dos pais. Só no caso de ausência ou outro impedimento do pai é que a vontade da mãe passava a ser determinante, porém se o pai fosse inibido de reger a pessoa e os bens dos filhos, cabia ao conselho de família dar-lhes tutor ou administrador.

O poder paternal era quase ilimitado pois não estava sujeito a quaisquer limites preventivos pelo que, só em casos de um abuso manifesto, que levasse parentes ou o Ministério Público a agir, é que os progenitores poderiam vir a ser punidos, podendo mesmo ser, nesses casos extremos, inibidos de reger a pessoa e os bens do filho.⁶⁴

A par dos poderes expressamente conferidos aos progenitores previam-se no código as obrigações dos filhos, que deviam honrar e respeitar pai e mãe, e cumprir durante a menoridade todas as suas ordens desde que as mesmas não fossem ilícitas.⁶⁵

No caso de dissolução do casamento dos progenitores ou seja, por morte de um deles, passava o poder paternal a pertencer ao outro. Se o cônjuge falecido fosse o pai, e a mãe à data desse falecimento estivesse grávida, tinha que ser dado desse facto conhecimento ao Juiz dos órfãos, ao qual competia nomear curador ao ventre. O pai, não interdito de exercer o poder paternal, tinha o poder de nomear no seu testamento conselheiros que

⁶² Ditava o artigo 137º do Código de Seabra: “Aos pais compete reger as pessoas dos filhos menores, protegê-los e administrar os bens dêles: o complexo dêstes direitos constitui o poder paternal.”

⁶³ Dizia o artigo 138º do mesmo código: “As mães participam do poder paternal e devem ser ouvidas em tudo o que diz respeito ao interêsse dos filhos; mas é ao pai que especialmente compete durante o matrimónio, como chefe de família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo, como fora dêle.”

⁶⁴ Rezava o artigo 141º do código: “O poder dos paes, enquanto às pessoas dos filhos menores, não é sujeito a cautella alguma preventiva; mas, no caso de abuso, os pães poderão ser punidos, na conformidade da lei geral, e inibidos de reger as pessoas e bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do ministerio publico.”

⁶⁵ Idem, artigo 142º

dirigissem ou aconselhassem a mãe no caso de falecer antes dela, ficando assim esta obrigada a seguir o parecer do conselheiro nomeado.⁶⁶

Para que a mãe viúva ficasse inibida de reger as pessoas e bens dos filhos bastava que o conselho de família - constituído apenas por homens, em número de cinco, preferencialmente, três dos quais do lado paterno e os demais do lado materno - deliberasse no sentido de considerar que ela abusava da autoridade maternal, ou que estava a agir em prejuízo dos filhos. Se a mãe voltasse a casar, só por deliberação do conselho de família podia continuar a administrar os bens dos filhos - sendo o segundo marido solidariamente responsável por essa administração – caso em que era obrigada a prestar caução, salvo se o conselho de família julgasse conveniente dispensá-la de tal.

O exercício do poder paternal em caso de separação judicial de pessoas e bens, nulidade ou anulação do casamento era decidido pelo conselho de família caso não houvesse acordo amigável entre os cônjuges.⁶⁷

b. Lei de Protecção dos Filhos de 1910

A Lei do Divórcio de 3 de Novembro do mesmo ano já havia regulado os aspectos essenciais relativos ao exercício do poder paternal em caso de dissociação familiar, o que fizera em cinco artigos, estipulando no primeiro deles, o artigo 21º que, preferencialmente, os filhos deveriam ser entregues ao cônjuge a favor do qual o divórcio tivesse sido decretado. Um aspecto muito interessante deste diploma é o facto de já nessa altura o pátrio poder sobre os filhos ser irrenunciável a qualquer título, sendo também expressamente proibido “estipular qualquer clausula que inniba um d’elles de ver, visitar ou receber os seus filhos.”⁶⁸ Estava também previsto o dever de quer o pai

⁶⁶ Idem, artigo 155º e ss.

⁶⁷ Cfr. artigos 165º, 1093º, 1206º e 1207º do código

⁶⁸ Cfr. artigo 23º da Lei do Divórcio de 1910.

quer a mãe concorrerem para os alimentos dos filhos, na proporção dos seus rendimentos e bens próprios.⁶⁹

Quanto ao Decreto n.º 2, de 25 de Dezembro de 1910, apelidado “Lei de Protecção dos Filhos”⁷⁰ dever-se-ia ter designado Lei de Protecção dos Filhos Legítimos pois o que nela estava em causa era essencialmente isso.⁷¹ Ao longo dos 59 artigos, agrupados em sete capítulos,⁷² foram principalmente as questões conexas com a filiação legítima as que ocuparam o legislador, estando os direitos dos filhos não perfilháveis e a protecção das mães dos filhos ilegítimos confinados a apenas seis artigos.

Não trazendo esta lei nada de significativamente novo a acrescentar na disciplina do exercício do poder paternal abtemo-nos de nos debruçarmos mais a fundo sobre ela.

c. Código Civil de 1966

Este código, preparado ao longo de 22 anos por professores das duas Faculdades de Direito existentes no país,⁷³ magistrados e representantes das demais profissões ligadas ao Direito, foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de Novembro de 1966 e,

⁶⁹ Idem, artigo 24º

⁷⁰ NUNES, Victor Augusto Pereira Nunes – *Comentário à Lei de Protecção dos Filhos*, 2ª edição (revista, actualizada e aumentada), Lisboa, Universidade Editora, 1939

⁷¹ Basta a leitura dos seus dois primeiros artigos para constatar isso: Artigo 1º - São havidos por legítimos os filhos nascidos de matrimónio legitimamente contraído, passados cento e oitenta dias depois da celebração dele ou dentro dos trezentos dias subsequentes à sua dissolução ou à separação dos cônjuges, judicialmente decretada. Artigo 2º - O matrimónio legitima sempre os filhos nascidos antes dele das pessoas que o contraem, qualquer que fosse a situação destas no momento da concepção ou do nascimento dos filhos.

⁷² Capítulos em que estava dividida a lei relativa à protecção dos filhos:

Dos filhos legítimos – artigos 1º a 16º;

Da prova da filiação legítima – artigos 17º a 21ª;

Dos filhos perfilhados – artigos 22º a 33º;

Da investigação da paternidade ou maternidade ilegítima – artigos 34º a 46º;

Dos alimentos e socorros às mães dos filhos ilegítimos – artigos 47º a 49º;

Dos direitos dos filhos não perfilháveis – artigos 50º a 52º;

Disposições gerais e transitórias – artigos 53º a 59º.

⁷³ Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

embora mantendo em muitos aspectos o regime do Código de Seabra, introduziu no regime aplicável ao exercício do poder paternal e assuntos conexos, algumas alterações que importa assinalar.

Antes de mais consideramos oportuno destacar, apesar de não nos irmos debruçar sobre o tema por estar fora do objectivo deste trabalho, o facto de o Código Civil de 1966 ter sido o responsável pela introdução em Portugal do instituto jurídico da adopção, sem dúvida um instituto fundamental na prossecução do interesse das crianças que, independentemente da razão, não têm uma mãe e/ou um pai que vele por elas.

Outra das alterações mais significativas prende-se com o facto de, desde então e apesar da distinção entre filhos legítimos e ilegítimos ter subsistido até 1977, ter passado a ser possível a perfilhação de todos os filhos ilegítimos, embora só o pudessem ser relativamente a um dos progenitores os filhos incestuosos.⁷⁴ Além disso passou a ter que constar do registo de nascimento a legitimidade dos filhos, passando a existir, caso tal estivesse omissa, a possibilidade de estes ou seus representantes intentarem uma acção com esse fim. A acção de investigação de maternidade ilegítima passou a ser sempre admitida, ao contrário da acção de investigação da paternidade ilegítima que só era admitida se a maternidade estivesse legalmente reconhecida; se fosse pedida a investigação da maternidade em simultâneo; ou nos casos previstos na lei.⁷⁵ Em consequência destas alterações os filhos ilegítimos, adulterinos incluídos, ficaram a partir deste momento também eles sujeitos ao poder paternal.⁷⁶

Não podemos deixar de transcrever aqui o n.º 1 do artigo 1906º deste código que na sub-secção dedicada ao “Poder paternal em relação aos filhos ilegítimos” sob a epígrafe “Exercício do Poder Paternal” ditava: “Se apenas um dos progenitores tiver o gozo do poder paternal, a ele compete exercer todos os direitos inerentes a esse poder.”

⁷⁴ Código Civil de 1966, artigo 1869º

⁷⁵ Idem, artigos 1857º, 1859º e 1860º

⁷⁶ Idem, artigo 1904º

A primeira disposição geral sobre os efeitos da filiação ditava, tal como anteriormente, que os filhos deviam honrar e respeitar os seus pais.⁷⁷ Quanto ao poder paternal propriamente dito, pese embora o facto de ter ficado plasmado no texto da lei que competia a ambos os progenitores a guarda e regência dos filhos menores não emancipados, com o fim de os defender, educar e alimentar;⁷⁸ e de ter passado a existir um artigo a estipular os poderes do pai⁷⁹ e outro a estipular os poderes da mãe,⁸⁰ os poderes desta continuaram a ser essencialmente os mesmos que os do código anterior.

O poder de correcção dos progenitores sobre os filhos passou a dever ser exercido com moderação, tendo deixado de constar do texto da lei a obrigação destes cumprirem todas as suas ordens lícitas.⁸¹

Em caso de dissolução do casamento, a alteração mais marcante relativa às questões atinentes aos bens dos filhos prendeu-se com o facto de, em geral, ter deixado de estar previsto um regime para o pai e outro para a mãe, excepção feita no caso de a mãe ter contraído segundas núpcias, situação em que o segundo marido desta continuava a ser solidariamente responsável com ela pelos prejuízos resultantes da sua má gestão.⁸² Na verdade compreende-se que assim fosse na medida em continuava a ser ao marido que competia a gestão do património e finanças do casal.

Em caso de divórcio - que passou a só poder ser litigioso, como já vimos atrás -, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ambos os progenitores conservavam o poder paternal,⁸³ devendo o seu exercício ser regulado por acordo entre eles e homologado pelo Tribunal, ou na falta deste decidido pelo Tribunal.

⁷⁷ Idem, artigo 1876º

⁷⁸ Idem, artigo 1879º

⁷⁹ Idem, artigo 1881º

⁸⁰ Idem, artigo 1882º

⁸¹ Idem, artigo 1884º

⁸² Idem, artigo 1901º n.º 2

⁸³ Idem, artigo 1902º

Pensamos que a análise feita a este diploma, embora não exaustiva, nos permite concluir que a posição jurídica das crianças, e aquilo a que tinham *direito* há quase 50 anos, continuava a ter o seu centro nos direitos dos adultos. A primeira grande reforma nestas matérias chegou-nos após a revolução de 25 de Abril de 1974, *pela mão* do Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro, que iremos de seguida estudar.

d. Reformas do Código Civil Pós 25 de Abril de 1974

I. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO DECRETO-LEI N.º 496/77 DE 25 DE NOVEMBRO

Como não podia deixar de ser, os ventos da revolução provocaram uma mudança profunda na forma como era regulado o poder paternal.

Desde logo há que salientar que, em nome do princípio da igualdade plasmado no artigo 36º n.º 4 da Constituição, acaba finalmente a distinção entre filhos legítimos e filhos ilegítimos, passando apenas a ficar prevista a obrigatoriedade de qualquer dos cônjuges obter o consentimento do outro para introduzir no lar conjugal filho de terceiro concebido na constância do matrimónio.⁸⁴

A primeira disposição geral sobre os efeitos da filiação prevê que pais e filhos se devam, mutuamente, respeito, auxílio e assistência. O dever de obediência que os filhos têm relativamente aos progenitores continua consagrado na lei, contudo passam estes a dever atender à opinião dos filhos em função da sua maturidade, e a dever reconhecer-lhes progressiva autonomia na organização da sua vida.⁸⁵

Embora o poder paternal cesse com a maioridade ou a emancipação, passou a ter assento a obrigatoriedade dos progenitores, sendo razoável fazer-se-lhes essa exigência,

⁸⁴ CC de 1966 com as alterações introduzidas pelo DL 496/77 de 25 de Novembro, art.º 1883º

⁸⁵ Idem, art.ºs 1874º e 1878º

proverem ao sustento dos filhos que não tenham completado a sua formação profissional, até que estes a completem.⁸⁶

Durante o casamento, o exercício do poder paternal passa a pertencer a ambos os progenitores em situação de igualdade, os quais o devem exercer de comum acordo podendo, caso este não exista relativamente a questões de particular importância, recorrer ao Tribunal.⁸⁷

Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, separação de facto, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o poder paternal será regulado por acordo entre os progenitores homologado pelo Tribunal, ou pelo próprio Tribunal, no interesse dos filhos, razão pelo qual deve ficar sempre estabelecido um regime de visitas para quem não tiver a guarda.⁸⁸

Pela primeira vez, o regime prescrito pela lei aplicável deve subordinar-se claramente ao interesse dos filhos, só podendo ser postergado quando este o desaconselhe.⁸⁹ Além disso, passa a assistir ao progenitor que não detiver o poder paternal, o direito de vigiar a educação e as condições de vida dos filhos.⁹⁰

Vivendo os progenitores maritalmente sem contudo se terem casado, o poder paternal só pertencia a ambos quando tal vontade tivesse sido declarada perante o funcionário do registo civil. Separando-se os progenitores não casados, ou não vivendo juntos, pertencia o poder paternal a quem tivesse a guarda do filho contudo, presumia-se que era a mãe a detentora da guarda, presunção essa só ilidível judicialmente.⁹¹

⁸⁶ Idem, 1880°

⁸⁷ Idem, 1901°

⁸⁸ Idem, 1905°, e 1906°

⁸⁹ Cfr. artigo 1902° do CC antes da reforma, com artigo 1905° após a reforma

⁹⁰ Código Civil de 1966 após reforma operada pelo DL 496/77 de 25 de Novembro, artigo 1906° n.º 3

⁹¹ Idem, artigo 1911°

II. LEI N.º 84/95 DE 31 DE AGOSTO

Esta lei, além de ter incluído no Código Civil um artigo importante, o 1887ºA, introduziu alterações muito relevantes nos artigos 1905º e 1906º.

Por via do artigo 1887ºA os progenitores deixaram de poder privar os filhos, injustificadamente, do convívio com irmãos ou ascendentes.

O artigo 1905º veio incluir na parte final do n.º 1, ideia que é depois reafirmada no n.º 2, a importância que tem para a criança ou jovem cujos progenitores se separam a manutenção de uma relação de grande proximidade com ambos, prevendo assim a não homologação dos acordos relativos às responsabilidades parentais que não prevejam uma forma de salvaguardar esse interesse.

Já quanto ao artigo 1906º, embora tivesse continuado previsto que o poder paternal era exercido por quem tinha a guarda do filho, passou a ser possível a partir desta altura que, nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, separação de facto, declaração de nulidade ou anulação do casamento, os pais acordassem o exercício em comum do poder paternal, continuando assim as questões relativas à vida do filho a ser decididas em condições idênticas às que vigoravam na constância do casamento.

Na ausência de acordo nesse sentido, e tendo o Tribunal decidido a quem ficava o filho confiado, passaram os progenitores a poder determinar que alguns assuntos fossem resolvidos por acordo entre ambos, ou que a administração dos bens do filho fosse assumida pelo progenitor a quem o menor não tivesse ficado confiado.

Ficou assim consagrada a possibilidade de o exercício do poder paternal em caso de não coabitação dos progenitores quanto às questões de particular importância ser exercida por ambos, contudo tal continuava sem poder ser imposto visto a vontade e a concordância dos progenitores nesse sentido ser condição *sine qua non* para que assim pudesse ser.

III. LEI N.º 59/99 DE 30 DE JUNHO

Esta lei veio *re-arrumar* o artigo 1906º pois passou a prever no n.º 1 em vez de no n.º 2 a possibilidade de o poder paternal ser exercido em comum por ambos os progenitores, cabendo aos dois decidir as questões relativas à vida dos filhos em condições idênticas às que vigoravam na constância do matrimónio, sem contudo impor que assim fosse, continuando portanto essa possibilidade a depender da vontade e acordo dos progenitores. Caso essa vontade não existisse, ou não fosse possível chegarem a acordo, o n.º 2 veio exigir que o Tribunal fundamentasse a decisão que atribuía o exercício do poder paternal apenas ao progenitor a quem o filho ficasse confiado.

IV. LEI 61/2008 DE 31 DE OUTUBRO

O primeiro aspecto a referir relativamente a esta lei tem a ver com a terminologia utilizada. Com o objectivo de deslocar dos adultos para as crianças ou jovens o centro da atenção quando se fala do exercício dos deveres/poderes que cabem aos progenitores relativamente aos filhos durante a sua infância e adolescência, veio a nova lei substituir o velho poder paternal pelas novas responsabilidades parentais ao longo do texto legal,⁹² no pressuposto de que a terminologia influencia a forma como se olha para as coisas.

Com a entrada em vigor desta lei ficou consagrado que o exercício das responsabilidades parentais é um dever que cabe a ambos os progenitores, independentemente do vínculo que existe, ou inexistente, entre eles. Assim, desde que a filiação esteja estabelecida quanto a ambos, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, separação de facto, declaração de nulidade ou anulação do casamento, cessação da convivência de progenitores que viviam em união de facto, ou que nunca viveram juntos, as responsabilidades parentais passaram, relativamente às questões de

⁹² Ficaram de fora desta alteração terminológica não só algumas partes do Código Civil, nomeadamente na parte que regula as formas de suprir o poder paternal, como outros diplomas legais. Relativamente a este assunto das alterações terminológicas muito se poderia dizer contudo fica fora do âmbito deste trabalho.

particular importância para a vida dos filhos, a ser exercidas em conjunto por ambos,⁹³ com as adaptações necessárias a cada situação, excepto nos casos de urgência manifesta, situação em que qualquer um deles pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro tão cedo quanto possível.

Só quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida dos filhos for julgado contrário aos interesses destes, é que o Tribunal deve, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por apenas um dos progenitores.⁹⁴

Ficou ainda consagrado que o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente dos filhos cabe: ao progenitor com quem estes residem habitualmente; ao progenitor com quem se encontrem no momento em que a questão se coloca; ou à pessoa a quem o progenitor ao qual se encontram confiados naquele momento as tiver delegado, sendo que o seu exercício não deve nunca contrariar as orientações educativas mais relevantes tal como o progenitor guardião as definiu.⁹⁵

A residência dos filhos e o direito/dever de visita que assiste ao progenitor com quem estes não residem habitualmente deverão ser sempre decididas de acordo com o interesse dos filhos, por forma a favorecer amplas oportunidades de contacto destes com ambos pelo que, deve o Tribunal ter sempre em atenção todas as circunstâncias relevantes, nomeadamente a existência de acordo entre os progenitores, e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais dos filhos com o outro.⁹⁶

⁹³ Código Civil após a entrada em vigor da Lei 61/2008 de 31 de Outubro, artigo 1906º n.º 1, 1911º n.º 2 e 1912º n.ºs 1 e 7

⁹⁴ Idem, artigo 1906º n.º 2

⁹⁵ Idem, 1906º n.ºs 3 e 4

⁹⁶ Idem, 1906º n.º 5

Passou ainda a ficar consagrado que o progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais tem o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida dos filhos.⁹⁷

5. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

Pese embora o facto de a Constituição ser o texto fundamental, aquele ao qual todas as outras leis se submetem, pensamos que é através da análise dessas outras leis, que disciplinam com mais ou menos detalhe os aspectos práticos da vida; que se acaba por conhecer e compreender melhor o âmago da realidade que queremos estudar. Assim, em vez de contarmos aqui a *história constitucional da família* desde a última Constituição da Monarquia (1838), passando pelas Constituições da República de 1911 e 1933, optámos por nos limitarmos a fazer breves considerações centradas na Constituição pós revolução de Abril já com as alterações introduzidas pelas sucessivas revisões constitucionais, datando a última de 2005.

De acordo com o Artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Formalmente acolhida antes de tudo, a dignidade da pessoa humana torna-se assim o *chão* e o *tecto* da actuação do Estado. Jorge Reis Novais⁹⁸ explica-nos a forma como se desenham as consequências jurídicas de tal princípio dizendo que tal consubstancia uma “tarefa ou

⁹⁷ Idem, 1906º n.º 6

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editores, 2004, pp.51-52

obrigação jurídica a cargo do Estado” além de ser “limite e parâmetro da sua actividade”, acrescentando depois que:

“Por outro lado, na medida em que é fim do Estado de Direito e princípio fundamental da sua ordem de valores, constitui-se igualmente em padrão identificador da natureza do relacionamento entre Estado e indivíduo, com enormes consequências, desde logo, na interpretação da natureza e alcance dos direitos fundamentais”.

Donde, todos os direitos e deveres dos quais somos titulares devem ser interpretados à luz deste princípio basilar.

Este princípio vai depois sendo concretizado ao longo do texto constitucional. No artigo 26º, que consagra outros direitos pessoais além do direito à vida e do direito à integridade pessoal,⁹⁹ determina a Constituição que a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, devendo a lei estabelecer garantias **efectivas** contra as ofensas à dignidade humana.¹⁰⁰

O exercício das responsabilidades parentais reconduz-se também a direito fundamental estando consagrado no artigo 36º n.º 5 que:

“Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos” vindo depois o n.º 6 do mesmo artigo afirmar que “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”

Cabe ainda ao Estado, por imposição constitucional, proteger a família¹⁰¹ e, mais concretamente, proteger a paternidade e a maternidade na sua insubstituível acção em relação aos filhos, constituindo a paternidade e a maternidade valores sociais iminentes.¹⁰²

⁹⁹ CRP, artigos 24º e 25º

¹⁰⁰ Idem, artigo 26º

¹⁰¹ Idem, artigo 67º

¹⁰² Idem, artigo 68º

A infância, dada a sua especial vulnerabilidade, merece toda a protecção do Estado, nomeadamente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família, devendo este assegurar especial protecção a todas as crianças que, por qualquer razão, ficaram privadas de um ambiente familiar normal.¹⁰³

Não formalmente acolhido, está contudo implícito em todo o texto constitucional relativo a estas matérias que o superior interesse das crianças deve ser o critério norteador de todas as decisões a elas referentes.

A Constituição da República não deixa margem para dúvidas quanto à obrigação que o Estado tem de criar, do ponto de vista legal, todas as condições para que qualquer ser humano tenha, desde o nascimento, a possibilidade de se desenvolver de forma digna, razão pela qual lhe cabe proteger os mais fracos, nomeadamente as crianças, que têm um direito inalienável a crescer na companhia dos seus progenitores, sendo os Tribunais o órgão de soberania do Estado incumbido da importante missão de assegurar que assim é sempre que são chamados a intervir.

De tudo quanto ficou dito resulta que, face à Constituição, é inadmissível os filhos serem afastados dos progenitores sem que exista uma razão que, no interesse deles, o recomende.

¹⁰³ Idem artigo 69º

6. OUTROS DIPLOMAS LEGAIS

a. Organização Tutelar de Menores

Aprovada pelo Decreto-lei n.º 314/78 de 27 de Outubro sofreu desde então treze alterações, tendo uma grande parte dos seus artigos sido revogados ao longo do tempo.

É este o diploma que disciplina as regras processuais atinentes ao exercício das responsabilidades parentais, à adopção, à entrega judicial de menor e à averiguação oficiosa da maternidade ou paternidade. Continua a ser usada neste diploma a terminologia anterior à Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, ainda não tendo o poder paternal cedido lugar às responsabilidades parentais.

Na sequência das conclusões do *Grupo de Trabalho para a Agenda Criança*, criado pelo Despacho n.º 6306/2012 de 3 de Maio, veio a 30 de Maio de 2013 a Resolução do Conselho de Ministros n.º 37/2013, determinar a abertura de um debate tendente à revisão de diversos diplomas legais, entre eles este, tendo para o efeito sido constituída uma comissão integrada pelos representantes de vários departamentos governamentais, à qual foi dado um prazo de 180 dias úteis para apresentar ao Ministério da Solidariedade e da Segurança Social um relatório com o resultado do trabalho efectuado, que deve conter as respectivas conclusões e os projectos de alteração de todos os diplomas em questão. Estando neste momento a decorrer os 180 dias previstos resta-nos aguardar serenamente o que aí vem.

b. Lei de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo

Criada pela necessidade de disciplinar de forma autónoma as situações relativas aos menores infractores, das situações relativas aos menores em perigo, veio na senda do Decreto-Lei n.º 189/91 de 17 de Maio, a Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro - entretanto alterada pela Lei n.º 31/2003 de 22 de Agosto – definir o regime jurídico de promoção

dos direitos e da protecção que são devidas às crianças e jovens quando estes são colocados em perigo, uma vez que cabe ao Estado garantir e promover o seu bem estar e bom desenvolvimento sempre que aqueles a quem compete em primeiro lugar fazê-lo se demitem de tão fundamental tarefa.

Também esta Lei está a ser objecto de estudo podendo por isso ser revista, na sequência do já referido *Grupo de Trabalho para a Agenda Criança*, criado pelo Despacho n.º 6306/2012 de 3 de Maio.

c. Regime Jurídico da Adopção

Após a interrupção provocada pelo Código de Seabra de 1867, veio o Código Civil de 1966, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344 de 25 de Novembro de 1966, reintroduzir de novo a adopção como fonte de relações jurídicas familiares, tendo em vista a protecção devida às crianças desprovidas de um meio familiar normal. Posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro, veio a ser objecto de tratamento autónomo com o Decreto-Lei n.º 185/93 de 22 de Maio, entretanto alterado diversas vezes, tendo sua última alteração sido levada a cabo pela Lei n.º 28/2007 de 2 de Agosto.

Podendo ser plena ou restrita, a adopção visa realizar o superior interesse da criança ou jovem adoptado; obedece a uma série de requisitos que pretendem aferir desse mesmo interesse; só pode ser constituída por sentença judicial; se for restrita é passível de vir a ser revogada quer a pedido do adoptado quer a pedido do adoptante; e no caso de ser plena além de ser irrevogável, conduz à extinção de todas¹⁰⁴ as relações familiares do adoptado assentes no vínculo biológico.

¹⁰⁴ Só para efeitos de casamento é que não cessam as relações familiares do adoptado com os seus ascendentes e colaterais – cfr. artigo 1986º n.º 1 do CC.

d. Apadrinhamento Civil

Situando-se entre a tutela e a adopção restrita, e visando a promoção de relações afectivas para-familiares tendencialmente permanentes e a desinstitucionalização de crianças e jovens que não são encaminhados para a adopção, ou que por qualquer razão não são adoptados, foi criada esta figura a 11 de Setembro a Lei n.º 103/2009.

A relação jurídica assim constituída prevê que os progenitores da criança ou jovem apadrinhado estejam de acordo com o apadrinhamento - excepto se tiverem sido inibidos de exercer as responsabilidades parentais -; que subscrevam o compromisso assumido pelo padrinho; e mantenham direitos mais ou menos extensos relativamente ao filho, embora deixem de exercer, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais a ele relativas.

Podendo ser constituída por homologação de acordo ou por decisão judicial, o apadrinhamento civil pode ser revogado a todo o tempo por qualquer um dos subscritores do compromisso, nas circunstâncias previstas na lei.

e. Lei Tutelar Educativa

A necessidade de disciplinar de forma autónoma as situações relativas aos menores infractores das situações relativas aos menores em perigo, já referida a propósito da lei de protecção das crianças e jovens em perigo, levou à criação da Lei n.º 166/99 de 14 de Setembro, a qual se aplica a jovens que tenham entre 12 e 14 anos e que tenham praticado um facto qualificado pela lei penal como crime.

SÍNTESE

Foi longo e tortuoso o caminho que permitiu que a mulher fosse ganhando o seu próprio espaço na sociedade enquanto ser autónomo, e não menos longo o que permitiu à criança ser reconhecida como um verdadeiro ser humano. Com base no princípio da igualdade fundado no facto de todos os seres humanos serem iguais não sendo por isso aceitável qualquer tipo de discriminação; na nova ideia de família, centrada na vontade individual e nos afectos; e na assunção da criança como sujeito de direitos, surgiu a Lei nº 61/2008 de 31 de Outubro, impondo uma nova maneira de encarar o divórcio e a disciplina do exercício das responsabilidades parentais hoje.

Se é verdade que “A lei reflecte sempre ideologias, concepções de vida”, como muito bem diz Jorge Duarte Pinheiro,¹⁰⁵ não é menos verdade que por vezes a lei é o *motor* da mudança. Foi assim em 1910, “com uma das leis mais liberais do mundo da época, em matéria de dissolução de casamento.”¹⁰⁶ pese embora o seu sentido só tenha vinda a ser apreendido mais tarde, já depois da revolução de Abril; foi assim em 2008; poderá vir a ser assim daqui por algum tempo quando a nossa lei estipular que o regime-regra do exercício das responsabilidades parentais quando os progenitores não coabitam passar a impor a guarda alternada das crianças.

Percorremos, por vezes de forma mais detalhada, outras menos, a história jurídica do casamento e a história jurídica da filiação com o fito de compreendermos melhor como chegámos onde estamos hoje. Propomo-nos agora, deixando de parte tanto quanto possível o casamento ou qualquer outra forma de dois adultos se relacionarem intimamente, perceber qual é que é o interesse maior dos filhos quando os dois adultos

¹⁰⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Texto elaborado com base numa intervenção feita sob o mesmo título na 3ª Acção de Formação do Conselho Superior da Magistratura em 2009 e posteriormente incluído nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume III - Direito das Pessoas e da Família*, org. DUARTE, Rui Pinto, FREITAS, José Lebre, e outros, Coimbra, Almedina, 2011, p. 475

¹⁰⁶ Idem, p. 478

que lhes deram origem, fruto de uma decisão, ou de um descuido, não coabitam, e como é que esse superior interesse pode e deve ser salvaguardado visto serem os filhos, sempre, o elo mais fraco da tríade pai/mãe/filho, e por isso mesmo aqueles que necessitam de especial protecção da sociedade e do Estado.

PARTE II

AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS HOJE

1. SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA OU JOVEM

“Bandeira da Convenção [dos Direitos da Criança], lugar-comum contemporâneo no mundo do Direito e das conversas coloquiais, o princípio do superior interesse da criança tornou-se popular apesar do que – ou por causa do que – encerra de indeterminação e irrealismo.”¹⁰⁷

Falar de superior interesse da criança é, antes de mais, falar da criança enquanto sujeito de direitos fazendo-a destinatária não só de todos aqueles atribuídos a todos os seres humanos só pelo facto de o serem, mas também de um outro conjunto de direitos, específicos, devido à sua condição de ser humano em formação, e por isso mesmo necessitado de especial protecção e cuidados dada a sua falta de maturidade quer a nível físico, como intelectual e emocional.

Atentando nos diplomas jurídicos que disciplinam questões que têm a ver com as crianças vemos que, implícito nuns casos e explícito noutros, em todos eles a *pedra-de-toque* é o seu superior interesse. Quer na Constituição da República Portuguesa, como no Código Civil, assim como em muitos outros diplomas legais nacionais,¹⁰⁸ e num conjunto vasto de instrumentos jurídicos internacionais¹⁰⁹ e comunitários¹¹⁰ aos quais o Estado Português se vinculou, é o superior interesse do menor o factor decisório essencial, o denominador comum, pois de uma maneira ou de outra, todos eles se subordinam a esse superior interesse. Verificamos também que em nenhum deles esse

¹⁰⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume VI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012

¹⁰⁸ Organização Tutelar de Menores, Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei Tutelar Educativa, etc.

¹⁰⁹ Convenção sobre os Direitos da Criança - Adoptada e aberta à assinatura a 20 de Novembro de 1989 e assinada por Portugal a 26 de Janeiro de 1990, entrou em vigor na ordem internacional a 2 de Setembro de 1990 e na ordem jurídica portuguesa a 21 de Outubro do mesmo ano.

¹¹⁰ Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças - aberta à assinatura em Estrasburgo a 25 de Janeiro de 1996 e assinada por Portugal a 6 de Março de 1997.

superior interesse é concretizado, talvez por se reear a perda da dinâmica associada a um conceito indeterminado que, pelas suas características, se adapta a todas as realidades, em todos os momentos.

Como diz Maria Clara Sottomayor:

“O legislador entendeu que um texto legal não pode jamais entender o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade e emite ao Tribunal um comando a fim de que este decida de acordo com os interesses e direitos da parte mais fraca no litígio.”¹¹¹

Pensamos que no que diz respeito aos instrumentos jurídicos internacionais e comunitários não poderia deixar de ser assim quer pela sua própria natureza, quer pelo facto de serem aplicáveis a realidades muito distintas, razão pela qual mais não podem do que enunciar linhas gerais que devem depois ser concretizadas pelos diversos Estados.

Já quanto à legislação nacional, embora também se compreenda certo grau de indeterminação uma vez que para abraçar todas as realidades concomitantes é necessário existir margem de manobra visto haver tantos interesses quantas crianças, pensamos que a falta de um conceito que sintetize o **essencial** desse superior interesse tem consequências nefastas uma vez que permite que dentro do mesmo ordenamento jurídico possa haver concepções de tal modo divergentes que dificilmente se poderá dizer que todas elas o defendem de igual modo.

Pensamos que seria benéfico, em nome da defesa efectiva deste superior interesse tão indeterminado, encontrar e plasmar na lei, para efeitos de regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de não coabitação dos progenitores, o que se entende, **em concreto**, por superior interesse da criança, **elencando os seus aspectos fundamentais**.

¹¹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 5ª edição, revista, aumentada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2011, p. 40

É isso que vamos tentar fazer.

Refere Hugo Manuel L. Rodrigues¹¹² a propósito do processo decisório no âmbito destas acções:

“O preenchimento do interesse do menor, em cada caso concreto implica a apreciação de um grande e variado número de factores, condenando o Juiz a uma posição complexa pelo que se aconselha a participação de profissionais de outras áreas (por exemplo os psicólogos) que auxiliem o Juiz (nomeadamente recolhendo factos para que este possa usar na fundamentação).

Contudo os nossos juízes não olham para cada caso concreto isolado dos outros precedentes, i.e., o interesse do menor (bem como, pensamos, outros conceitos indeterminados) é também susceptível de ser adensado pela doutrina e particularmente pela jurisprudência, formando-se, destarte, princípios – adquirindo o estatuto de presunções judiciais, restringindo assim a margem de discricionariedade do Juiz e auxiliando-o na decisão – ou factores a serem tidos em conta nas ponderações, como é o caso da igualdade do sexo entre o progenitor e o menor, a continuidade da educação, a necessidade que uma criança de tenra idade tem da presença maternal (o conceito de tenra idade também não tem o mesmo sentido que outrora, devendo contudo ter em conta a dependência biológica da mãe durante o aleitamento), entre outros.”¹¹³

(negrito nosso)

Alguns dos princípios assim formados acabam por ser aplicados de maneira tendencialmente automática, sem que sejam apreciadas todas as circunstâncias específicas que compõem o caso *sub judice*, e sem que seja aprofundado o interesse do menor em todas as suas vertentes possíveis. Formam-se assim verdadeiras presunções judiciais, as quais não sendo mais legítimas que as presunções legais, têm a desvantagem de não terem a virtualidade de lançar na sociedade um debate jurídico amplo.

¹¹² Autor do livro *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

¹¹³ Ob. cit. pp.73-74

Como a lei não fornece nenhum conceito de superior interesse das crianças e jovens que possa ser usado como bitola quando há que decidir sobre o exercício das responsabilidades parentais, vêem-se os juízes *obrigados*, dada a complexidade e responsabilidade de tal tarefa, e a impreparação técnica específica para a função,¹¹⁴ a *delegar as suas competências* nas mãos de técnicos. Pese embora não caiba aos peritos decidirem, em certos casos acabam por o fazer indiretamente, por via de pareceres que mesmo não sendo vinculativos para o Juiz, e não o são, acabam por lhe deixar curta margem de acção. Vejamos este exemplo: Se o parecer de um psicólogo, firmemente crente de que o melhor para as crianças é a estabilidade proporcionada pela vida organizada em torno de apenas uma residência, afirmar que a criança tem forte ligação a ambos os progenitores, mas que enquanto durou a relação destes era a mãe quem a ia levar e buscar à escola, quem usualmente lhe dava banho e lhe dava de comer; e indicar que por essa razão os seus superiores interesses ficam melhor acautelados se ficar à guarda da mãe, residindo com ela, porque qualquer solução diversa lhe iria causar instabilidade; se todas as verdades invocadas forem confirmadas em juízo pelos próprios progenitores, opondo-se contudo o pai a esta ideia de a estabilidade da residência ser mais importante do que a estabilidade afectiva; havendo por outro lado todo um conjunto de sentenças e acórdãos, proferidos em casos relativos a outras crianças e jovens, em tudo iguais e em tudo diferentes, proferidos por juízes que têm o mesmo entendimento ou que se *deixaram levar* pelo mesmo argumento: que Juiz se *atreverá* a decidir em sentido contrário, ainda que acredite nos méritos da guarda alternada?

Acreditamos que o superior interesse da criança ou jovem em concreto não pode ser encontrado na confluência das opiniões dos técnicos e das decisões judiciais anteriores, pelo contrário: tem de partir de **critérios neutros**, sob o risco de não se concretizar por um lado, e de fazer do Juiz pouco mais que um decisor formal, por outro.

Diz Maria Clara Sottomayor:

¹¹⁴ Mais à frente falaremos desta questão.

“[...] esta técnica legislativa, adoptada por um legislador que confiou no bom senso da magistratura, revelou-se inadequada por ser demasiado aberta e permeável às convicções pessoais e preconceitos dos Juizes.”¹¹⁵

Concordamos inteiramente. E acrescentamos: sobretudo às convicções pessoais e preconceitos dos magistrados mais inseguros venha essa insegurança de onde vier.

Não nos iludamos, por mais amplos que sejam os conhecimentos de Direito, magistrados sem preparação técnica específica por um lado, e sem uma lei que estabeleça claramente quais os pressupostos que devem ser verificados para se chegar à concretização do superior interesse de cada criança em particular, dada a natureza sensível destas questões, são tão influenciáveis pelas suas próprias crenças como seria outra pessoa qualquer. É muito fácil esquecer que, como disse Pablo Picasso, “Se existisse somente uma verdade não se poderiam pintar centenas de quadros com o mesmo tema.”¹¹⁶

É precisamente a extrema dificuldade em encontrar uma solução para cada caso concreto, **que leve efectivamente em linha de conta todas as especificidades que fazem dele um caso único por um lado, sem deixar de ser um caso como tantos outros por outro,** que nos leva a equacionar a necessidade de encontrar um conjunto de critérios, neutros por um lado e objectivos por outro, que permitam uma definição de superior interesse das crianças e jovens para efeitos de aplicação a estes casos, sem que o aplicador corra o risco de ser arrastado por um subjectivismo absoluto o que, dada a natureza destas matérias, é fácil acontecer.

Não queremos de modo nenhum insinuar que os técnicos de outras áreas do saber são dispensáveis, ou que a jurisprudência e a doutrina sobre o assunto são negligenciáveis.

¹¹⁵ Ob. cit., p. 40

¹¹⁶ Agradecemos aqui, apesar de ser com certeza um pouco descabido, a Fernanda Molinari, conferencista na *II Conferência Internacional Igualdade Parental no Século XXI Reflectir e Agir em Prol da Coparentalidade* o facto de nos ter trazido tão bela e expressiva frase de Picasso que desconhecíamos até então.

Longe disso. Queremos, isso sim, chamar a atenção para o facto de o superior interesse das crianças e jovens para efeitos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, na falta de critérios neutros que apoiem a decisão, poder acabar por ser encontrado de uma forma tão ou mais *artificial* e inadequado como o seria se a lei fornecesse um conjunto de valorações que permitissem apurar de forma mais objectiva em que é que consiste afinal esse superior interesse, sem a interferência de convicções pessoais e preconceitos sexistas que no momento da aplicação tornem algo como bom ou como mau, e sem o inconveniente das presunções e ilações que inevitavelmente se criam a partir quer dos pareceres, quer das decisões judiciais pois tal pode prejudicar uma leitura o mais desapaixonada possível da questão *sub judice*.

Um conceito que funcionasse como parâmetro permitiria que, com a ajuda de profissionais de outras áreas, nomeadamente psicólogos, assistentes sociais e mediadores familiares, e sem desprezar nem a jurisprudência nem a doutrina, chegássemos mais perto do interesse de cada criança ou jovem que se vê na contingência de viver sem o seu pai e a sua mãe em simultâneo, permitindo assim ao Juiz decidir sem correr o risco de ser demasiado influenciado pelas suas próprias crenças. Parece-nos fundamental que as decisões se centrem mais no mundo das crianças, tomando em linha de conta todas as suas necessidades físicas, intelectuais e emocionais, e menos no mundo e preconceitos dos adultos.¹¹⁷

¹¹⁷ Como muito bem diz a este propósito o sociólogo Rogério Neto, com quem trocámos impressões a este respeito:

“A própria concepção teórica daquele que deve ser o superior interesse da criança e do jovem deve ser enriquecida interdisciplinarmente com base em pressupostos desenvolvidos nas áreas da psicologia, sociologia e antropologia, de modo a criticar tendências universalizantes que, esquecendo o entendimento dos contextos particulares que influenciam o desenvolvimento psíquico de todas as crianças e jovens, acabam por generalizar abusivamente as soluções jurídicas *a favor dos seus testemunhos*, quase endeusando uma pretensa *intocabilidade* atribuída a esse pseudo-grupo – se o mundo das crianças existe por oposição ao mundo dos adultos (especialmente nas sociedades de cultura ocidental, pois noutras culturas há promiscuidade entre os dois mundos – prevalência da comunidade em relação ao indivíduo; institucionalização do trabalho infantil, por exemplo) isso não significa que todas as crianças e jovens sejam imunes aos processos de socialização, de valoração e de gestão dos papéis, estatutos e expectativas sociais apreendidos no seio dos parentescos, das instituições e dos padrões culturais dos grupos de pertença, e que não reproduzam, nas suas práticas e representações, todos esses

Mas, quais são afinal os aspectos que, no âmbito de uma regulação do exercício das responsabilidades parentais,¹¹⁸ são determinantes desse interesse e devem por isso ser obrigatoriamente levados em linha de conta?

Como dizem Helena Bolieiro e Paulo Guerra:

“ Inexiste na lei a enumeração de factores decisivos com vista à melhor decisão sobre o destino a dar a uma criança, numa acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais .

Aqui, verifica-se, inevitavelmente, um «subjectivismo judiciário» aplicado à interpretação do interesse da criança/filho, à criação e à avaliação de sub-critérios destinados a concretizar o seu conteúdo.”¹¹⁹

Mais à frente, os mesmos autores, na senda de Maria Clara Sottomayor,¹²⁰ registam por um lado os factores relativos à criança e por outro os factores relativos aos progenitores, como forma de concluir qual dos progenitores deve ser excluído do exercício da guarda.

Achamos preferível trilhar outro caminho. Estabelecendo como pontos assentes que:

- Ambos os progenitores são importantes para os seus filhos;
- Ambos os progenitores são iguais perante a lei;

condicionalismos; a ideologia da criança *frágil, pura, inocente, sem maldade* deve ser combatida nos processos de contenda parental e mesmo nos casos onde se pretende apurar a negligência, o abuso ou a violência doméstica e social. Mais uma vez a interdisciplinaridade técnica e a convocação de colégios especializados de escuta activa, entrevistas de ajuda e de promoção da capacitação para a resolução de problemas e conflitos (envolvendo a vítima, o agressor e os contextos familiares e sociais), deve funcionar para a detecção do superior interesse daquela criança particular em risco, daquela família particular em risco e daquela comunidade particular em risco – afinal as situações de risco, mais que individuais, resultam de um complexo articulado de interesses, constrangimentos e potencialidades de natureza social e cultural que devem ser equacionados num caminho equilibrado e realista para a verdadeira mudança.”

¹¹⁸ Neste estudo, como já referimos, só nos interessa a questão da regulação das responsabilidades parentais relativa a crianças cujos pais não coabitam, que se enquadrem na normalidade ou seja, ficam de fora todas as situações em que haja desvios graves do que é considerado normal.

¹¹⁹ BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp.183-184

¹²⁰ SOTOMAYOR, ob. cit., p.44 e ss

- O regime do casamento já não configura nenhuma vantagem ou desvantagem que exija uma especial tutela de qualquer dos progenitores nas suas relações filiais;
- Os filhos não devem ser condicionados a uma escolha;
- Todas as questões que se colocam a propósito da guarda e do exercício das responsabilidades parentais resultam de uma alteração das circunstâncias;
- E que essa alteração das circunstâncias afectará, sempre, quer os progenitores, quer os seus filhos;

enunciamos em forma de pergunta os aspectos que nos parece ser essencial equacionar para chegar ao âmago do superior interesse de cada criança. Assim, perguntamo-nos:

1. Algum dos progenitores coloca em causa a segurança dos filhos pondo em perigo a sua saúde física, intelectual ou emocional?
2. A criança ou jovem está disfuncionalmente afastada de algum dos seus progenitores?
3. Ambos os progenitores estão emocionalmente envolvidos com a educação e bem-estar dos filhos?
4. Ambos os progenitores promovem, de acordo com as suas possibilidades, o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos?
5. Ambos os progenitores promovem a relação dos filhos com terceiros (familiares, amigos e colegas) proporcionando-lhes actividades e/ou encontros para que tenham a possibilidade de interagir socialmente?
6. Algum dos progenitores não pode ou não consegue, por qualquer razão, fazer face às necessidades práticas e diárias dos filhos tais como, higiene, alimentação, horas de descanso e cumprimento de horários?

7. Ambos os progenitores teriam condições para ser guardiões e únicos responsáveis pelo exercício das responsabilidades parentais dos filhos caso o outro progenitor ficasse incapaz de o fazer, ou falecesse?

Pensamos que a resposta a estas questões nos leva ao centro do que é realmente fundamental para salvaguardar o superior interesse de uma criança ou jovem cujos pais não coabitam. Se o conjunto das respostas nos demonstra que tanto o pai como a mãe têm competência para guardar os filhos e exercer as responsabilidades parentais a eles respeitantes, do nosso ponto de vista, não encontramos **nenhum motivo** para que a guarda seja determinada a favor de um dos progenitores, em detrimento do outro, incorrendo assim no incumprimento do comando constitucional que proíbe o afastamento dos progenitores de seus filhos a não ser que os primeiros não cumpram para com os segundos os deveres fundamentais que lhes incumbem.

Da mesma forma que:

“[...] não há acordos abstractamente bons ou maus, mas acordos concretamente bons ou maus, no que concerne ao interesse daquela criança específica que até pode viver num ambiente pouco ortodoxo, mas não necessariamente disfuncional – pode, de facto, haver dinâmicas familiares que justifiquem, em concreto, atípicos acordos, que não deverão deixar de ser homologados pelo Tribunal, em nome do simplista princípio de que «este regime nunca aplicaria a um filho meu!»...”¹²¹

como bem afirmam Helena Bolieiro e Paulo Guerra, também não há sentenças boas ou más, mas sim sentenças concretamente boas ou más, sendo boas todas as que, em circunstâncias ditas normais, não ditam a separação entre progenitores e filhos sem que haja uma razão objectiva e forte para tanto, e más todas as demais.

Todas as justificações que visam fundamentar, em nome do seu superior interesse, a entrega da guarda de uma criança ou jovem a apenas um dos seus progenitores, **sendo ambos idóneos**, parecem-nos fundadas em preconceitos pouco próprios da época da

¹²¹ BOLIEIRO, ob. cit., p.184

globalização em que vivemos, e pouco consentâneos com os princípios da igualdade de deveres e direitos que se proclama, bem como dos vários papéis desempenhados por cada um dentro das construções familiares de hoje.

A constante do mundo em que vivemos é a mudança. Quanto melhor preparadas as crianças e jovens estiverem para lidar com a realidade, mais felizes e melhor sucedidas poderão ser porque mais adaptados. Não compreendemos porque há-de ser considerado que o afastamento de um dos progenitores põe mais em risco a identidade de uma criança ou jovem do que o afastamento do outro. Não confluem na criança as identidades dos seus dois progenitores? Por que razão há-de o Estado permitir que o facto de os progenitores não se entenderem condicione as relações entre um deles e o filho de ambos, privilegiando um em detrimento do outro, com óbvio desprezo pelo superior interesse do filho que, mais do que ter um dia-a-dia sempre com as mesmas rotinas, precisa de ambos os progenitores para crescer plural?

Uma criança que partilhe o tempo entre a *sua* casa da mãe e a *sua* casa do pai, ainda que no princípio tal lhe possa parecer estranho - como estranho lhe parecerá deixar de viver com os dois em simultâneo e passar a viver só com um - cedo habituar-se-á, e não quererá que seja de outro modo pois mais importante do que o incómodo que eventualmente lhe possa causar essas mudanças periódicas, o facto de saber e sentir que *tem* realmente um pai e uma mãe, e que ambos são responsáveis por todos os aspectos de que é feita a sua vida, é de longe mais importante pois confere-lhe uma segurança que de outro modo não tem - não nos podemos esquecer em momento algum de quão essencial é para qualquer ser humano, para a formação da sua personalidade e para a construção da sua própria imagem, a forma positiva ou negativa apreendida e aprendida quer pela figura do pai, quer pela figura da mãe.

Todos os casos que conhecemos, pessoalmente ou não, de crianças e jovens que vivem alternadamente com cada um dos seus progenitores nos mostram que este é o regime que melhor vai de encontro ao superior interesse das crianças e jovens, por todas as razões já enunciadas. Curiosamente, ou talvez não, todas essas crianças se adaptaram sem dificuldade à separação dos seus progenitores; aceitaram com naturalidade

posteriores parceiros quer do pai quer da mãe; nenhuma delas apresentou sintomas de depressão, regrediu ou passou a ter mau aproveitamento escolar.

Um dos argumentos utilizados amiúde para justificar a não exequibilidade do regime de guarda que defendemos, é o de que tal só é possível se o ex-casal mantiver uma boa relação. Afirmamos categoricamente que isso é um mito. Porque haveria de ser assim?

Se a criança, por hipótese, passar alternadamente uma semana em casa do pai e uma semana em casa da mãe, as questões de particular importância colocam-se as mesmas vezes e da mesma maneira que se colocariam se assim não fosse; quanto às questões da vida corrente, cada um dos progenitores as deverá resolver no dia-a-dia sem ter que obedecer aos comandos do outro pois é a ele que lhe compete resolvê-las.

Há contudo outras decisões que não se enquadram nem nas chamadas *questões de particular importância* nem nas chamadas *questões da vida corrente*. São um bom exemplo disso as decisões sobre as actividades extra-curriculares. Se a relação entre os progenitores for de molde a tornar impossível a comunicação necessária para que cheguem a um acordo, que fazer? Salvaguardará o superior interesse dos filhos praticarem uma actividade extra-curricular na semana que estão com o pai, e outra na semana em que estão com a mãe? Pensamos que não. Mas pensamos também que esse não pode, nem deve, ser o pretexto para que só um fique com a guarda. Uma boa maneira de obstar a este problema seria a previsão normativa que permitisse, em casos desses, a atribuição da guarda aos dois, mas só a um as decisões dessa natureza, depois de esgotada a possibilidade de chegarem a um acordo por via da mediação familiar.

Da mesma forma que o ideal na pendência do casamento é os progenitores terem uma boa relação entre si, o ideal nos casos de não coabitação é o mesmo, com duas diferenças fundamentais: 1) Não existindo essa boa relação, no caso da não coabitação podem os progenitores desavindos, com muita facilidade, passar dias, semanas ou mesmo meses sem sequer se cruzarem, bastando para tal que a troca de semanas se dê em dia de escola - nesta sexta vai o pai buscar à escola iniciando-se a semana com ele, na sexta seguinte vai a mãe, iniciando-se a semana com ela... 2) Evita-se deste modo o

terrível desgaste emocional a que estão sujeitas todas as crianças que, apesar de terem o pai e mãe a viverem consigo na mesma casa, se digladiam diariamente, sem o inconveniente de se verem privadas das vivências do quotidiano com um deles.

Quanto aos contactos necessários para, por exemplo, um progenitor prestar informações ao outro sobre qualquer assunto relacionado com o filho, podem ser sempre ser levados a cabo por meio de e-mail.

Quando o regime-regra ditar que, em caso de não coabitação dos progenitores, os filhos devem repartir o tempo de forma tendencialmente igualitária com ambos – excepção feita se houver alguma situação perfeitamente identificada que o desaconselhe - não só passaremos a ter uma parentalidade mais consciente e responsável, como teremos certamente crianças e jovens mais autoconfiantes e felizes. Alguém duvida da potencialidade enriquecedora da diversidade? Acreditamos que a estabilidade essencial ao desenvolvimento harmonioso das crianças e jovens não reside no facto de viverem sempre na mesma casa e de acordo com um único padrão, mas sim no facto de se sentirem amadas, respeitadas e em segurança com os seus dois progenitores.

Sendo os afectos encarados hoje como peça central e fundamental da relação progenitores/filhos, parece-nos que implementar um regime-regra que permita aos filhos, independentemente da vontade dos progenitores, poderem experienciar com cada um deles o dia-a-dia com toda a riqueza inerente a essa experimentação, não só salvaguarda melhor o seu superior interesse, como se revelará mais enriquecedor. Viver sempre com o mesmo progenitor limitando-se o outro a ser pai ou mãe de fim-de-semana e férias é muito redutor para esse outro, e sobretudo para a criança, e em muitos casos acaba por se traduzir numa menor vinculação entre a criança ou jovem e esse progenitor, com prejuízo para todos.

Na exposição de motivos - Projecto-Lei 509/X – que levou à aprovação da lei 61/2008 de 31 de Outubro pode ler-se que:

“A imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais para as decisões de grande relevância da vida dos filhos decorre ainda do respeito pelo

princípio do interesse da criança. Também aqui se acompanha a experiência da jurisprudência e a legislação vigente em países que, por se terem há mais tempo confrontado com o aumento do divórcio, **mudaram o regime de exercício das responsabilidades parentais da guarda única para a guarda conjunta. Isso aconteceu por terem sido verificados 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 afectivo com os seus filhos.**”¹²² (negrito nosso).

Fica aqui clara a louvável intenção de permitir/exigir que ambos os progenitores estejam envolvidos activamente na vida dos filhos, a bem destes. Mas, questionamo-nos, será que o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância, dissociada de uma guarda alternada dos filhos, não se esvazia só pelo facto de essas mesmas questões serem pontuais e tendencialmente muito esporádicas?¹²³

Embora não tenhamos conhecimento de estudos que o demonstrem, desconfiamos que esta medida legislativa, embora positiva na medida em que impede que decisões importantes sobre a vida dos filhos sejam tomadas só por um dos progenitores e à revelia do outro, não deve ter grande impacto no dia-a-dia dos filhos, podendo mesmo servir como mote a um aumento do litígio pois aquilo que era decidido por apenas um, o que detinha a guarda, passou a ter que ser decidido por ambos permitindo assim um real poder de veto de qualquer um deles, pelas melhores e pelas piores razões.

Diz-nos Jorge Duarte Pinheiro:

“[...] pode-se concluir que a lei vigente continuou a tradição que atribui primazia, absoluta ou relativa, a um, e apenas um, dos progenitores. Antes essa primazia manifestava-se na consagração da regra do exercício unilateral pleno das

¹²² Projecto-Lei 509/X, p. 9

¹²³ Mais à frente detalhamos mais esta questão, nomeadamente no título sobre questões de particular importância.

responsabilidades parentais. Actualmente, manifesta-se na consagração da regra do exercício unilateral em actos de vida corrente do menor.”¹²⁴

Se os progenitores não se entendem e o progenitor guardião não promove a aproximação entre o não guardião e o filho de ambos, não é o exercício conjunto das responsabilidades parentais que vai alterar seja o que for. Contudo se o regime-regra for a guarda alternada, o facto de existir ou não entendimento entre os progenitores, pouco ou nada afecta o vínculo do filho a ambos pois este aprofundar-se-á por via do convívio deste com os dois, por períodos mais ou menos equivalentes, que poderão oscilar em função das necessidades específicas do caso concreto.

O mérito deste regime não se esgota porém na salvaguarda do superior interesse dos filhos a terem um pai e uma mãe envolvidos na sua educação pois, além disso, permite a consciencialização, quer de um quer de outro, para o facto de os filhos não serem propriedade sua, obrigando-os assim a uma parentalidade responsável.

Pensamos que no que concerne à concretização do superior interesse da criança quando está a ser equacionado o exercício das responsabilidades parentais dos filhos cujos pais não coabitam, o papel do Estado é crucial, e que é seu dever tomar as medidas necessárias a que, no cumprimento da Constituição, filhos e progenitores não sejam separados quando não há razões que, em nome desse superior interesse, o justifiquem. Tal como afirmam Helena Bolieiro e Paulo Guerra a propósito do regime instituído pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, se um regime-regra assente na guarda alternada e no exercício conjunto das responsabilidades parentais, como elas hoje estão configuradas, fosse implementado mantinha-se como “[...] dever fundamental dos pais, o de conjugar o verbo [deste] *desse* novo regime – [têm] *tendo* eles de aprender a viver com ele, em nome do interesse dos filhos que geraram!”¹²⁵

¹²⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte, *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos*, ob. cit., p. 539

¹²⁵ Ob. cit. p. 181

2. DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS E GUARDA

“Porque se trata um pouco dos nossos filhos, porque é deles que se faz a nossa sociedade, e porque o futuro e o interesse superior do menor o impõem, **temos a obrigação de procurar formas alternativas de conseguir que tenham a oportunidade de um são desenvolvimento afectivo com cada um dos pais, mesmo quando estes já não conseguem viver juntos.**”¹²⁶ (negrito e sublinhado nossos)

Pensamos que este é um bom mote para a questão que agora nos interessa desenvolver e que podemos sintetizar na pergunta: como devem ser exercidas as responsabilidades parentais relativas a uma criança ou jovem vítima da separação dos progenitores, por forma a que o seu superior interesse seja efectivamente salvaguardado, sendo o mais possível poupada às consequências eventualmente negativas que essa nova realidade poderá ter para ela?

Para nós a resposta é simples: atribuindo o exercício das responsabilidades parentais e a guarda a ambos os progenitores, devendo as primeiras ser exercidas conjuntamente quanto às questões de particular importância, e a segunda alternadamente, de forma tendencialmente igualitária, salvo se razões ponderosas o desaconselharem.

Dos 749 divórcios registados em 1960 passámos para os 26,751 em 2011¹²⁷ ou seja, passámos de 1,1 para 74,2 divórcios por cada 100 casamentos. Estes números gritam-nos que as probabilidades de um casamento terminar em divórcio são muito maiores das que as probabilidades de se manter até ao fim da vida de um dos cônjuges, donde as probabilidades que as crianças de hoje têm de viverem, até à maioridade ou até serem emancipados, com os seus dois progenitores são muito diminutas. Embora não haja

¹²⁶BOLIEIRO, ob. cit. p. 270

¹²⁷Dados obtidos em: <http://www.pordata.pt/Portugal/Divorcios-323> consultado pela última vez a 2 de Julho de 2013

estatísticas oficiais sobre as uniões e desuniões de facto cremos que os números não serão muito diferentes. Urge portanto olhar para esta realidade com seriedade e questionarmo-nos sobre o que é que queremos para as nossas crianças e jovens.

Como já vimos atrás, historicamente o poder paternal era exercido apenas pelo pai, sendo parca a legislação sobre este exercício nos casos de separação ou divórcio embora as primeiras sempre tenham acontecido, e os segundos tivessem passado a ser admitidos em determinadas circunstâncias a partir de 1910.

Como também já vimos, a primeira lei do divórcio consignava nos seus artigos 22º e 23º que o pai e a mãe conservavam o pátrio poder sobre os filhos enquanto dele não fossem interditos, não podendo nenhum dos dois a ele renunciar, ou impedir o outro de os ver, visitar ou receber. Ou seja, como até este momento o poder marital se mantinha tal acabava por se traduzir no facto de a mãe, ainda que ex-mulher do pai e ainda que os filhos residissem com ela, se manter numa posição de sujeição relativamente ao ex-marido por causa dos filhos comuns.

Só depois da revolução de Abril de 74 veio o Código Civil prever que o exercício do poder paternal cabia ao progenitor à guarda de quem os filhos ficavam.

Numa sociedade marcada pela dicotomia dos papéis desempenhados pelos homens e pelas mulheres, em que às mulheres cabia a lida da casa e cuidar dos filhos quer tivessem, ou não, emprego fora de casa - como acontecia por aqueles anos cada vez com maior frequência -, não era vista com bons olhos a entrega dos filhos, sobretudo os de tenra idade, aos cuidados do pai, encarado como incapaz de se ocupar e preocupar com as questões do dia-a-dia dos filhos.

A própria Constituição de 1976, indiferente à “paternidade como função social e como valor”, como diz Evelyne Sullerot embora a outro propósito,¹²⁸ veio por um lado consagrar o princípio da igualdade dos cônjuges, e por outro considerar que apenas a

¹²⁸ Ob. cit. p. 217

maternidade era um valor social eminente,¹²⁹ tendo a paternidade passado a ser considerada como tal só após a revisão constitucional de 1982.¹³⁰

Esta forma de olhar a mulher e o homem, e os papéis que cada um desempenhava na família e na sociedade, não era apanágio dos portugueses: assim também além mar, no Brasil¹³¹, ou nalguns países desenvolvidos da Europa.¹³²

O processo de emancipação feminina levou a que os papéis parentais e conjugais se misturassem de tal forma que, destituído das suas anteriores prerrogativas, se tornou impossível diferenciar o homem/pai do homem/marido. Esta confusão de papéis permitiu que ao *mau marido* fosse colado o rótulo de *mau pai* como se ambas as coisas não pudessem ser dissociadas uma da outra. Como nos diz Evelyne Sullerot o “[...] bom pai começa por ser bom esposo, ou melhor, bom companheiro da mãe.”¹³³ Desta forma de apreender a questão resultou a ilação de que um homem bom marido nunca daria origem a um mau casamento, logo um homem divorciado só poderia ser um mau marido, donde um mau pai. Crenças desta natureza enraízam-se e trazem consigo um rol de consequências, sendo, no que agora nos interessa, a mais marcante a que levou a que ao longo dos anos muitos filhos se vissem privados dos seus pais por estes se terem divorciado das suas mães.

As mulheres/mães/divorciadas apesar de sobrecarregadas com a tarefa de, após o divórcio/separação, lhes caber, regra geral, o dever de cuidar dos filhos, não se opunham a que assim fosse, nem exigiam uma participação activa dos

¹²⁹ Esta situação levou a que todas as normas discriminatórias constantes do Código Civil de 1966 tivessem passado a ser inconstitucionais – Cfr. CRP artigos 36º n.º 3 e 68º n.º 1 redacção dada em 1976

¹³⁰ Cfr. CRP artigo 68º n.º 2 redacção dada pela 1ª revisão constitucional

¹³¹ Como podemos verificar pelas palavras de Maria Berenice Dias no seu Manual de Direito das Famílias quando diz: “Historicamente, os filhos sempre ficavam sob a guarda materna, pelo absoluto despreparo dos homens em desempenhar as funções de maternagem. Sempre foi proibido aos meninos brincar de boneca, entrar na cozinha. Claro que, em face disso, nunca tiveram a menor habilidade para cuidar dos filhos. Assim, mais do que natural que essas tarefas fossem desempenhadas exclusivamente pelas mães: quem pariu que embale! Quando da separação, os filhos só podiam ficar com a mãe. Até a lei (brasileira) dizia isso.”

¹³² Cfr. SULLEROT, Evelyne, ob. cit p. 217 e ss

¹³³ Idem, p.158

pais/homens/divorciados nos cuidados a dispensar à prole. Por um lado a mentalidade vigente via com maus olhos as mães/mulheres a quem os filhos não eram entregues - tal só se poderia dever ao facto de não serem idóneas para desempenhar tão nobre papel; por outro as próprias mães/mulheres sentiam/pensavam que o seu grande poder na sociedade e na família, do qual não queriam abrir mão sob pretexto algum, advinha desta sua qualidade de cuidadoras/sacrificadas a bem dos filhos:

“O que aconteceria se o pai cumprisse as mesmas tarefas da mãe, se chegasse a «maternizar» o filho? Seria ela ainda então indispensável, insubstituível, a mais amada, a única?”¹³⁴

O facto de os Tribunais entregarem às mulheres, as mães, a esmagadora maioria dos filhos concedendo-lhes o exercício do poder paternal em regime de exclusividade, ficando para os homens, os pais, apenas o dever de contribuir para a subsistência dos filhos através da atribuição de uma pensão de alimentos, um direito de visitas esporádicas e pouco mais, consolidava esta crença.

Com o correr do tempo as mentalidades foram mudando passando a realidade a ser diversa desta. A entrada de cada vez mais mulheres nas universidades e no mercado de trabalho; a possibilidade, aceitação e posterior vulgarização do divórcio; a forma de viver a sexualidade permitida pela divulgação massiva dos anticoncepcionais; a opção cada vez mais comum de partilha de vida em união não formalizada; a necessidade de se tornarem também os homens, na pendência do casamento, cuidadores dos seus filhos por força da ocupação profissional das mulheres e pelas próprias alterações de mentalidade relativas aos papéis associados ao género; etc., foram gerando um descontentamento crescente nestes pais que queriam, uma vez separados/divorciados, passar a ser, também eles, figuras presentes e actuates na vida dos filhos em vez de meros pagantes e eventuais visitantes.

¹³⁴ Idem, p. 157

Esta não conformação de, cada vez mais homens e algumas mulheres, aliada a uma nova forma de olhar o superior interesse das crianças e jovens levou a que se iniciassem alterações legislativas nestas matérias.

A Lei n.º 84/95 de 31 de Agosto, procurando ir de encontro a estas novas necessidades da sociedade em geral e das famílias em particular, veio afirmar ser do interesse dos filhos manter grande proximidade com o progenitor a quem não estavam confiados; prever a possibilidade de os progenitores exercerem em conjunto o poder paternal caso estivessem de acordo quanto a isso e/ou de determinados aspectos da vida dos filhos passarem a ser resolvidos por acordo entre ambos.

O resultado prático destas alterações não foi grande na medida em que, sendo necessário o acordo de ambos os progenitores, sempre que este não existia ficava tudo como dantes: poder paternal exercido só pela mãe ou só pelo pai, com todas as prerrogativas inerentes visto caber ao detentor de tal poder o direito de escolher o local de residência do menor mudando-a sempre que entendesse; escolher a escola; escolher se a criança frequentava ou não actividades extracurriculares e quais; etc... Só a boa vontade do progenitor detentor do monopólio poderia permitir a tal grande proximidade da criança com o pai e com a mãe pois a lei, na prática, mais não era que uma mera recomendação.

Continuaram portanto a ser as mães quem regra geral, em caso de separação ou divórcio, detinha a guarda e o poder paternal em regime de exclusividade.

Além desta mudança na prática ter deixado tudo na mesma, continuava a estar previsto que, no caso de os progenitores não serem casados, o exercício do poder paternal cabia ao progenitor que tivesse a guarda do filho, presumindo-se que era a mãe quem a tinha, presunção essa que só podia ser ilidida judicialmente. Mais: se os progenitores vivessem em união de facto, o exercício do poder paternal só pertencia a ambos, mesmo durante a vida em comum, quando/se estes declarassem perante o funcionário do registo civil ser

essa a sua vontade sendo que, aquando do registo da criança, só raramente era perguntado aos progenitores como o queriam exercer.¹³⁵

Em 1999 nova alteração da lei¹³⁶ sobretudo ao nível da forma: na sequência desta lei a possibilidade de exercício do poder paternal em comum passou a figurar no n.º 1 do artigo 1906º do Código Civil em vez de figurar no n.º 2, como acontecia até então.¹³⁷ Manteve-se a necessidade de acordo de ambos os progenitores para o exercício em comum do poder paternal após o divórcio, passando contudo a decisão de assim ser a dever ser fundamentada. Nada mudou para os casais que não haviam contraído matrimónio. Foi quase nada, em todo o caso não deixa de denotar uma certa evolução, um desejo de mudança.

Nove anos depois, em 2008, face à crescente exigência de muitos pais e algumas mães motivada pelas contínuas mudanças operadas na sociedade, o legislador considerou oportuno introduzir nova alteração, o que levou a mudanças significativas.

Veio então a Lei n.º 61/2008 de 31 de Agosto substituir o velho poder paternal pelas novas responsabilidades parentais, com o intuito de focar a atenção nos sujeitos de direito cujo interesse se pretende proteger: os filhos menores de idade pois:

“Ao substituir uma designação por outra muda-se o centro da 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.”¹³⁸

¹³⁵ Dizemos raramente porque admitimos que houvesse um ou outro funcionário, mais sensibilizado para a questão por motivos de ordem pessoal, ou outros, que o fizesse embora na prática não tenhamos conhecimento de casos em que essa pergunta tenha sido feita apesar de conhecermos diversos casais não casados com filhos nascidos e registados quando a lei ainda era essa.

¹³⁶ Lei n.º 59/99 de 30 de Junho.

¹³⁷ Em 1995 esta inovação foi tratada como sendo subsidiária da outra, a que previa o exercício por apenas um dos progenitores no n.º 1 do artigo.

¹³⁸ Cfr. Projecto de Lei n.º 509/X, p. 8, disponível aqui:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pl509-X.doc&Inline=true>

De acordo com a exposição de motivos plasmada no Projecto de Lei n.º 509/X esta alteração terminológica era necessária não só para permitir que a nossa legislação acompanhasse a legislação da maioria dos países europeus, mas fundamentalmente porque, por um lado, a expressão poder paternal fazia supor “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,”¹³⁹ e por outro lado por se considerar

“[...] vital que seja do ponto de vista das crianças e dos seus interesses, e portanto a partir da responsabilidade dos adultos, que se definam as consequências do divórcio. Também assim se evidencia a separação entre relação conjugal e relação parental, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda.”¹⁴⁰

Veio ainda esta lei consagrar - apesar da abertura para que assim pudesse ser desde 1995 - um regime-regra que prevê o exercício dessas mesmas responsabilidades por ambos os progenitores, independentemente de estes serem ou não casados, no que respeita às questões de particular importância para a vida dos filhos. Tal solução passou a só poder ser afastada se o Tribunal, fundamentadamente, considerar que, no caso em concreto, lesa os interesses que deve proteger: o superior interesse dos filhos.

Deram-se assim os primeiros passos no caminho que, acreditamos, levará a que um dia a conjugalidade e a parentalidade venham a ser tratadas de forma distinta pela lei na medida em que tanto podem ser realidades interligadas como autónomas. Assim acontece quando os progenitores de uma criança nunca coabitaram; quando o filho é projecto de apenas um, em regra da mulher, eventualmente à revelia do outro; ou quando um casal se separa.¹⁴¹

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Poderíamos, partindo daqui, embrenharmo-nos em considerações sobre a procriação medicamente assistida, barrigas de aluguer, etc. Não é essa a nossa intenção contudo, fica aqui a nota.

Concordamos com o que vem plasmado na motivação do Projecto desta Lei quando diz que:

“Procurar formas de aumentar o envolvimento e o protagonismo dos pais, homens, na prestação de cuidados e apoio aos seus filhos, igualmente na sequência do divórcio, é por certo assegurar melhor os direitos das crianças a manter as relações de afecto tanto com as mães como com os pais, além de assegurar também a partilha mais igualitária das tarefas entre os sexos com benefício de todos os envolvidos.”¹⁴²

Porém, lamentamos que não tenha ido mais longe projectando não só a partilha das responsabilidades parentais quanto aos assuntos de particular importância para a vida dos filhos, mas também a partilha da guarda através de um regime assente na alternância pois o que é fundamental à estabilidade e bom desenvolvimento das crianças e jovens não é dormirem todas as noites na mesma cama mas manterem uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores apesar destes terem deixado de viver sob o mesmo tecto. Como diz Maria Berenice Dias¹⁴³ “[...] O rompimento do vínculo familiar não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores.”

Embora meritórias as alterações introduzidas não resolvem o problema de fundo e que é o afastamento que tantas vezes ocorre entre os filhos e o progenitor com quem deixam de residir visto continuar a haver uma crença generalizada de que o superior interesse dos filhos fica melhor salvaguardado se estes residirem só numa casa.

É certo que a referida lei prevê que: a residência seja determinada em função da “disponibilidade manifestada” por cada um dos progenitores no sentido de “promover relações habituais” entre o outro e o filho comum;¹⁴⁴ estipula que qualquer decisão do Tribunal será sempre norteada de harmonia com o interesse dos filhos “incluindo o de

¹⁴² Projecto de Lei n.º 509/X, p.11.

¹⁴³ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 440

¹⁴⁴ Artigo 1906º n.º 5 do CC

manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores;”¹⁴⁵ criminaliza a conduta de quem “de modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento;”¹⁴⁶ contudo nada disto é suficiente para acautelar o interesse das crianças e jovens, desde logo porque os conceitos utilizados são de tal forma indeterminados que acaba por lá caber tudo e coisa nenhuma, além de que não há maneira alguma eficiente de controlar a eficácia das decisões.

Queiramos ou não, enquanto subsistir a ideia de que é mais desestabilizador para uma criança não ter exactamente as mesmas rotinas todos os dias do que perder o pai ou a mãe, para muitas crianças e jovens o fim da relação dos progenitores continuará a ter como consequência a sua separação do progenitor com quem não ficam a residir, quer porque o progenitor guardião tudo faz para que assim seja, quer porque o progenitor não guardião se acomoda no papel de pai/mãe de fim-de-semana, com tudo o que isso envolve de desresponsabilização e desinvestimento na educação. E os filhos? Os filhos, num caso como no outro, sofrem pois precisam dos dois, têm direito aos dois.

Creemos que a lei tem como propósito atribuir ao Juiz os instrumentos necessários para que possa decidir, em cada um dos casos concretos sobre os quais é chamado a pronunciar-se, da forma que melhor defenda os superiores interesses de cada criança. Contudo, ao dar uma margem de manobra demasiado ampla acaba por, por um lado, levar os Tribunais a decisões *chapa 5*, e por outro a permitir que estes não defendam com o vigor necessário o interesse primordial dos filhos a ambos os progenitores. Um superior interesse muito indeterminado, bastante difuso e discutível, como aquele que temos, torna-se permeável a ideias estereotipadas, não demonstradas, quiçá preconceituosas/discriminatórias, que pode depois ser concretizado ao arrepio quer do critério legal de facilitação do convívio da criança com ambos os progenitores, quer do

¹⁴⁵ CC artigo 1906º n.º 7

¹⁴⁶ Código Penal artigo 249º, n.º 1 c)

mandato atribuído pela lei ao Tribunal para avaliar efectivamente e em concreto os interesses de cada criança ou jovem.

Esta reforma ficou portanto muito aquém das necessidades das crianças e jovens pois não houve ainda a coragem de romper com as amarras do passado instituindo a guarda alternada como regime-regra por ser esse, acreditamos nisso com toda a vêemência, o que melhor salvaguarda o interesse dos filhos em manterem, e/ou desenvolverem, um forte vínculo com ambos os progenitores.

A avaliar pela posição tomada por alguns eminentes juristas quanto a esta lei, uma alteração como a que defendemos iria provocar, estamos cientes disso, muita polémica. Embora estejamos já em plena segunda década do século XXI a nossa sociedade ainda continua ancorada em preconceitos sexistas que levam a um enviesamento da percepção dos papéis dos homens e das mulheres quanto aos filhos comuns.

Vejamos a este propósito o que afirma Maria Clara Sottomayor, jurista, docente universitária, quanto aos n.ºs 5 e 7 do artigo 1906º:

“Independentemente de violência doméstica, o contacto da criança com ambos os pais, fomentado pelo art. 1906º, n.º 5 e 7, é também prejudicial a esta, no caso de relações altamente conflituosas entre os pais, fazendo-a passar por conflitos de lealdade e perturbações comportamentais e emocionais, como angústias, depressões, desejos de fuga, enurese nocturna, insucesso escolar, etc.”¹⁴⁷

Umás páginas mais à frente a ilustre autora defende, e estamos a falar, apenas, do exercício das responsabilidades parentais e não da guarda, que:

“O Tribunal deverá decretar o exercício exclusivo das responsabilidades parentais a favor da pessoa de referência da criança, nas seguintes situações: casos de elevada conflitualidade e incapacidade de cooperação e de comunicação entre os pais, sempre

¹⁴⁷ Ob. cit. pp. 257-258

que a criança seja de tenra idade e a pessoa de referência não confie na competência parental do outro progenitor ou receie negligência ou maus tratos, [...]”¹⁴⁸

A nossa posição não poderia deixar de divergir da da ilustre autora. Acreditamos pelo contrário que, como diz Evandro Luiz Silva a propósito da guarda mas que julgamos poder aplicar-se à questão, com ela conexas, das responsabilidades parentais, que:

“[...] vincular o estabelecimento da guarda compartilhada ao bom entendimento dos pais, é um engano, pois se eles não se entendem, a guarda exclusiva também não funciona, não acontecendo as «visitas» e levando, por consequência, a um afastamento do progenitor que não detém a guarda. Optando pela guarda compartilhada, no mínimo o direito a convivência com ambos os pais está priorizado.”¹⁴⁹

Um exemplo daquilo que defendemos é-nos dado por este caso real, que correu termos no Tribunal de Família e Menores de Portimão:¹⁵⁰

Os progenitores do Lourenço e do Dinis divorciaram-se há 4 anos. De comum acordo e homologado pela juíza do processo a contragosto, instituíram entre eles o regime da guarda alternada tendo ficado estipulado que os miúdos passariam alternadamente uma semana com o pai e uma semana com a mãe. O grau de conflitualidade entre os progenitores, apesar do tempo já decorrido, continua a ser enorme e desgastante. Apesar disso, o Lourenço e o Dinis, agora com 13 e 11 anos, embora muitas vezes acabem por ser envolvidos nas contendas dos progenitores, são uns miúdos seguros, bons alunos, sociáveis, bem educados e nos quais não se vislumbra qualquer tipo de depressão. O divórcio dos progenitores permitiu-lhes terem deixado de viver o mau relacionamento destes no dia-a-dia, e continuarem a ter um pai e a ter uma mãe que se ocupam deles no quotidiano embora de forma alternada. A tristeza

¹⁴⁸ Ob. cit. pp. 260-261

¹⁴⁹ SILVA, Evandro Luiz, *Guarda de Filhos: Aspectos Psicológicos*, in *Guarda Compartilhada – Aspectos Psicológicos e Jurídicos*, org. Associação de Pais e Mães Separados, Porto Alegre, Editora Equilíbrio, 2005, p.21

¹⁵⁰ Processo n° 2860/09.OTBPTM-A

inerente ao processo de divórcio acabou por se dissipar naturalmente com o tempo tendo dado lugar à aceitação de que nem tudo na vida é como gostaríamos e que apesar de terem deixado de poder estar com os dois em simultâneo continuaram a estar com os dois de forma alternada, mantendo e aprofundando assim os laços que os unem quer a um quer ao outro. Questionados sobre este regime que os obriga a, semana sim semana não, mudarem de casa são unânimes em responder que gostam assim e que não querem mudar. Na casa do pai vivem no campo, na casa da mãe na cidade; na casa do pai é de uma maneira, na casa da mãe é de outra, e essas duas vivências distintas acrescentam-nos. Curiosamente, quando confrontados com miúdos cujos progenitores se separaram e que vivem apenas com um deles, ficam incrédulos e cheios de pena pois para eles é impensável terem que abdicar do dia-a-dia com qualquer um dos seus progenitores.

Claro que o melhor dos mundos para todas as crianças é terem o pai e a mãe juntos, felizes. Não sendo possível, o ideal passa a ser poderem desfrutar das vivências que cada um dos progenitores tem para lhes oferecer, passando parte do tempo com um e parte com o outro, ainda que os adultos não consigam comportar-se como adultos esforçando-se por ter uma relação cordial entre eles a bem dos filhos. **Terrível e empobrecedor é uma criança ter de crescer longe de um dos progenitores sem que haja um motivo real, concreto, para que assim seja**, o qual não se esgota, naturalmente, nas situações de violência e abuso, pois também há casos em que:

“[...] os vínculos dos filhos com um dos pais são tão empobrecidos, em face do pouco ou nenhum contato afetivo, que compartilhar casas poderia ser prejudicial. Por outro lado, filhos acostumados com a presença efetiva de ambos – pai e mãe – em suas vidas e sendo privados do contato frequente com um deles, igualmente poderão ser prejudicados por esta situação.”¹⁵¹

¹⁵¹ SILVA, ob. cit. p.16

Cada pai e cada mãe encerram em si características peculiares que fazem com que nenhum deles possa ser substituído pelo outro na árdua tarefa de educar uma criança, só se podendo justificar o afastamento em casos extremos, quando algum deles põe em risco o seu desenvolvimento do filho comum, seja através de actos seja através de omissões. Fora dessas situações limite, que certamente não representam a maioria dos casos, nada pode justificar a exclusão do pai ou a exclusão da mãe da vida da criança.

Se o princípio da intervenção mínima do Estado na família tem assento constitucional,¹⁵² também os princípios da igualdade entre homens e mulheres, pais e mães, e da não separação de progenitores relativamente aos seus filhos o têm¹⁵³ donde, sendo uma das tarefas **fundamentais** do Estado a promoção do bem-estar, qualidade de vida, e real igualdade de todos¹⁵⁴, e estando o Estado comprometido com a efectivação do superior interesse da criança por via da ratificação da Convenção Sobre os Direitos da Criança,¹⁵⁵ cabe ao Estado tomar todas as medidas que, por um lado, obriguem pais e

¹⁵² Diz-nos o artigo 18º n.º 2 da CRP: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

¹⁵³ Diz-nos o n.º 1 do artigo 13º da CRP: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.” e os n.ºs 5 e 6 do artigo 36º: “5 - Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. § 6 – Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”

¹⁵⁴ Cfr. artigo 9º alíneas d) e h) da CRP.

¹⁵⁵ Reza o artigo 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança nos seus n.ºs 1 e 2:

“1. Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por Tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.”

Vindo mais à frente o artigo 18º n.ºs 1 e 2 dizer:

“1. 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 primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.

2. Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, os Estados Partes asseguram uma assistência adequada aos pais e representantes legais da criança no exercício da responsabilidade que lhes cabe de educar a criança e garantem o estabelecimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância.”

mães a assumirem as responsabilidades que lhes cabem na educação e manutenção dos filhos; e que por outro obstem a que qualquer pai ou qualquer mãe possa ser afastado do quotidiano dos seus filhos sem que haja uma razão ponderosa para tal.

a. Conteúdo

Como já foi referido no início deste trabalho, pensamos que há uma certa confusão relativamente aos conceitos de responsabilidades parentais e de guarda por um lado, e entre os diversos tipos de guarda por outro.¹⁵⁶

Identificamos uma razão essencial para essa confusão que se prende com o facto de a guarda fazer parte integrante e essencial do conteúdo das responsabilidades parentais;¹⁵⁷ de a lei em certos casos pressupor que assim é; e noutros a pretender autonomizar. Não será isso o que acontece quando atribui as responsabilidades parentais a ambos os progenitores mas insiste em atribuir a guarda a apenas um?¹⁵⁸

¹⁵⁶ O acórdão de 18 de Março de 2013, do Tribunal da Relação de Lisboa, relativo ao processo n.º 3500/10.0TBBRR.L1-6, do qual é relatora Maria de Deus Correia é um exemplo disso pois divide guarda conjunta em duas componentes, uma jurídica e outra material, e considera que a guarda alternada pressupõe o exercício alternado de todos os poderes relativos-deveres integrados nas responsabilidades parentais. Pode-se ler este acórdão aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c004f6271?OpenDocument&Highlight=0,3500%2F10.0TBBRR.L1-6>

¹⁵⁷ Achamos oportuno deixar aqui esta nota: No Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, artigo 2º, as responsabilidades parentais são definidas como “o conjunto dos direitos e obrigações conferidas a uma pessoa singular ou colectiva por decisão judicial, por atribuição de pleno direito ou por acordo em vigor relativo à pessoa ou aos bens de uma criança. O termo compreende, nomeadamente, o direito de guarda e o direito de visita.” O direito de guarda é entendido como “os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência.” – De acordo com o nosso Código Civil o exercício das responsabilidades parentais compete a ambos os progenitores; o direito de guarda apenas a um; e o direito de visita deixou de estar previsto. Por outro lado a mudança de residência é considerada questão de particular importância que deve por isso ser decidida por ambos os progenitores...

¹⁵⁸ Aquele que demonstrar maior disponibilidade para promover relações do filho com o outro - em desconformidade com a Constituição da República que prevê no seu artigo 36º n.º 6 que “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”

Se por um lado responsabilidades parentais e guarda esporádica são realidades autónomas pois quem tem o dever/poder de tomar decisões que afectem a vida da criança ou jovem pode não ser quem tem a sua guarda de facto;¹⁵⁹ por outro não o são. Se não se pode, e bem, renunciar¹⁶⁰ às responsabilidades inerentes a ser pai ou mãe, também não se pode dissociar uma da outra, excluindo pai ou mãe dessa dimensão essencial que é a guarda, sem que haja motivo relevante para tal. Custa-nos compreender como se pode aceitar que um pai ou uma mãe, competentes enquanto tal, deixem de poder exercer essa sua função primordial no acompanhamento do dia-a-dia dos filhos pelo facto de se terem separado enquanto casal, mais a mais quando uma situação dessas acarreta, ou pode acarretar, prejuízos irreparáveis para os filhos, e penalizar injusta e injustificadamente o pai ou a mãe que são assim empurrados para segundo plano.

Vejam os que são, de acordo com a lei, as responsabilidades parentais:

- Concretizando, entre outros, os Direitos Liberdades e Garantias Pessoais protegidos pelo artigo 36 n.ºs 3, 5 e 6 da Constituição da República, vem o Código Civil nos artigos 1878º e seguintes esclarecer-nos que o exercício das responsabilidades parentais se consubstancia num dever/poder que deve ser exercido pelos progenitores, no interesse dos filhos, não podendo os primeiros renunciar ao seu exercício, nem os segundos subtrair-se a ele.
- Esse dever/poder cabe quer ao pai quer à mãe, estejam estes casados ou não¹⁶¹ consiste no dever de proteger e cuidar dos filhos velando pela sua segurança e saúde, provendo ao seu sustento, dirigindo a sua educação, promovendo o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, representando-os, e administrando os seus bens; e no poder de lhes exigir obediência, sem perder nunca de vista

¹⁵⁹ Tal como acontece sempre que é delegado em terceiros o exercício das responsabilidades parentais quanto a actos da vida corrente conforme previsto no artigo 1906º n.º 4 do CC ou quando se autoriza um filho a ir de férias com os tios ou a uma excursão da escola.

¹⁶⁰ Cfr. artigos 68º n.º 1 e 36º n.º 5 da CRP e 1882º do CC

¹⁶¹ Artigos 36ª n.º 4 CRP, e 1901º e 1906º CC

que os filhos não são propriedade sua pelo que os seus desejos e opiniões devem ser, de acordo com a natureza das coisas e a maturidade deles, levados em linha de conta.

E a guarda, como a encara a lei? Cerimoniosamente. No quadro normativo vigente não poderia deixar de ser assim na medida em que, como já foi dito, por um lado a inclui - umas vezes de forma directa, outras de forma indirecta - no núcleo duro das responsabilidades parentais, e por outro a autonomiza. Verifiquemos se é ou não assim:

- A Constituição da República, como já vimos, proíbe que os filhos sejam separados dos progenitores, salvo se estes não cumprirem para com eles os seus deveres fundamentais;¹⁶²
- Em razão disso, a caracterização que o Código Civil faz do que são os deveres dos progenitores relativamente aos filhos, pressupõe que detenham a sua guarda de facto;
- Mas por outro lado, sem que exista nenhuma disposição legal que trate especificamente da guarda, o mesmo Código Civil dá-lhe uma certa autonomia quando, fazendo menção ao assunto no n.º 5 do artigo 1906º, nos diz que em caso de separação ou divórcio dos progenitores a determinação da residência deve ser feita com base em acordo entre os progenitores, **sendo o critério decisivo para a sua imposição a disponibilidade manifestada por cada um no sentido de promover relações do filho com o outro**, critério este que ainda não é seguido pelos Tribunais, dando azo a situações de Alienação Parental, como adiante veremos.

¹⁶² São esses deveres, como já referimos anteriormente, os deveres de proteger e cuidar dos filhos velando pela sua segurança e saúde, provendo ao seu sustento, dirigindo a sua educação, promovendo o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, representando-os, e administrando os seus bens; e no poder de lhes exigir obediência.

É caso para perguntar: em que é que ficamos? Se a lei fundamental proíbe a separação de progenitores e filhos se os primeiros cumprirem os seus deveres fundamentais para com os segundos, como pode vir o Código Civil, que deixa implícita a guarda no feixe de deveres/poderes que cabem aos progenitores exercer no interesse dos filhos, permitir que essa mesma separação acabe por ser efectivada através da determinação de uma residência única?

Há muitos anos atrás observava-se uma prática comum referente à educação de crianças oriundas de meios rurais ou dos aglomerados de pequena e média dimensão da chamada *provincia*, cujos progenitores podiam - pela disponibilidade de rendimentos e poupanças aplicados em estratégias de mobilidade social e cultural -, ou pretendiam - nestes casos também pela influência de sistemas instituídos de apadrinhamento e protecção dos seus filhos - que estudassem para poderem vir a ter um futuro melhor. Mal tivessem completado a instrução primária numa escola local eram estas crianças, com nove ou dez anos, amiúde internadas em colégios, a muitos quilómetros de casa, para que pudessem aceder ao ensino e, dadas as dificuldades de toda a ordem que na altura existiam, muitas das vezes só iam a casa nas férias. Essa prática em nada diminuía os deveres e poderes que cabiam aos progenitores pois eram estes os responsáveis pela escolha dos colégios e pela fiscalização do seu bom desempenho na educação dos filhos a eles confiados. Hoje em dia, com escolas que vão do ensino pré-primário ao ensino secundário em todos os concelhos, universidades ou institutos politécnicos em todos os distritos, centros de ocupação de tempos livres e centros de explicações por todo o lado, esta situação alterou-se completamente dando lugar a uma realidade que, distinta desta, tem com ela alguns pontos de contacto: desde muito cedo, em muitos casos logo aos seis meses ou mesmo antes, pais e mães que trabalham fora de casa deixam os seus filhos ao cuidado de outrém, durante muitas horas seguidas, resumindo-se muitas vezes os contactos mais directos entre eles e os seus descendentes a umas poucas horas diárias, amiúde stressantes, havendo mais tempo de contacto apenas durante os fins-de-semana, feriados e férias.

Esta realidade, irrefutável, não demonstrará que as responsabilidades parentais só podem ser distinguidas da guarda quando encaramos esta última apenas na sua dimensão esporádica uma vez que essa guarda temporária é definida por quem assume as responsabilidades parentais? Se cabe aos progenitores fazerem as opções fundamentais quanto à educação dos filhos, pode ser a outros – avós, amas, educadores, professores, explicadores, animadores, treinadores, auxiliares, etc. - que cabe a sua guarda durante o tempo e para os efeitos que os primeiros determinam. Não ficará também demonstrada por um lado a aceitação social destas práticas, e por outro a capacidade de adaptação das crianças e jovens a diferentes ambientes?

É que, como diz António José Fialho, e nós concordamos:

“[...] o conteúdo das responsabilidades parentais é composto por um conjunto de direitos dirigidos à realização da personalidade dos filhos, um conjunto de direitos e deveres **irrenunciáveis, inalienáveis e originários**, mediante os quais os pais assumem a responsabilidade dos seus filhos.

Definem-se como um poder funcional cujo exercício é obrigatório ou condicionado, acentuando-se a funcionalização dos direitos dos pais aos interesses dos filhos, **consistindo, assim, não apenas no conjunto de direitos e obrigações, mas também nos cuidados quotidianos** a ter com a saúde, a segurança, a educação e a formação da criança, através dos quais esta se desenvolve intelectual e emocionalmente.”¹⁶³ (Negrito nosso)

Acreditamos que as crianças e jovens de hoje estão habituados, desde muito pequenos, a dividir o tempo entre ambientes diversos, cada um com as suas regras, sem que isso represente qualquer problema nem para eles, nem para os progenitores. Mais, acreditamos que essa experimentação da diversidade faz parte do seu processo de crescimento, adaptação e socialização. Fica a pergunta: como se justificam e se devem

¹⁶³ FIALHO, António José, *O Papel e a Intervenção da Escola em Situações de Conflito Parental*, 3ª edição, revista e actualizada com o Estatuto do Aluno e Ética Escolar, Verbo Jurídico, p.5, disponível aqui: http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/antoniojosefialho_papelintervencoescolav3.pdf

interpretar os inúmeros obstáculos que se levantam quando se fala em guarda alternada no caso de os progenitores não coabitarem?

b. Questões de Particular Importância

Como já vimos, a Lei 61/2008 determinou que em caso de não coabitação dos progenitores o exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância passaram a dever ser exercidas em comum, por ambos, só podendo essa regra ser afastada se o seu exercício nesses moldes for considerado contrário aos interesses da criança ou jovem em questão.

A todo o tempo são os progenitores chamados a tomar decisões determinantes para o futuro dos seus filhos quer estas, pela sua natureza, se incluam ou não no núcleo das chamadas questões de particular importância. Serem dois a decidir em vez de um implica maior risco de desacordo mas, tendencialmente pelo menos, também confere mais possibilidades de acerto pois *duas cabeças pensam melhor que uma*. A bem dos filhos devem por isso os progenitores ser responsáveis, e responsabilizados, em partes iguais, pelas decisões importantes que lhes cabe tomar. Parece aliás ter sido esse o espírito da lei.¹⁶⁴

Esta imposição legal do exercício em comum das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância para a vida dos filhos tem assim uma dupla função: implica o reconhecimento dos deveres/poderes que cada progenitor tem relativamente aos filhos comuns; e exige que cada um assuma a parcela de responsabilidade que lhe cabe, quer queira quer não, deixando assim de ser só um o responsável pelo que corre mal, e só um a ter o mérito pelo que corre bem.

¹⁶⁴ Na p.15 do texto do Projecto de Lei n.º 509/X pode-se ler: “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 [...]”

Porém, como nos é dito no Projecto de Lei:

“Impõem-se **o exercício conjunto das responsabilidades parentais**, salvo quando o Tribunal entender que este regime é contrário aos interesses do filho. O exercício conjunto, porém, **refere-se apenas aos “actos de particular importância”**; a responsabilidade pelos “actos 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; **reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de “particular importância.”** ¹⁶⁵
(negrito nosso)

Interrogamo-nos: quais são os actos de particular importância que devem, então, ser decididos a dois? É que a lei não nos diz é o que é que cabe neste conceito,¹⁶⁶ tal como não nos diz o que é superior interesse da criança.¹⁶⁷ Estamos portanto perante mais um conceito indeterminado.

Serão de particular importância apenas as decisões para as quais a lei exige a autorização de ambos os progenitores? Não nos faz sentido que seja essa a ideia por razões óbvias: se a lei já exigia a intervenção dos dois era desnecessária a imposição do exercício conjunto nesse tipo de actos.

É certo que só um conceito indeterminado permite que haja a flexibilidade necessária para prosseguir o superior interesse de cada criança visto cada caso ser um caso e portanto haver tantas situações de vida quantas pessoas, havendo por isso que ponderar todo um conjunto de aspectos atinentes às sensibilidades de cada um, contexto social e cultural, etc., mas uma coisa nos parece mais ou menos consensual:¹⁶⁸ as questões de

¹⁶⁵ Projecto de Lei n.º 509/X, p. 15

¹⁶⁶ O Projecto de Lei n.º 509/X delega na doutrina e na jurisprudência o dever de definir o âmbito de questões de particular importância. Cfr. p. 15

¹⁶⁷ Como já vimos anteriormente.

¹⁶⁸ Diz-nos Hugo Manuel Leite Rodrigues na sua dissertação de mestrado subordinada ao tema *Questões*

particular importância acabam por se resumir a um conjunto de decisões muito reduzido que recaem sobretudo sobre assuntos como a escolha da escola; a oportunidade ou necessidade de determinado tratamento médico; a autorização, ou não, de fazer determinada viagem; a autorização, ou não, para praticar um desporto radical; a autorização, ou não, para contrair casamento; e pouco mais. Ou seja, são sempre questões que só se colocam esporadicamente. Quantas vezes em cada ano têm os progenitores que se debruçar sobre questões de particular importância se as configurarmos desta forma? Todos sabemos que poucas, muito poucas. Tão poucas que um progenitor sem a guarda pouco ou nunca é chamado a decidir o que quer que seja relativamente à vida dos filhos, sobretudo quando estes ainda são pequenos.

Parece que jogamos o *jogo do gato e do rato*: com vista a um maior comprometimento de ambos os progenitores quanto ao futuro dos filhos, ambos exercem as responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância para a vida destes; contudo o âmbito do exercício conjunto deve ser reduzido ao mínimo; e ao mesmo tempo a guarda deve ser entregue a apenas um deles...

Não compreendemos como é que se motiva assim um pai ou uma mãe a serem mais comprometidos relativamente ao futuro dos filhos. Alguém se pode sentir verdadeiramente responsável pela prole se não cuidar dela no dia-a-dia? Parece-nos bastante difícil. Um pai ou uma mãe que só estão esporadicamente com os filhos não fica *a priori* despojado da autoridade que lhe devia caber? Pensamos que sim, e que esse

de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais, p. 128:

“Em termos breves, as questões de particular importância prendem-se, segundo Tomé D’Almeida Ribeiro, com «questões existenciais graves, que pertençam ao núcleo existencial dos direitos do filho, as questões centrais e fundamentais para o seu desenvolvimento, segurança, saúde e formação, todos os actos que se relacionem com o seu futuro, a avaliar em concreto e em função das suas circunstâncias.» § Este conceito deve ser olhado numa perspectiva restritiva, de maneira a abarcar casos que «influem na educação ou instrução do menor ou que sejam susceptíveis de comprometer os seus interesses materiais ou espirituais» embora existam questões aparentemente simples, que devido às circunstâncias do caso se tornem de particular importância como a participação do menor numa visita de estudo ao campo tendo este asma. Ou nas palavras de Helena Gomes de Melo et alii, «o conjunto dos actos de fundo que constituem as traves mestras da vida da criança ou do adolescente e que compõem o núcleo essencial dos seus direitos». Estas ideias encaixam também na intenção do legislador, que podemos ver na exposição de motivos (...) em circunscrever este conceito a questões essenciais graves e raras.”

facto leva a que esse pai ou essa mãe tendam, quando têm os filhos consigo, a *facilitar-lhes* a vida, e que mais não se lhes pode exigir. É muito fácil compreender isto, basta colocarmo-nos na pele: um pai ou uma mãe que tem os filhos a dormir em sua casa apenas de 15 em 15 dias e em períodos de férias vai querer entrar em *guerra* com eles mandando-os estudar, ir para a cama a determinadas horas, comer a fruta ou sopa, não deixar tudo espalhado pela casa, etc., etc., etc.? Cremos que não, e que nem se pode exigir que assim seja pois se tem os filhos tão pouco tempo consigo é natural que queira desfrutar desse pouco tempo em paz, e estas obrigações típicas do dia-a-dia muitas vezes são tudo menos pacíficas. E depois pode sempre vir o outro progenitor, com as suas prerrogativas de guardião, acusar o não guardião de contrariar as suas orientações educativas.¹⁶⁹ Tem que ser assim? Pensamos que não: se a guarda for alternada, se os tempos que a criança ou jovem passam com cada um dos seus progenitores for tendencialmente igual.

Chegamos ao cerne do problema: é, ou não, a questão da guarda uma questão essencial quando se fala de responsabilidades parentais? Não ter a guarda acaba, ou não, por esvaziar o conteúdo dessas mesmas responsabilidades mais a mais quando a lei prevê que o progenitor que não reside habitualmente com o filho “não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”?¹⁷⁰ Qual é afinal, em concreto, o conteúdo das responsabilidades parentais exercidas pelo progenitor não guardião se o exercício em comum das responsabilidades parentais só diz respeito às questões de particular importância para a vida do filho?

A pluralidade de situações do dia-a-dia de uma criança ou jovem, que carecem de intervenção ou decisão por parte de quem tem a sua guarda, têm menos importância para a sua vida do que as denominadas de particular importância? Não é importante, e determinante, na vida de uma criança ou jovem deixá-la, ou não, ir acampar com os

¹⁶⁹ CC artigo 1906º n.º 3 2ª parte.

¹⁷⁰ CC artigo 1906º n.º 3 segunda parte

amigos ou simplesmente dormir em casa de um?; deixar, ou não, sair à noite?; controlar, ou não, a quantidade de tempo de jogo e/ou da utilização da internet?; impor, ou não, uma hora para deitar?; etc, etc, etc... Quais são, então, as decisões de particular importância para a vida dos filhos que, mantendo o progenitor que com eles não vive muito comprometido com o seu crescimento, devem ser tomadas por acordo entre pai e mãe? Não fazemos ideia.

O alcance prático desta imposição legal é, por tudo isto e devido à maneira como está formulada, muito diminuto. Assim acontece com Maria Clara Sottomayor que nos diz:

“Na realidade o exercício conjunto das responsabilidades parentais apenas tem um «conteúdo psicológico», uma valor mais simbólico do que prático, aumentando a auto-estima do progenitor que não reside com a criança, o qual não se sente excluído da educação desta.”¹⁷¹

Pese embora por outras razões, desde logo porque a questão da guarda alternada é *carta fora do baralho*, pois logo de seguida continua a ilustre autora:

“Contudo, significa também, **para os homens** a possibilidade de exercer direitos sem as correspondentes obrigações inerentes ao cuidado quotidiano da criança. Neste sentido, **o exercício conjunto das responsabilidades parentais fortalece a posição do pai e enfraquece a posição da mãe**, a qual, para além de assumir sozinha o cuidado diário da criança, está sujeita a interferências do ex-cônjuge. A guarda conjunta legal representa, assim, um regresso ao poder patriarcal.”¹⁷² (Negrito e sublinhado nossos)

Apesar do respeito que nos merece, não podemos de forma nenhuma concordar com as razões invocadas as quais, aliás, nos parecem eivadas de preconceitos contra os pais/homens. Inerente ao facto de se ser pai ou mãe *de*, está o dever de se exercer em conjunto *com*, as responsabilidades relativas *a* pois, quer queiramos quer não, em cada filho confluem uma linha materna e uma linha paterna, fazendo ambas parte do seu

¹⁷¹ Ob. cit. p. 239 e 240

¹⁷² Idem.

património inalienável. Embora consideremos desejável que a guarda dos filhos seja dividida entre ambos os progenitores de forma tendencialmente igualitária, tal não acontecer não pode significar de modo algum que o exercício das responsabilidades parentais deva ser exercido por apenas um dos progenitores pois assim não se configura como um regresso ao regime patriarcal. Não, longe disso, quanto muito configuraria um retrocesso ao *regime matriarcal* pois se se compreende que o legislador pós revolução tenha atribuído o poder paternal a apenas o cônjuge que detivesse a guarda da criança, em regra a mãe, para assim conseguir de facto subtrair a mulher ao jugo do homem pois assim não sendo, ainda que divorciada, continuaria a estar sob a alçada do ex-marido, volvidos 40 anos é tempo de reequilibrar as coisas uma vez que com o passar do tempo a balança se desequilibrou, a favor das mulheres, contra os homens, em prejuízo sobretudo os filhos. Embora claramente insuficiente, mais vale serem só as responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância a serem decididas por ambos os progenitores, do que nem isso.

Parece-nos que a forma como a lei configura as responsabilidades parentais nos casos em que os progenitores não fazem vida em comum, atribuindo as responsabilidades parentais aos dois por um lado, mas só nas questões de particular importância por outro, aliada à tendência de a guarda ser atribuída só a um, leva a um real afastamento da criança de um dos progenitores. Só assim não será se o progenitor que tiver a guarda não excluir o outro das decisões da vida corrente que, acreditamos, acabam por ser as que determinam em grande medida o futuro dos filhos.

E como obstar a que assim seja? Acreditamos no mérito de um regime-regra em que as responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância são exercidas por ambos os progenitores, aliado à guarda alternada da criança ou jovem, competindo, ao progenitor com quem a criança ou jovem está em determinado momento a resolução das questões da vida corrente sem ter que obedecer a quaisquer comandos do outro progenitor, visto os deveres/poderes de cada um deverem ser equivalentes. Só assim fica garantida à criança ou jovem o direito de manter e/ou desenvolver uma relação de grande proximidade com o pai e com a mãe; só assim se torna possível responsabilizar

ambos pelo futuro dos filhos; só assim se minorizam os riscos de incumprimento visto deixar de haver lugar a visitas, e em muitos casos, nem a pensão de alimentos visto caber a cada um as despesas relativas ao dia-a-dia, e a ambos em partes iguais as demais; só assim se pode impedir, ou pelo menos dificultar muito, a chamada alienação parental.

O regime-regra que defendemos não está isento de problemas, como nenhum outro está, mas os que surgem podem sempre ser resolvidos da mesma forma que o são os que se colocam quando não existe acordo, mesmo entre os progenitores que vivem juntos: recorrendo à mediação familiar,¹⁷³ ou aos Tribunais nos termos dos artigos 1901º n.º 2 do CC e 184º da OTM.

As críticas ao regime da guarda alternada baseiam-se invariavelmente nas supostas consequências negativas provocadas por uma não constância de modelo educativo, e no facto de a criança ou jovem ter que mudar de residência periodicamente. Perguntamos: na constância da vida em comum os progenitores têm sempre o mesmo modelo educativo? É evidente que não.

Pensamos que esta pequena história, de duas crianças que conhecemos bem, pode ilustrar esta questão:

João e Ana são um par de gémeos que têm, no momento em que escrevemos, quase três anos. São os únicos filhos de um casal com formação académica de excelência, ambos com mais de 40 anos. Muito desejados pela mãe, foram concebidos através de métodos de procriação medicamente assistida, tentados ao longo de vários anos, nos quais o pai, naturalmente, se empenhou.

Antes da gravidez nunca as questões da educação das crianças, que tardavam em vir, foram equacionadas. Durante a gravidez também não pois a preocupação passou a ser que tudo corresse bem pois a idade da mãe associada ao facto de serem gémeos eram factores de risco.

¹⁷³ Falaremos desta questão mais à frente, em título com o mesmo nome.

Com o nascimento dos gémeos tornou-se evidente que as concepções que o pai e a mãe têm quanto ao que é educar uma criança não podiam ser mais divergentes: enquanto um acha que as crianças podem jantar sentadas no sofá e a olhar para a televisão, o outro acha que devem jantar sentadas à mesa com a televisão desligada; enquanto um acha que deve existir uma regra quanto à hora de ir para a cama, o outro acha que a hora de ir dormir deve ser flexível; enquanto um acha que se chamarem a meio da noite é um bom sistema levá-las para a cama dos adultos, o outro acha que devem permanecer na sua própria cama; enquanto um acha que se não tiverem comido à refeição não se lhes deve dar iogurtes ou bolachas antes da hora da próxima refeição, o outro acha que se têm fome devem poder comê-las;...

Pensamos que muitas das vezes é precisamente essa divergência que precipita o fim da vida em comum por se tornar insuportável a vida dentro da mesma casa quando um acha que deve ser de uma maneira, e o outro acha que deve ser de outra. Porque é que enquanto os progenitores das *Anas* e dos *Joões* decidirem manter a vida em comum não se põe em questão que o seu superior interesse esteja salvaguardado não obstante terem modelos educativos distintos, e se decidirem separar-se já não é assim?

Não devemos esquecer que o *homem é um animal de hábitos*, e que qualquer criança ou jovem se habitua à pluralidade de pontos de vista, de formas de viver e sentir e que, no limite, isso a enriquece mais do que a empobrece.

Como diz Jorge Duarte Pinheiro, no sistema vigente:

“[...] a posição de um dos pais prevalece nitidamente sobre a do outro: na maior parte do tempo, a decisão sobre actos da vida corrente do filho cabe exclusivamente ao progenitor residente; e, na restante parte do tempo, aquela em que o filho está com o outro progenitor, a margem de decisão do progenitor não residente no campo dos actos da vida corrente do filho reduz-se a aspectos pouco significativos, estranhos ao domínio

das «orientações educativas mais relevantes» (domínio reservado, repita-se, ao progenitor que reside habitualmente com o menor).”¹⁷⁴

Ter um filho é uma decisão de enorme responsabilidade. Assente num vínculo biológico que uma vez estabelecido perdura independentemente da vontade de todos os implicados, a relação afectiva pai/mãe/filho é, pelo contrário, uma construção, que se desenvolve alicerçada sobretudo na convivência.¹⁷⁵

c. Figura de Referência

Está ainda profundamente arreigada na nossa sociedade uma mentalidade antiquada que tende a ver as mães como sendo sempre boas e capazes dos maiores sacrifícios a favor dos filhos; e os pais como potenciais abusadores e desinteressados pela sua progeneritura. Pensamos que esta visão dicotómica da parentalidade está a desaparecer nas camadas mais jovens da população, contudo há ainda muito caminho por percorrer.

É difícil mudar de paradigma, dentro da família e fora dela. Apesar de todas as alterações legislativas que visam a igualdade entre os progenitores, de acordo com as estatísticas, os Tribunais têm continuado a atribuir maioritariamente o direito de guarda às mães,¹⁷⁶ cabendo aos pais um direito de visita mais ou menos alargado, e o poder de

¹⁷⁴ Ob. cit. p. 539

¹⁷⁵ Estando a co-adoção na ordem do dia consideramos oportuno deixar aqui claro, reforçando o que já foi dito nas questões prévias, que todo o nosso trabalho se desenvolve tendo como ponto de partida a situação de separação ou divórcio no seio da família dita normal, mas que esse facto em nada afasta a aplicabilidade do regime que defendemos a toda e a qualquer família. No caso de uma família homossexual em que um dos membros é pai, mãe, ou adoptante da criança ou jovem e o outro é co-adoptante claro que, por razões biológicas, não poderá existir um património genético comum mas, em sede de separação, não é esse o património fundamental que se discute e ao qual todas as crianças têm direito, mas sim o património que advém do facto de alguém ter exercido até então as responsabilidades parentais quanto a essa criança ou jovem.

¹⁷⁶ Vejamos o que nos dizem os dados disponíveis no site <http://www.pordata.pt/Portugal>: em 2011 por cada 100 casamentos houve 74,2 divórcios (dados de 30/04/2013); em 2012, num universo de 423.518 famílias monoparentais, 359.965 eram constituídas pelas mães e respectivos filhos, contra 63.553 constituídas pelos pais e respectivos filhos (dados de 20/02/2013). É claro que no universo das famílias monoparentais estão incluídos não só os filhos menores que vivem com o pai ou a mãe, mas também

se pronunciarem sobre as questões de particular importância para a vida dos filhos o que, como já vimos, parecendo ser muito é quase nada.

Uma das razões invocadas prende-se com o facto de as mães serem consideradas, maioritariamente, as figuras de referência dos filhos, por serem elas quem costuma suprir as necessidades básicas das crianças na constância da vida em comum, pressupondo-se por isso que o laço afectivo que as une à mãe é tendencialmente mais forte que o laço que as une ao pai.

Mas tentemos compreender ao que se reconduz, afinal, a figura de referência, socorrendo-nos do que nos diz Maria Clara Sottomayor a este propósito:

“Os Tribunais não podem substituir o estereótipo da maternidade tradicional pelo estereótipo da igualdade, negligenciando a investigação sobre quem desempenha, de facto, numa família, as tarefas de cuidado e de protecção dos/as filhos/as menores. A relação afectiva com os/as filhos/as não é uma abstracção mas uma realidade humana profunda e construída através de múltiplos gestos e actos de auto-sacrifício realizados no dia-a-dia. A representação neutra da Mãe só existe no discurso legal. Na experiência da sociedade, a figura simbólica da mãe continua a existir e a funcionar em moldes tradicionais, pois, a maioria das mulheres continua a ter uma vida baseada no género feminino tal como foi socialmente construído e a viver a maternidade como o valor prioritário em relação a todos os outros aspectos da vida.

Propomos, portanto, **um critério de decisão da guarda dos filhos/as, que ainda que seja neutro**, contenha em si todas as tarefas de cuidado, educação, apoio e sacrifício realizadas em relação às crianças, durante a constância do casamento.”¹⁷⁷

Logo de seguida continua a mesma autora:

aqueles que, já adultos, continuam ou voltaram a viver com o respectivo pai ou mãe. Em todo o caso pensamos que não serão esses os que estatisticamente mais relevam para que os números sejam estes. Cumpre-nos dizer, em abono da verdade, que apesar da disparidade dos números se verifica uma descida da diferença entre o número de famílias monoparentais constituídas pelas mães e as constituídas pelos pais. Queremos acreditar que estes dados revelam que alguma coisa está a mudar.

¹⁷⁷ SOTTOMAYOR, ob. cit. pp. 56-57

“Nesse sentido, o critério que nos parece mais correcto e conforme ao interesse da criança, é que esta seja confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia, o chamado *Primary Caretaker* ou figura primária de referência. Esta regra permite, por um lado, promover a continuidade da educação e das relações afectivas da criança e por outro, atribuir a guarda dos/as filhos/as ao progenitor **com mais capacidade para cuidar destes** e a quem estes estão mais ligados emocionalmente. A figura primária de referência será também, em regra, aquele progenitor com quem a criança prefere viver. Dentro do elenco de tarefas contidas no conceito de cuidado das crianças **recebem primazia** aquelas que consistem na satisfação das suas necessidades básicas (a alimentação, o acto de acordar e de deitar a criança, a assistência na doença, o ensino de regras de etiqueta e de higiene) sobre aquelas que estão ligadas à interacção social e actividades lúdicas. As tarefas que implicam maior sacrifício são aquelas que pesam mais na aplicação do critério, pois, o sacrifício realizado pela criança cria uma relação emocional mais profunda entre o progenitor e a criança e significa um maior investimento na formação e no crescimento dos/as filhos/as. O sacrifício permite presumir a devoção da pessoa de referência à criança e que esta retribui a mesma devoção. Neste sentido, entendemos que **a atribuição da guarda deve ser uma compensação pelo investimento feito no cuidado e na educação da criança.**¹⁷⁸ (negrito nosso).

Em primeiro lugar cumpre-nos dizer que não podemos concordar com a autora quando defende a aplicação de um critério que seja neutro para definir quem deve ser a figura de referência pois, quando o Tribunal é chamado a intervir num processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o único critério que está autorizado a utilizar é **o critério do superior interesse da criança e esse não é neutro.**

Em segundo lugar, e ao contrário de Maria Clara Sottomayor, pensamos que cada criança ou jovem tem, não uma, mas várias figuras de referência, e que não se pode confundir a satisfação de necessidades básicas como a alimentação, com outras necessidades igualmente básicas, embora com natureza diversa, como as actividades

¹⁷⁸ Idem, pp. 57-58

lúdicas – lembramos a este propósito o artigo 31º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Brincar e comer são apenas dois dos factores essenciais, de entre uma multiplicidade de outros, que contribuem para que uma criança ou jovem se desenvolva de forma harmoniosa. Além disso, se o que está em causa é o superior interesse da criança, **como é que se pode defender que a atribuição da guarda deva funcionar como uma espécie de compensação dos sacrifícios?** Não compreendemos.

Mas regressando à pessoa de referência: em algumas fases da vida um dos progenitores poder-se-á destacar relativamente ao outro, noutras não, e não é esse facto que faz com que um progenitor seja figura de referência em detrimento do outro. Aliás, as figuras de referência nem sequer se esgotam nos progenitores. Ao longo das 24h do dia a figura de referência muda em função da situação. Não será o pai que conta a história antes de dormir a figura de referência à hora de dormir? E a avó que vai buscar o neto à escola e lhe dá o lanche, é o quê? Que dizer da empregada que sempre dela cuidou quando os progenitores não tinham disponibilidade? E o amigo com quem a criança brinca todos os dias? E a amiga que sabe todos os segredos? E... e... Tantas figuras de referência. Acreditamos que é o amor que sentimos e o amor que sentem por nós, adultos, jovens ou crianças, o que determina quem são as nossas figuras de referência; e que o amor paterno e o amor materno não são mensuráveis pelo número de sopas ou banhos que cada um faz ou dá.

A nossa experiência pessoal diz-nos que tudo isto não passa de um enorme equívoco: os pais são tão figuras de referência quanto as mães, e tão essenciais como estas ao harmonioso desenvolvimento das crianças; os pais são tão capazes de desempenhar todas as tarefas relativas aos filhos como as mães, e se muitas vezes não o fazem tal pode-se imputar tanto a eles - que por comodismo deixam que assim seja -, como a elas – que apesar dos eternos lamentos de não terem ajuda, preferem muitas vezes que assim seja para garantirem o seu lugar de ser insubstituível.

A responsabilidade das mulheres nestas matérias não é, de forma nenhuma, despicienda pois que, se por um lado lutaram pela igualdade de género, por outro, mesmo muitas das que se consideram *modernas e evoluídas*, na hora de cuidar dos filhos ou da casa,

acham que as coisas só estão bem feitas se forem elas próprias a fazê-las, ou sendo os companheiros, só se forem feitas como elas as fariam. Quando confrontadas com uma separação, estas mulheres, sobretudo se atribuem as responsabilidades do infeliz desfecho ao parceiro, tendem a considerar que são elas as mais capazes, quando não as únicas capazes, para cuidar dos filhos. A nada disto será alheio o facto de a sociedade em geral ainda olhar para uma mulher que não se bate por ter a guarda exclusiva dos filhos como uma mãe menor. Sabemos do que falamos.

Homens e mulheres, pais e mães, cumprem na sociedade e na família, sobretudo relativamente aos filhos, papéis que não se confundem. Uma criança que viva com o seu pai e a sua mãe desde que nasceu, estando os dois comprometidos com o seu bem-estar, ultrapassado o período do aleitamento - se estiver a ser amamentada ao peito - estabelece com cada um deles uma relação única, não comparável nem mensurável. O que um lhe dá não é o mesmo que o outro lhe dá, daí a importância de permanecerem os dois na vida da criança ainda que se separem como casal, daí a importância de alternarem a guarda do filho.

O critério para a atribuição da guarda não pode nem deve ser nenhum outro que não seja o do superior interesse da criança ou jovem, o qual se reconduz ao direito de não ser separada não da pessoa de referência, mas das pessoas de referência.

Considerar que apenas um dos progenitores é a figura de referência dos filhos, faz destes concorrentes em sede de separação ou divórcio, num jogo viciado à partida porque o vencedor só vai poder ser um - que dada a forma como muitas famílias se organizam já se sabe qual é - e nunca a criança pois esta sairá, inevitavelmente, sempre a perder. Quando os Tribunais se auto-vinculam a critérios que a lei não reconhece, como este da figura de referência, não só não estão a cumprir o seu papel como estão, talvez, a afastar-se das regras do bom senso que ditam o não afastamento entre progenitores e seus filhos a não ser que os primeiros não cumpram os seus deveres para com os segundos, levando-os assim a tomar decisões que colocam em causa o superior interesse que lhes cabe defender em nome do Estado, a bem da sociedade em geral, e das crianças em particular.

Isto mesmo é corroborado por uma série de estudos, levados a cabo em diversos países, como nos explica Vittorio Vezzetti, pediatra e Director Científico da Associação Nacional Italiana de Profissionais de Família, no seu artigo intitulado *Guarda Partilhada: O Interesse da Criança em Diferentes Estruturas Familiares*¹⁷⁹, publicado no Jornal Oficial da Sociedade Italiana de Pediatria Preventiva e Social, e que foi o primeiro artigo científico italiano sobre a definição de residência das crianças aquando do divórcio parental. No referido artigo, que tem subjacente a realidade italiana - que se assemelha em muitos aspectos à realidade portuguesa -, o autor explica a importância da estabilidade afectiva em contraposição à estabilidade da residência, e fala-nos das consequências nefastas do stress, da privação emocional e dos custos biomédicos e sociais que o modelo da guarda única representa.

Em Itália, como cá, a principal crítica à guarda alternada tem a ver com a suposta instabilidade que representa viver alternadamente em duas casas, e ter dois modelos educativos, esquecendo a enorme capacidade de adaptação das crianças e jovens. Sintetiza assim Vittorio Vezzetti:

“Crítica que não tem em conta estudos científicos e não é informada pelo progresso científico. É o mesmo que negar antibióticos às pessoas com pneumonia para evitar os inevitáveis efeitos secundários gastrointestinais. Estas análises de estudos longitudinais demonstram que nenhum efeito negativo resulta da guarda partilhada entre duas casas ou de modelos educacionais distintos inconsistentes. Tal como acima referido, os resultados indicam o contrário.”¹⁸⁰

Disse Agustina Bessa-Luís “A criança que é despojada da sua riqueza de convivencialidade incrementa a frustração do adulto de amanhã”. Não podíamos estar mais de acordo.

¹⁷⁹ Este artigo está disponível aqui: <http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2013/06/GUARDA-PARTILHADA-O-INTERESSE-DA-CRIAN%C3%87A-EM-DIFERENTES-ESTRUTURAS-FAMILIARES-vers%C3%A3o-final.pdf> ou aqui, na versão original, em italiano: <http://www.colibri-italia.it/2012/10/affido-condiviso-linteresse-del-minore.html>

¹⁸⁰ Artigo citado p. 15

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

“É incrível o ruído causado pelas pessoas que dizem falar em nome das crianças e que se esquecem de as ouvir. Parece que ainda não perceberam: o problema do fenómeno da alienação parental não está no nome que se lhe dá, não está na possibilidade de as mulheres serem difamadas por uma sociedade machista ou na dos homens serem alvo de preconceitos feministas. Odeio esta palavra mas tenho de a usar para que entendam: as vítimas não são os pais nem as mães, as vítimas são os filhos, as vítimas somos nós.”¹⁸¹

A expressão alienação parental¹⁸² surgiu pela primeira vez nos Estados Unidos da América, em 1985, pela voz do médico Richard Gardner,¹⁸³ que a utilizou para sintetizar um conjunto de comportamentos que levam uma criança a rejeitar um dos seus progenitores em consequência de um conjunto de atitudes manipuladoras levadas a cabo por um pai ou uma mãe que pretendem eliminar da vida dos filhos o outro, com a desculpa de estarem a defender os seus interesses.

Infelizmente estes casos são bastante comuns quando um dos membros do casal quer a separação, e o outro se lhe opõe. Felizmente algumas dessas situações acabam por ser transitórias, ocorrendo no período inicial da separação do casal como uma reacção adaptativa mais ou menos violenta à nova realidade, mas acabando por não deixar sequelas permanentes nos filhos. O facto de assim ser não nos deve, contudo, deixar

¹⁸¹ Epígrafe de um artigo assinado por Graça Barbosa Ribeiro e publicado no jornal Público de 22 de Abril de 2012, com base numa história verídica. Disponível em: https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/?ui=2&ik=d7946a2893&view=att&th=13cb178a83c686d6&attid=0.4&disp=inline&realattid=f_hcv06o8v3&safe=1&zw&saduie=AG9B_P_c7-nyxiss4N2sSJ7uaQ6I&sadet=1360610214748&sads=XJkVYrdA_rkFbMXXf65X4sKJf-Q

¹⁸² Um ponto de partida seguro para uma compreensão imediata do conceito, visto estabelecer a relação entre os signos e os seus referentes, é atentarmos na semântica das palavras que a compõem: Alienação – acto ou efeito de alienar; alienar – transferir para o domínio alheio (através de venda, troca, etc); parental – relativo a pai e mãe. Temos então que a expressão alienação parental nos remete para um conjunto de actos praticados por alguém, o alienador, com o objectivo de transferir o afecto sentido pelo filho relativamente ao outro progenitor, o alienado, a favor de si próprio.

¹⁸³ Personagem polémica devido a algumas das ideias que defendeu, razão pela qual esta sua teoria é sistematicamente posta em causa por alguns puristas que, em nossa opinião, confundem o homem com a sua obra.

descansados pois um processo destes sabe-se como começa mas nunca se sabe como acaba.

É comum fazer-se a distinção entre Alienação Parental e Síndrome de Alienação Parental conceitos que, de acordo com vários autores, não devem ser confundidos. Sandra Feitor sintetizou no seu livro *A Síndrome de Alienação Parental e o Seu Tratamento à Luz do direito de Menores* a diferença entre uma expressão e outra do seguinte modo:

“[...] a Alienação Parental consiste no afastamento do filho de um dos progenitores, na campanha de denegrição e manobras de manipulação e reforma do pensamento provocado pelo outro, o progenitor guardião, ao passo que a Síndrome de Alienação Parental, refere-se às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a enfermar a criança vítima da ínsita lavagem cerebral.”¹⁸⁴

Embora consideremos a distinção pertinente, cremos que neste nosso trabalho não releva. O que releva é o facto de haver pais e mães que, não sabendo lidar com a frustração associada ao fracasso da relação conjugal, não hesitam em fazer campanhas, mais ou menos dissimuladas em função da idade dos filhos e do envolvente social, para denegrir a imagem que os filhos têm do outro progenitor; e o facto de haver filhos que em consequência dessa atitude de quem os devia proteger, se acabam por afastar de alguém que os ama e a quem amam, de quem precisam e que precisa deles, mais, ou menos, convencidos de uma verdade que não passa de um hedionda mentira.

Em todo o caso, uma coisa nos parece certa: ou estes comportamentos desviantes, que visam denegrir um dos progenitores sem que haja qualquer razão para tal, têm o seu fundamento em doença do foro psiquiátrico e portanto carecem de ser tratados como tal, sob pena de quem assim age não ter condições para ter os filhos à sua guarda; ou então a situação é substancialmente mais grave pois se não é causada por uma questão

¹⁸⁴ FEITOR, Sandra Inês Ferreira, *A Síndrome de Alienação Parental e o Seu Tratamento à Luz do direito de Menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 26-27

fisiológica passível de tratamento, estamos perante alguém que por pura raiva, despeito, ou mesmo em benefício próprio,¹⁸⁵ não tem pejo em afastar o outro progenitor da vida dos filhos, apesar do prejuízo que isso representa para eles, caso em que tal conduta abusiva deveria ser claramente condenada e fortemente reprimida, passando a constituir crime.

Como dizem Eduardo Sá e Fernando Silva:

“[...] a alienação parental é uma realidade, independentemente da natureza científica que lhe atribuímos. [...] Agir dessa forma, implica causar danos na criança e no outro progenitor e não há nenhuma justificação que possa fundamentar o comportamento.”¹⁸⁶

Quem é que não conhece, pessoalmente ou por interposta pessoa, casos de progenitores¹⁸⁷ que, com base em motivos torpes tudo fizeram, ou fazem, para impedir os filhos de terem uma relação gratificante com o outro? Independentemente das razões e/ou justificações, esta é uma realidade que se verifica com demasiada regularidade, e que deve ser por isso objecto de estudo cuidado pois qualquer posição que tenda a desvalorizar a sua importância acaba por funcionar como um poderoso incentivo a que tudo continue na mesma. Estamos convencidos, acompanhando Maria Saldanha Pinto Ribeiro, que conclui assim mesmo a sua intervenção na grande reportagem *Filhos de pais em guerra*,¹⁸⁸ que essa atitude de alguns progenitores¹⁸⁹ será muitas das vezes motivada pelo medo que o alienador tem que a criança ame mais o outro e queira no futuro viver com ele, do que por outra razão qualquer. O facto de assim ser não nos tranquiliza pois não torna a conduta aceitável.

¹⁸⁵ Não nos podemos esquecer que um pai ou uma mãe que consegue, utilizando todo o tipo de estratégias maldosas, afastar o outro progenitor da vida dos filhos, continua na mesma a ter direito a receber, a título de alimentos, uma pensão.

¹⁸⁶ SÁ, Eduardo e SILVA, Fernando, *ALIENAÇÃO PARENTAL*, Coimbra, Edições Almedina, 2011, p. 31

¹⁸⁷ Esta conduta tem-se verificado mais por parte das mães do que dos pais, não porque estas tenham mais tendência para alienar, mas porque a maioria das crianças continua a ser entregue à guarda da mãe.

¹⁸⁸ Peça jornalística de Miriam Alves sob a coordenação de Cândida Pinto, emitida na SIC em 2009, que se pode ver aqui: <http://sicblogue.blogs.sapo.pt/90691.html>

¹⁸⁹ Porque o número de mães que têm os filhos à sua guarda continua a ser superior ao número de pais.

Richard Gardner, o *pai* do conceito, considerou que existem três graus de alienação parental: “Mild” (ligeiro), “Moderate” (moderado) e “Severe” (severo) quer quanto aos sintomas apresentados pela criança ou jovem, quer quanto aos sintomas apresentados pelo progenitor guardião, que consoante o grau se verificam com maior ou menor intensidade. E tipificou-os do seguinte modo:^{190 191}

A. Relativamente às crianças

- “1. Campaign of denigration (May or may not include a false sex-abuse accusation);
2. Weak, frivolous, or absurd rationalizations for the deprecation;
3. Lack of ambivalence;
4. The independent-thinker phenomenon;
5. Reflexive support of the alienating parent in the parental conflict;
6. Absense of guilt;
7. Borrowed scenarios;
8. Spread of the animosity to the extended family and friends of the alienated parent;
- Additional Differential Diagnostic Considerations Transitional difficulties at the time of
9. Behavior during visitation;
10. Bonding with the alienator;
11. Bonding with the alienated parent prior to the alienation.”

B. Relativamente ao progenitor alienador

¹⁹⁰ The International Handbook of Parental Alienation Syndrome – conceptual, clinical and legal considerations. Gardner, Richard A., SAUBER, S. Richard, e LORANDOS, Demosthenes. Charles C Thomas – Publisher, Ltd., Springfield – Illinois – USA, 2006, p.8 e 9

¹⁹¹ Cfr. Revista Julgar n.º 7, Edição da Associação Sindical dos Juízes Portugueses, Janeiro-Abril de 2009, p. 198 e 199; SOTTOMAYOR, Maria Clara, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais, 5ª edição, Almedina, 2011, Coimbra. p. 159; FEITOR, Sandra Inês Ferreira, A Síndrome de Alienação Parental e o Seu Tratamento à Luz do Direito de Menores, Coimbra Editora, 1ª edição, Maio de 2012, Coimbra, p.35

- “1. Presence of severe psychopathology prior to the separation;
2. Frequency of programming thoughts;
3. Frequency of programming verbalizations;
4. Frequency of exclusionary maneuvers;
5. Frequency of complaints to the police and child protection services;
6. Litigiousness;
7. Episodes of hysteria;
8. Frequency of violation of court orders;
9. Success in manipulating the legal system to enhance the programming;
10. Risk of intensification of programming if granted primary custody.”

Este rol de sintomas que se podem verificar em crianças vítimas de um processo de alienação e em progenitores alienadores tem o mérito de poder, e dever, orientar a actuação dos intervenientes institucionais chamados a envolver-se. Isto não significa que deva ser entendido como se se tratasse de um elenco taxativo de pressupostos que uma vez verificados levam à conclusão de estarmos indubitavelmente perante um caso de alienação parental. Essencial nestes casos é fazer-se uma análise imediata da situação, que permita concluir se há, ou não, razões ponderosas para aquela criança ou jovem apresentar aqueles sintomas; e para aquele pai ou mãe agir da maneira como age.¹⁹²

Constatando-se que se está perante uma situação de alienação parental, embora seja doloroso para a criança que, instrumentalizada pelo alienador, diz nada querer com o alienado, há que tomar de imediato medidas de protecção, se necessário radicais, pois *para evitar um mal maior justifica-se um mal menor*,¹⁹³ medidas essas que,

¹⁹² Ou seja, despistar a possibilidade de estarmos perante um caso de violência doméstica e/ou de abusos sexuais, sem partir todavia do princípio que assim é se até àquele momento não havia indícios que apontassem nesse sentido.

¹⁹³ Cfr. SÁ, ob. cit. p. 17 e ss

naturalmente, não visam punir a criança, mas sim permitir-lhe que recupere o pai/mãe que estava em vias de perder,¹⁹⁴ e obrigar o alienador a tratar-se, a bem de todos, pois a forma como o vínculo existente entre este e a criança era vivido, além de doentio configurava um mau trato com consequências potencialmente irreparáveis.

a. Abuso Sexual e/ou Violência Doméstica num cenário de litígio relativo à custódia dos filhos

A forma mais rápida, eficaz e segura de um progenitor alienador levar avante os seus intentos de afastar o outro dos filhos de ambos, é recorrer a acusações, ou insinuações, de abuso sexual e violência doméstica.

Ao facto de isso acontecer não é alheia a não especialização dos envolvidos institucionais; a falta de cooperação entre magistrados, advogados, assistentes sociais, psicólogos, pedopsiquiatras, etc.;¹⁹⁵ e a impunibilidade de quem joga mão de tão infame expediente.¹⁹⁶

Se aos primeiros sinais de alarme, que podem ser reconhecidos a partir da tipificação feita por Gardner, fossem tomadas as medidas adequadas à identificação do problema, conseguir-se-ia certamente obstar a que muitos progenitores fossem afastados dos filhos por falta de maturidade do outro progenitor, que não consegue distinguir a conjugalidade da parentalidade.

¹⁹⁴ Maria Clara Sottomayor defende, a propósito das alegações de abuso sexual infundadas, que não é admissível punir a criança separando-a da sua pessoa de referência e obrigando-a a relacionar-se com o progenitor que rejeita. Salvo o devido respeito não nos parece consentâneo com o superior interesse da criança conviver com um progenitor que tem um comportamento desviante, seja ele originado por doença fisiológica ou não, mais a mais privando-a do outro progenitor. Cfr. ob. cit. p. 177

¹⁹⁵ Veja-se mais à frente o título relativo ao modo de trabalho interdisciplinar utilizado no distrito alemão de Cochem-Zell.

¹⁹⁶ Se uma mãe. e falamos de mães porque normalmente são estas quem suscita estas questões, ao fazer uma acusação ou uma insinuação de tanta gravidade tomar imediato conhecimento das consequências gravosas que existirão para si própria no caso de se vir a constatar que a acusação ou insinuação são infundadas, talvez pese melhor as suas afirmações e atitudes.

Não queremos com isto dizer que não existem casos de violência doméstica e/ou de abuso sexual. Claro que existem, e que nesses casos deve ser decretado o afastamento imediato entre os filhos e os progenitores abusadores. Não se pode é, à menor insinuação, tratar um pai ou uma mãe competentes enquanto tal como se fossem reles criminosos pois isso, além de ser uma enorme injustiça, tem consequências dramáticas quer para o progenitor visado, quer para os filhos, que se vêem assim apartados da vida uns dos outros. É responsabilidade do Estado não deixar que tamanhas injustiças aconteçam pelo que lhe compete implementar novas formas de avaliar com celeridade, seriedade e rigor o que efectivamente se passa na vida daquela criança ou jovem assim que soa o primeiro sinal de alarme. Há desde logo que despistar se no passado daquela família desfeita existe algum sinal, mínimo que seja, que possa indiciar a possibilidade de estarmos perante uma acusação ou insinuação verdadeira.¹⁹⁷

No documentário já atrás referido¹⁹⁸ o Juiz António José Fialho põe o dedo na ferida ao afirmar, relativamente a esta questão, que os juízes nestes casos ficam num dilema pois se aceitarem como verdadeira uma falsa acusação estão a premiar o alienador, se pelo contrário a considerarem falsa e ela for verdadeira, ao permitirem a continuação dos contactos entre progenitores supostamente abusadores e filhos indefesos, estão a perpetuar um abuso inaceitável. Diz-nos ainda este magistrado que, em sede de regulação das responsabilidades parentais, compete ao Instituto de Medicina Legal a investigação da existência ou não de abuso sexual e que, na grande maioria dos casos, as conclusões desse instituto vão no sentido de não ter havido abuso.

¹⁹⁷ Diz-nos Maria Saldanha no seu livro *Amor de Pai*, p. 119 e 131: “Difícilmente a resposta está na criança. A resposta deve estar na história familiar, na avaliação das personalidades de ambos os pais – não só da do acusado ou da do acusador -, na audição de várias pessoas que têm conhecimento da vida familiar em questão. [...] Não existem sinais tipo, patognomónicos, ou seja, sistematicamente seguros de assédio. O que é importante reter é que, quando a acusação surge, a resposta está muito mais no contexto em que ela corre e na história dos adultos que a protagonizam, e na personalidades destes, do que na análise daquilo que a criança possa dizer numa situação de avaliação. Esta é a nossa mais profunda convicção. Os adultos, a sua história, a história do divórcio, a história da família alargada, tudo isto nos dirá muito mais do que a criança enredada no divórcio dos seus pais.”

¹⁹⁸ “Filhos de pais em guerra” da jornalista Miriam Alves sob a coordenação de Cândida Pinto, emitida na SIC em 2009

Maria Clara Sottomayor, na revista *Julgar* n.º 13, fazendo uma análise crítica deste problema afirma que:

“[...] A psicologia e a psiquiatria apresentam uma pluralidade de teorias e muitas vezes extravasam os limites do que está demonstrado cientificamente. Os Tribunais, no exercício da função de administrar a justiça e de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, não devem confiar de modo acrítico em teorias da Psicologia.”¹⁹⁹

Não podemos deixar de concordar, contudo cumpre-nos questionar se, confrontados com acusações de abuso sexual não provadas devem os Tribunais recusar sem mais, por falta de base científica e metodológica, a existência de um fenómeno de alienação parental. Pensamos que, da mesma forma que não devemos confiar de modo acrítico nas teorias da psicologia, não devemos confiar de modo acrítico que uma situação não existe só porque não é possível, de forma metódica e científica, afirmar que existe de facto. Ainda mais quando a realidade à nossa volta nos demonstra que há, efectivamente, pais e mães que depois de uma ruptura conjugal tudo fazem para afastar o outro progenitor da vida dos filhos.

Pôr em dúvida, como faz Maria Clara Sottomayor, a existência da alienação parental porque não há critérios científicos que a atestem, e em simultâneo defender que uma acusação de abuso sexual não provada não significa que não tenha havido abuso sexual, havendo portanto que agir como se a mesma estivesse provada,²⁰⁰ é em nossa opinião utilizar um sistema de *dois pesos e duas medidas* numa questão cuja análise se deve pautar por todo o rigor e objectividade possíveis, aliados a uma especial sensibilidade para lidar com situações em que jogam num mesmo campo sentimentos tão díspares e de difícil conciliação como a tristeza, a raiva, o desprezo, o despeito, e o desejo de vingança: amor e ódio.

¹⁹⁹ Revista *Julgar* n.º 13, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Janeiro-Abril de 2011, pp. 77 -78

²⁰⁰ Cfr. as afirmações da ilustre jurista, vertidas nas alíneas b) e f) do ponto 3.4, e ponto 3.5 da ob. cit.

Só alguém habilitado a ler estas emoções por mais sub-repticiamente que elas se manifestem, treinado para saber lidar com elas, e com capacidade de decisão, poderá acautelar os interesses em causa escolhendo entre as soluções possíveis a que melhor sirva os interesses da criança ou jovem que carece da protecção do Estado pois que, num caso destes, estamos sempre perante um abusador: ou o é quem fez a falsa denúncia; ou quem foi denunciado.

Não cremos que colocar o superior interesse da criança acima dos interesses dos seus progenitores possa significar atropelar o mais elementar direito de todo o ser humano a uma decisão justa. Além disso, poder-se-á afirmar que é do superior interesse da criança ver-se afastada de um dos seus progenitores por uma razão que pode muito bem ser falsa? Uma dúvida razoável, que possa ser devidamente fundamentada, de que embora não provado o abuso sexual possa ter ocorrido, pode/deve motivar por parte daqueles a quem compete defender os interesses da criança a aplicação de medidas extraordinárias de protecção,²⁰¹ mas não a exclusão, sem mais, desse progenitor da vida do filho.

Não constituirá uma espécie de desresponsabilização um Tribunal impedir que um pai ou uma mãe estejam com o seu filho não havendo culpa formada relativamente a eles?

Acreditamos que muitos dos nossos juízes tenham preparação e coragem para tomarem as decisões que se impõem nestes casos, contudo essa preparação é apenas fruto de um especial interesse e sensibilidade para o assunto, e/ou experiência profissional. É necessário mais.

Fiquemo-nos agora com alguns dos muitos casos reais que vão acontecendo um pouco por todo o nosso país, deixando demasiadas vezes crianças, jovens, mas também adultos, completamente desprotegidos, à mercê de Tribunais ineficazes para prosseguirem o superior interesse que o Estado se comprometeu a colocar à frente de

²⁰¹ Como por exemplo implementar um regime em que as visitas sejam supervisionadas por pessoa idónea que tenha uma boa relação com o suposto abusador, e avaliações frequentes da situação.

tudo quando em 21 de Setembro de 1990 ratificou a Convenção sobre os direitos da criança.

b. As Vítimas²⁰²

I. O CASO DA MARIA

No programa de informação Linha da Frente da RTP 1 passou, em Janeiro de 2010, uma reportagem, da responsabilidade do jornalista José Ramos e Ramos e sob coordenação de Mafalda Gameiro, intitulada *Filha Roubada*.²⁰³ O documentário conta o caso de uma menina de 7 anos, a viver com a mãe e sem contactos com o pai, por alegadamente não os querer ter, que uma decisão do Tribunal levou à institucionalização.

O visionamento da reportagem leva qualquer espectador a acreditar que se tratou de uma decisão cruel de um Juiz impreparado e inexperiente. Porém, bastam algumas buscas na internet para se ver que não terá sido bem assim.²⁰⁴

O caso remonta a 2005, e o que a polémica decisão do Juiz pretendeu foi pôr cobro a uma situação de incumprimentos sistemáticos do regime de visitas que deveria permitir a manutenção e o aprofundamento da relação da menina com o pai após a separação deste e da mãe, incumprimentos esses da responsabilidade da mãe, e altamente prejudiciais para a criança, tendo a decisão de a institucionalizar sido tomada na sequência de pareceres de uma associação envolvida no processo²⁰⁵ e de um pedido do

²⁰² No final de cada um dos casos apresentamos um conjunto de questões às quais, naturalmente, procuraremos responder na síntese que faremos sobre este assunto. Estamos cientes de que enriqueceria este trabalho desmontarmos o argumentário vertido nos acórdãos, infelizmente tal não nos é possível por manifesta falta de tempo.

²⁰³ Programa que pode ser visionado aqui: <http://www.rtp.pt/blogs/programas/linhadafrente/?1-parte-do-Linha-da-Frente-de-2010-01-20.rtp&post=5873>

²⁰⁴ Encontra-se disponível no site da Associação Sindical dos Juizes Portugueses: <http://www.asjp.pt/2011/01/02/reportagem-da-rtp-filha-roubada-ercs-deu-razao-a-queixa-da-asjp/> - a queixa que esta associação apresentou contra a RTP junto da Entidade Reguladora para a Comunicação Social, e a respectiva resposta a dar razão à associação sindical.

²⁰⁵ Associação Chão de Meninos

Ministério Público. Em sede de recurso a decisão foi confirmada pelo Tribunal da Relação de Évora.

Embora não conheçamos sobre o caso senão a acta da conferência de pais;²⁰⁶ os fundamentos da queixa apresentada pela associação sindical dos juízes contra a RTP devido à referida reportagem;²⁰⁷ a resposta da entidade reguladora para a comunicação social a essa queixa;²⁰⁸ a posição da Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos²⁰⁹ veiculada online;²¹⁰ assim como a versão da história contada num “site sobre o cruel caso de uma menina de 7 anos internada num orfanato pelo Juiz estagiário à data Nuno Bravo Negrão **apenas por se recusar a ver um dos progenitores**”²¹¹ (negrito e sublinhado nossos), atrevemo-nos a afirmar que estamos perante mais um típico caso de alienação parental, severa, que, felizmente, acabou por ser contida na sequência de uma corajosa, e incompreendida, decisão deste Juiz que teve o mérito de permitir que a pequena Maria voltasse a ter pai. Tanto assim será que, conforme nos é relatado no site que pretende estar em actualização constante, a guarda da miúda foi entregue ao pai depois de cessada a institucionalização, e posteriormente passou a ser alternada, vivendo a criança uma semana com a mãe, seguida de uma semana com o pai.

Deixamos duas perguntas:

- Se o regime-regra fosse o da guarda alternada teria havido a necessidade de institucionalizar esta criança para reverter um processo de afastamento de um dos progenitores protagonizado pelo outro?

²⁰⁶ Acta da conferência de pais que teve lugar no Tribunal judicial da Fronteira a 22 de Junho de 2009 disponível aqui: <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2010/05/2-Decis%C3%A3o-do-Tribunal-de-Fronteira.pdf>

²⁰⁷ <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/01/Queixa-ERCS-RTP.pdf>

²⁰⁸ <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/01/ERCS-Filha-Roubada.pdf>

²⁰⁹ <http://igualdadeparental.org/>

²¹⁰ <http://www.destak.pt/artigo/51804>

²¹¹ <http://www.maria2x.com/701.html>

- Se o Juiz não tivesse tido a coragem de tomar esta medida as relações da menina com o seu pai teriam sido reestabelecidas em tão curto espaço de tempo?

II. O CASO DO MENINO N. 06/05/2004²¹²

Vejamos outro caso, este vertido num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Janeiro de 2010, relativo ao processo 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, do qual foi relatora a Desembargadora Ana Resende.

A mãe de uma criança de quase 3 anos e meio, criança essa que convivia com o pai amiúde na sequência da regulação do exercício do poder paternal pedida por este dois anos e meio antes, decidiu que o regime vigente não acautelava os interesses do filho, criando-lhe instabilidade, pelo que deveria ser alterado, devendo o pai passar a estar com a criança apenas de 15 em 15 dias, numa manhã ou tarde, de sábado ou de domingo, que mais tarde evoluísse para fim-de-semana. Estávamos em Setembro de 2007.

O pai da criança, na sua resposta, deu conhecimento ao Tribunal de que a ex-companheira há já alguns meses que o tentava impedir de estar com o filho de ambos, e pediu que o regime fosse mantido.

Uma avaliação psicológica da criança, feita na altura em que deu entrada o pedido de alteração, afirmava que o pequeno sofria de ansiedade e perturbação que remetiam para um sentimento de abandono e medo por se sentir longe do pai e família deste.

Na conferência de pais inicial (a 7 de Janeiro de 2008) foi impossível que estes chegassem a acordo pelo que o Juiz estabeleceu um regime provisório de um mês que previa que o pai e respectiva família pudessem ir visitar o menor ao infantário todos os dias de semana em horário pré-estabelecido.

²¹² Disponível aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/9510293a13ca4ab3802576d3004430db?OpenDocument&Highlight=0,PROCESSO,1625%2F05.3TMSNT-C.L1-7>

Um mês depois a situação foi reavaliada.

Continuando sem ser possível o acordo, determinou o Juiz que a partir daí o pai podia visitar o menor na escola todas as quartas-feiras, e que os fins-de-semana passassem a ser passados alternadamente com o pai e com a mãe, indo o pai buscar o filho à escola, ou a casa da mãe, à sexta e lá entregá-lo na segunda, ficando logo consignado na decisão que se o regime não fosse cumprido as forças policiais poderiam intervir. O fim-de-semana que se aproximava deveria ser passado com o pai.

Logo após esse primeiro fim-de-semana, entregue a criança no infantário, foi a avó materna com ela ao hospital, a pedido da mãe, denunciando que a criança tinha sido abusada sexualmente. Corria o dia 18 de Fevereiro de 2008.

Não tendo a observação, física e psicológica, sido conclusiva uma vez que o facto de não haver evidência de qualquer abuso não significa que este não tenha acontecido pois nem todo o tipo de abuso sexual deixa marcas físicas, e as psicológicas podem ter outras origens, foi a queixa crime entretanto instaurada contra o pai arquivada. Contudo, a 31 de Março, decidiu o Tribunal suspender o regime de visitas vigente, mantendo o contacto entre pai e filho às quartas-feiras no infantário, e instituindo visitas mediadas no Instituto de Reinserção Social, visto a criança evidenciar perturbação a vários níveis. Essas visitas decorreram em Junho e Julho, tendo os avós paternos comparecido nalgumas; a avaliação da técnica do IRS foi muito positiva uma vez que a criança demonstrava gostar e sentir-se bem quer com o pai quer com os avós. A mãe, embora cooperasse, foi sempre verbalizando que o pai e respectiva família não constituíam elementos securizantes para a criança.

A 31 de Julho, quinta-feira, reavaliada mais uma vez a situação, o Tribunal determinou que o menor passaria a ser entregue ao pai no 1º e 3º fins-de-semana de cada mês, devendo ir buscá-lo a casa da mãe à sexta e lá deixá-lo ao domingo, e que passaria dois períodos de uma semana com o pai no mês de Agosto. Ou seja, no dia seguinte, 1 de Agosto, haveria lugar ao primeiro fim-de-semana.

No dia e hora a que se devia iniciar o primeiro fim-de-semana da criança com o pai, a avó materna ao baterem-lhe à porta, não respondeu, trancou-a e telefonou para a esquadra a dizer que o pai da criança estava à sua porta a querer entrar à força. Correu-lhe mal, o pai temendo que alguma coisa estapafúrdia sucedesse tinha ido acompanhado da autoridade...

Findo o segundo período de férias que a criança passou com o seu pai, no mesmo dia em que foi entregue à mãe (30 de Agosto), foi submetida de novo a exames médicos no hospital por suspeita de abuso sexual, não tendo mais uma vez sido encontrados quaisquer sinais.

A 8 de Setembro o pai informou o Tribunal do facto de quatro dias antes ter tido conhecimento, através da Comissão de Protecção de Menores, da ida da mãe com o filho ao hospital, e do resultado da avaliação médica. Dois dias depois, a 10 de Setembro, é junto ao processo relatório da mesma Comissão no qual se afirma a necessidade de rever a forma como o exercício do poder paternal está regulado.

A 15 de Setembro teve lugar nova conferência de pais, presumindo nós que os progenitores não lograram chegar a acordo e que o esquema de visitas se deveria manter até à decisão. Dois dias depois o pai pediu que as visitas voltassem a ser mediadas pelo IRS, certamente por não ter condições de as continuar a fazer nos moldes decididos em Julho sem que o filho fosse submetido a toda a hora a exames médicos e o que mais passasse pelas cabeças da avó e da mãe. O Tribunal pediu a mediação do IRS mas não suspendeu o regime de visitas podendo o pai a ele voltar quando achasse adequado.

A 11 de Novembro o pai pediu que fosse retomado o regime de visitas estipulado em Julho. A mãe disse nada ter a opor em 13 do mesmo mês contudo, logo no dia seguinte, sexta-feira, impediu o pai de levar a criança consigo para passar o fim-de-semana. Dando disso conhecimento ao Tribunal, veio a mãe afirmar que a criança não tinha querido ir com o pai e que por essa razão não tinha ido.

Realizada enfim a audição de discussão e julgamento foi o poder paternal alterado, tendo a guarda sido entregue ao pai e estipulado um regime de visitas a favor da mãe.

Algumas perguntas:

- Se o regime-regra fosse o da guarda alternada as coisas ter-se-iam passado do mesmo modo?
- Havia algum elemento anterior ao processo que pudesse sugerir estarmos perante um pai abusador? E perante uma mãe abusadora?
- É razoável que quase dois anos da vida desta criança tenham sido passados desta forma?
- Existe, ou não, responsabilidade do Estado pela demora?

III. O CASO DAS IRMÃS N. 12/11/1998 E 28/05/2000²¹³

Vertido num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Maio de 2009, relativo ao processo 2190/03.1TBCSC-B.L1-7 do qual foi relator o Desembargador Arnaldo Silva, este caso reporta-se à situação de duas irmãs que na altura em que os progenitores se separaram tinham 2 e 4 anos.

Em Junho de 2002, na sequência de afirmações da mãe das duas crianças no sentido de que o pai abusava sexualmente das filhas, este deixou a morada de família e foi morar com os seus próprios progenitores.

Entre Junho de 2002 e Janeiro de 2003 o pai ia periodicamente buscar as filhas indo com elas, com frequência, visitar os avós e tia paternos.

²¹³ Disponível aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/c0841b304e6d7aa5802575d80036ebf3?OpenDocument>

A 27 de Janeiro de 2003 realizou-se a primeira conferência de pais na qual foi fixado um regime provisório que atribuía à mãe a guarda e exercício do poder paternal sem que tenha sido contudo atribuído ao pai qualquer direito de visitas. Tal determinou o facto de as menores, a partir desse momento, terem deixado de ter qualquer contacto com o pai.

Em Julho desse mesmo ano, ou seja seis meses depois, em aditamento ao regime provisório fixado na conferência de pais foi atribuído ao pai direito de visitas, férias, etc., sendo que as visitas deviam ocorrer quinzenalmente entre as 10 e as 15h de sábado e de domingo, devendo o pai ir buscar e levar as crianças a casa da mãe de acordo com esse horário. Além disso podia estar com elas às quartas-feiras entre o fim das actividades escolares ou 17h e as 19.30h, consoante as crianças estivessem ou não em período de férias escolares.

As férias que as menores deveriam ter passado com o pai em Agosto de 2003 não se efectivaram porque a mãe não as deixou ir.

Entre fins de Julho e Dezembro de 2003 as menores retomaram o contacto com o pai tendo este ido buscá-las por vezes com os avós paternos ou com a nova companheira, levando-as habitualmente para casa dos avós.

Alegadamente a criança mais velha, na altura com cinco anos, passou a recusar ir com o pai a partir de Dezembro, tendo a mãe, a partir de Janeiro de 2004 impedido quaisquer contactos das crianças quer com o pai quer com os familiares deste.

A 25 de Fevereiro de 2004 o Tribunal suspendeu o regime de visitas estipulado apesar de não ter sido possível provar que o pai abusara sexualmente de nenhuma das filhas. De acordo com os relatórios citados ao longo do acórdão este pai terá colaborado sempre com os peritos, disponibilizando-se para comparecer onde fosse necessário, para o que fosse necessário. Além disso entretanto constitui nova família e tem mais dois filhos.

Pelo contrário ficou demonstrada a falta de maturidade da mãe, mulher frágil, insegura e perturbada emocionalmente mas atenta aos cuidados e necessidades das filhas.

Estas crianças foram ao longo do tempo submetidas a vários exames, quer físicos quer psíquicos, tendo os últimos sido levados a cabo vários anos depois de as crianças terem deixado de contactar com o pai. Em nenhum deles ficou provado que tivessem sido objecto de abuso ficando pelo contrário clara a “excessiva focalização na temática genital e sexual, como se houvesse uma procura incessante por parte da mãe de confirmação do alegado abuso sexual.”²¹⁴

Ao longo do texto do acórdão, de uma forma algo confusa, são sucessivamente analisadas as afirmações feitas nos diversos relatórios a ele apensos, que vão sendo confrontados entre si e com as várias teorias da psicologia quanto aos desenhos das crianças, às fases de desenvolvimento, à capacidade de distinção entre a realidade e a ficção, etc, etc, etc, para se concluir a final que os abusos sexuais não podem ser dados como provados, os relatos das crianças não são verosímeis, e que há pressão da parte da mãe e da avó materna no sentido de as menores falarem dos relatos que teriam feito sobre os alegados abusos. Contudo, visto as crianças, entretanto com 10 e 8 anos, recusarem estar com o pai, com quem não estavam desde 2004, reafirma o acórdão a continuação da suspensão do direito de visita até que a recusa se atenuar ou desapareça pois não se pode obrigar uma criança a estar com o pai contra a sua vontade. Afirma ainda o acórdão que esta recusa foi livremente determinada pelas crianças.

Reiteramos as perguntas já feitas, e acrescentamos mais algumas:

- Se o regime-regra fosse o da guarda alternada as coisas ter-se-iam passado do mesmo modo?
- Havia algum elemento anterior ao processo judicial que pudesse sugerir estarmos perante um pai abusador? E perante uma mãe abusadora?
- É razoável que seis anos da vida destas crianças tenha sido passada desta forma?

²¹⁴ Ao longo do texto do acórdão encontra-se muitas vezes esta expressão.

- Existe, ou não, responsabilidade do Estado pela demora?

IV. O CASO DO MENINO N. 24/11/1993²¹⁵

Vertido num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Março de 2011, relativo ao processo 88/2002.L1.S1 do qual foi relator o Conselheiro Orlando Afonso, este caso reporta-se à situação de um menino que na altura em que os progenitores se separaram ainda não tinha três anos.

Em Outubro de 1994 foi homologado um acordo de regulação do poder paternal no qual ficou estipulado que era a mãe quem exercia esse poder, ficando a criança à sua guarda. Ficou ainda determinado como se processaria o direito de visitas regulares que cabiam ao pai, tendo ficado acordado que nos primeiros três meses este só teria esse direito durante duas horas por semana, sendo que a partir dessa altura poderia ter o menor consigo durante 24 ou 48 horas consoante optasse por estar com o filho semanalmente ou quinzenalmente. Além disto este pai tinha o direito a passar um máximo de 30 dias de férias por ano com o filho, Natal e Páscoa intercalados a partir dos oito anos de idade da criança, o seu dia de aniversário, e o almoço ou o jantar no dia de aniversário do filho.

Em Julho de 1999, tinha a criança pouco mais que cinco anos e meio, a mãe não entregou o filho ao pai para passar férias com este, vindo depois alegar que tal se deveu ao facto de o menino não o ter querido fazer, e insinuando que essa recusa poder-se-ia dever a abuso ou tentativa de abuso sexual perpetrada nas férias da Páscoa desse ano. Além disso pediu ao Tribunal que ordenasse a suspensão das visitas.

O Tribunal ordenou a realização de inquéritos imediatamente após ter recebido as alegações da mãe da criança. Era dia 4 de Agosto de 1999.

²¹⁵ Disponível aqui:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f821cb6e641a62b8025785e003d62ad?OpenDocument&Highlight=0,88%2F2002.L1.S1>

Mais de um mês depois, a 7 de Setembro, o Tribunal insistiu junto do IRS para que realizasse, com urgência, os inquéritos pedidos.

A 16 de Setembro chegaram os relatórios. Considerando a mãe muito ansiosa relativamente ao convívio pai/filho e o pai pouco hábil na convivência com a criança, recomendavam que fosse feita uma avaliação mais profunda do caso. Não havia qualquer referência a abusos sexuais.

A 17 de Dezembro teve lugar uma conferência de pais, na qual não houve possibilidade de acordo entre o pai e a mãe, pelo que lhes foi dado o prazo de 15 dias para alegarem e juntarem as provas que considerassem oportunas.

A 1 de Junho de 2000, ou seja quase um ano depois, é junto ao processo um relatório de avaliação pedopsiquiátrica que informa não haver quaisquer sinais de a criança ser vítima de abuso sexual mas que “revela traços depressivos, para o que terão contribuído as experiências traumáticas da disputa familiar... e vivências de carência afectiva precoces.”²¹⁶ Além disso recomenda que a criança continue com a mãe; que passe a ter acompanhamento psicoterapêutico; que retome a convivência com o pai, a qual deve ser mediada por adulto da confiança da criança e de ambos os progenitores; e que fiquem suspensas as autorizações para estadias mais prolongadas com o pai, nomeadamente férias.

A curadora de menores, quinze dias depois e na sequência do relatório, promove que se notifiquem os progenitores e que estes indiquem pessoa de confiança que medeie as visitas de acordo com o prescrito.

Ao longo do ano que entretanto passara este pai, afastado do seu filho e sem nada que indicasse ser um abusador, foi requerendo ao Tribunal que se mantivesse o regime de visitas estabelecido, ou que se estabelecesse um regime provisório, consciente que tão grande afastamento entre ambos iria fatalmente ter consequências na relação paterno-

²¹⁶ Veja-se p.6 do acórdão em questão.

filial. Não logrou contudo conseguir manter qualquer relação com o filho pois o Tribunal indeferiu todos os pedidos.

Em 30 de Março de 2001, depois de a mãe ter deixado de levar a criança às consultas; de o pai não ter sido notificado atempadamente para fazer exames no Hospital de Santa Maria; de a mãe devidamente notificada ter faltado a esses mesmos exames, promove o Ministério Público um regime provisório de visitas.

Em 2 de Agosto é proferido novo despacho a determinar o regime de visitas, no qual é dito que:

“[...] nada há de concreto nos autos que possa objectivamente fundar uma proibição de visitas, de contactos e de convívio com o seu pai, situação profundamente lesiva dos interesses do menor [...]” e que “Há que pôr fim a esta situação e criar um ambiente de são convívio e respeito pelos interesses desta criança, direitos esses que a progenitora deverá compreender e cumprir sob pena de o Tribunal ter de determinar a execução das respectivas decisões através de meios coercivos, em si mesmos dolorosos para o menor...”²¹⁷

Entretanto tinham decorrido mais de dois anos desde o momento em que o convívio minimamente normal entre pai e filho tinha sido interrompido, por decisão da mãe com o beneplácito do Tribunal.

Sete anos depois de iniciado o pesadelo, o pai é um homem desfeito e a relação entre este e o seu filho é inexistente.

Pergunta-se:

- Se o regime-regra fosse o da guarda alternada as coisas ter-se-iam passado do mesmo modo?
- Havia algum elemento anterior ao processo judicial que pudesse sugerir estarmos perante um pai abusador? E perante uma mãe abusadora?

²¹⁷ Veja-se p.8 do acórdão em questão.

- É razoável que nove anos da vida desta criança tenha sido passada assim?
- Existe, ou não, responsabilidade do Estado pela demora?

V. O CASO DO MENINO N. 29/09/2000²¹⁸

Vertido num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Outubro de 2012, relativo ao processo 2304/05.7TBCLD-EL1-7 do qual foi relatora a Desembargadora Conceição Saavedra, este caso reporta-se à situação de uma criança cujos progenitores nunca viveram juntos, e que tinha dois anos quando pela primeira vez foi regulado o exercício do poder paternal.

Depois de sucessivas alterações do disposto no acordo inicial homologado pelo Tribunal a 28 de Fevereiro de 2002, e impossibilitado de conviver com o seu filho por alegadamente a mãe o impedir, o pai desta criança em Outubro de 2010 requereu a alteração da regulação das responsabilidades parentais, pedindo a guarda do filho, na altura com 10 anos de idade, e que a mãe deste fosse condenada em multa e em indemnização por sucessivos incumprimentos.

O primeiro acordo - que previa que o pai a fosse buscar todos os dias à ama e a deixasse em casa da mãe meia-hora depois, e que passasse com ela todas as tardes de quarta-feira e de domingo, entre as 17 e as 19.30 h - vigorou até aos quatro anos da criança. Pai, mãe e filho viviam nos Açores. Nessa altura a mãe, professora, foi colocada no continente.

Em Fevereiro de 2006 um despacho do Tribunal veio permitir ao pai, impor à mãe, que o menor tivesse contactos telefónicos diários com o pai e que, provisoriamente, passasse com este o segundo fim-de-semana de cada mês, devendo o pai ir buscá-lo a casa da mãe à sexta-feira e levá-lo no domingo. Além disso ficou previsto que o menor passaria com o pai metade das férias escolares de verão.

²¹⁸ Disponível aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/87359ea619cc1d6680257acc003f60f7?OpenDocument&Highlight=0,Concei%C3%A7%C3%A3o,Saavedra>

Em fim de Novembro foi fixado o regime definitivo, igual ao provisório, mas no qual ficou ainda assente que o menor passaria o Natal e a passagem de ano alternadamente com cada um dos progenitores; que o pai deveria avisar até ao fim do mês anterior se não pudesse comparecer na visita que deveria ocorrer no segundo fim-de-semana do mês seguinte; e que tal regime só começaria após as primeiras três visitas pois nessas o pai deveria ir buscar a criança a casa da mãe às 9h de sábado e às 9h de domingo, devendo entrega-la no mesmo sítio às 19h de cada um dos dias, e que as deveriam ser acompanhadas pelo IRS, que entregaria relatórios sobre as mesmas.

Relativamente aos dias 13 e 14 de Janeiro de 2007 os técnicos do IRS relataram que, no primeiro dia a criança demonstrou alegria em ir com o pai, mas que no segundo verbalizou resistência em sair de casa da mãe para acompanhar o pai, tendo contudo a intervenção dos técnicos acabado por o levar a ir. Relataram ainda os técnicos a propósito destas visitas que a mãe “revelou perante o menor, uma postura afectiva distante, não fornecendo sinais de aprovação”.

No primeiro dia da visita do mês seguinte a criança recusou-se a acompanhar o pai. No segundo dia a mãe levou a criança ao IRS e após se ter despedido da criança e, supomos, ido embora, esta “iniciou interacção positiva com o pai” espontaneamente. Quando regressou a casa para ser entregue à mãe a criança relatava o passeio de forma positiva.

A partir de momento que não conseguimos precisar pois os dados não nos são fornecidos pelo acórdão, tudo se começou a complicar, e de tal forma que em Fevereiro de 2008 o rapazinho passa a rejeitar qualquer contacto com o pai.

Perícias psicológicas levadas a cabo em Dezembro de 2008 revelaram uma criança só com expectativas negativas relativamente ao pai considerado o responsável pela separação dos progenitores; um “aliado à figura materna contra o pai, reproduzindo um discurso alheio, na medida em que descreve situações que não presenciou sobre as quais não poderia ter memórias”; que “Manifesta conflitos de lealdade, sentindo que, ao

gostar do pai, poderá estar a trair a mãe”]; tendo portanto uma relação fragilizada com o pai, a quem rejeita e que considera ser uma pessoa má.

Na sequência do pedido do pai em 2010, que não nega a existência de uma relação forte entre o filho e a mãe nem a rejeição que o miúdo sente por ele, mas que considera que deveriam ser aferidas as razões pelas quais o menor sente tanta hostilidade pelo pai, veio o Tribunal *a quo* determinar que: durante um período de oito meses o pai se deveria deslocar ao continente no terceiro fim-de-semana de cada mês para estar com o filho das 10 às 15h das manhãs de sábado e domingo, **na presença da mãe**, devendo avisar esta até ao último dia do mês anterior se não pudesse comparecer ou seja, com três semanas de antecedência; a partir do nono mês, e durante seis meses, o pai passaria a ir buscar o filho a casa da mãe às mesmas 10h de sábado e de domingo, devendo depois entregá-lo às 20h no mesmo local; decorridos estes seis meses, ou seja catorze meses depois de iniciado o regime, o miúdo passaria a ficar com o pai de sábado às 10h a domingo às 20h, 15 dias nas férias de verão e alternadamente o Natal e Ano Novo com cada um dos progenitores sendo que o primeiro Natal caberia à mãe.

O Tribunal *ad quem* não considerou que tivesse havido incumprimentos por parte da mãe, nem encontrou nada a censurar a este regime, afirmando ainda que:

“A solução de alteração preconizada na sentença recorrida aponta para a desejável aproximação do BB ao pai, através de um faseado e progressivo convívio entre ambos que, todavia, tem que ser amparado de início pela figura de referência do menor que é a mãe. [...] Aliás, o comprometimento do requerente e da requerida na instituição das visitas que foi procurado na sentença será até de aplaudir, na medida em que responsabiliza ambos pela concretização da necessária aproximação entre pai e filho.”

Pergunta-se:

- Alguém acredita que este regime possa, ainda que remotamente, vir a permitir que esta criança de doze anos estabeleça laços com o pai, e por via dele com os três irmãos consanguíneos entretanto nascidos?

- Não será o regime estabelecido, em si mesmo, um atentado ao superior interesse da criança?
- Não serão os factos provados suficientes para confirmar que estamos neste caso perante uma mãe que tenta, de todas as formas, afastar o filho do pai; e de um pai genuinamente interessado no seu filho primogénito?
- Não se justificaria que a criança, evidentemente com acompanhamento especializado, fosse afastada temporariamente da mãe, alegadamente abusadora, para poder vir a ter no futuro pai e mãe?
- O Tribunal averiguou quais foram as razões que levaram esta mulher a abandonar os Açores com o filho, levando-o assim para longe do pai, e a vir viver para o Continente?²¹⁹
- Existe, ou não, responsabilidade do Estado neste caso?

VI. O CASO DA ADRIANA INÊS²²⁰

Adriana Inês nasceu a 16 de Maio de 2007. Seu pai, Cláudio Rio Mendes, e sua mãe, Ana Joaquina Carriço Ferreira da Silva, respectivamente advogado e juíza, namoraram durante largos anos mas nunca chegaram verdadeiramente a coabitar pois a mãe da criança nunca quis deixar a casa dos seus progenitores apesar da insistência e da vontade que o pai da criança demonstrava de virem a ter a sua própria casa. De acordo com os dados de que dispomos, com o nascimento da menina a relação entre os dois começou a degradar-se em ritmo acelerado pois quer a Ana Joaquina quer os seus

²¹⁹ A pergunta justifica-se na medida em que há, historicamente, muito mais facilidade de colocação dos professores nas ilhas adjacentes do que no continente, o que aliás tem levado a que, ao longo dos anos, muitos professores do continente concorram a um lugar nas ilhas para terem assim mais facilidade de se tornarem efectivos.

²²⁰ O caso que aqui contamos está relatado no livro *História do Amor entre um advogado e uma juíza* escrito por Modesto do Rio Mendes, irmão de Cláudio - pai da pequena Adriana, e foi editado pela Fronteira do Caos Editores Lda., Porto, em Agosto de 2012.

progenitores consideravam-se donos da criança, impedindo o pai de interagir com ela livremente.

Cláudio não se mostrava disposto a abdicar de desempenhar o seu papel de pai em favor do avô materno. Assim, a 17 de Dezembro de 2008 requereu no Tribunal de Família e Menores de Aveiro a regulação do exercício das responsabilidades parentais (processo autuado com o n.º 856/08.9TMAVR), tendo esse exercício ficado regulado provisoriamente a 3 de Março de 2009. Entretanto, em Outubro, por se ter reconciliado com a mãe da sua filha, desistiu daquela instância.

Não tendo as coisas entre Ana Joaquina e Cláudio corrido como previa, viu-se este último obrigado, a 13 de Maio de 2010, a instaurar nova acção (processo n.º 427/10.0TROBR – Juízo de Família e Menores do Tribunal de Comarca do Baixo Vouga – Oliveira do Bairro). Porém, uma excepção de litispendência suscitada por Ana Joaquina em circunstâncias no mínimo intrigantes, fez com que um processo (n.º 178/10.5TGAVR) instaurado pelo Ministério Público dois dias antes, a 11 de Maio, acabasse por dar origem a uma conferência de pais a 28 de Janeiro de 2011, na qual o Tribunal definiu um regime de visitas provisório que dava ao pai o dever/direito de visitar a sua filha de quatro anos uma vez por semana, aos sábados, entre as 11 e as 13h, no parque Rio Novo em Mamarrosa.

No dia seguinte era o primeiro sábado depois da decisão, o primeiro sábado em que este pai poderia estar com a sua filha durante duas horas. No parque Rio Novo apareceram às 11h, a acompanhar a criança, não só a família materna mas mais algumas pessoas, capangas de acordo com o que terá dito este pai, com a firme disposição de vigiar a visita.

Uma semana depois, a 5 de Fevereiro, este pai acochado pela mãe da criança e sua família, voltou a fazer os 100 km que separavam a sua residência do ponto de encontro, para estar mais duas horas com a filha. Foi a última vez que o fez, o avô materno

decidiu acabar-lhe com a vida disparando vários tiros à queima roupa, com a neta ao colo.²²¹

Após cerca de seis meses passados no Estabelecimento Prisional de Aveiro, a medida de coação a que ficou sujeito este avô passou a ser a prisão domiciliária com pulseira electrónica, podendo assim conviver *livremente* e passar os seus valores à neta órfã de pai por sua responsabilidade.

Com o filho morto aos 35 anos por não desistir de ser pai, os avós paternos tudo tentaram desde Março de 2011 para poderem estar com a neta. A mãe da criança tudo fez para impedir que tal pudesse ocorrer.

A 19 de Março de 2013, na Comarca do Baixo Vouga Aveiro – Juízo de Família e Menores, o Juiz Paulo Jorge Ferreira Albernaz proferiu sentença a regular o direito de visita dos avós, no interesse da neta.²²²

Pergunta-se:

- Com base em que superior interesse decidiu o Tribunal provisoriamente que a Adriana passasse com o pai apenas duas horas por semana, e num sítio público?
- Foi o superior interesse desta criança de 4 anos que presidiu à decisão judicial de o avô materno ficar em prisão domiciliária apesar de ser o homicida confesso de seu pai?
- É razoável que após a morte do pai às mãos do avô materno, os Tribunais levem mais de dois anos para regular o direito de visita dos avós paternos?

²²¹ Este assassinato à queima-roupa ficou gravado em vídeo e pode-se ver aqui:

<http://www.youtube.com/watch?v=UykGALUc0aI>

²²² Que se pode ler na íntegra aqui:

<https://www.facebook.com/notes/c1%C3%A1udio-rio-mendes/senten%C3%A7a-proc-n%C2%BA-194110t6avr/511625318873620>

- O Estado não tem responsabilidade nenhuma no desfecho trágico deste caso?

VII. EM SÍNTESE

As situações relatadas, infelizmente, não são excepções às quais estamos a querer dar destaque para compormos a nossa tese, e suscitam muitas perguntas que não devem ficar sem resposta.

Pensamos que não é razoável que tantos meninos e meninas, raparigas e rapazes, vejam a sua infância e/ou juventude desaproveitadas por terem tido o azar de nascer filhos de um pai e de uma mãe que não souberam acautelar o seu superior interesse, pondo de lado tudo o que os separava a bem do filho que os liga até ao fim dos seus dias.

Se o regime-regra fosse o da guarda alternada, a maioria - se não a totalidade – destas situações não se teria verificado. Desde logo porque um pai ou mãe que queira alienar o outro da vida do filho passa a ter uma margem de actuação muito pequena visto a convivência quotidiana da criança ou jovem com ambos, por períodos tendencialmente igualitários, ser um precioso antídoto desse tipo de comportamento: muito mais importante do que aquilo que o pai ou a mãe dizem do ex-parceiro, é aquilo que se inscreve em cada criança ou jovem por via da convivência diária.

Vivendo nós num Estado de Direito Democrático, que assegura por via da Constituição que “A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, **ao bom nome e reputação**, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e **à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação**”²²³ e em que o princípio *in dubio pro reo* é basilar, sendo garantido a todos pelo artigo 32º n.º 2 que “Todo o arguido **se presume inocente** até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no **mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.**” dificilmente se poderá

²²³ CRP artigo 26º n.º 1

compreender, e muito menos aceitar, que um progenitor seja afastado dos seus filhos pelos Tribunais, sem culpa formada, por estes aplicarem verdadeiros procedimentos cautelares sem contudo indagarem, **com a celeridade que se impõe**, da plausibilidade das afirmações ou insinuações produzidas, e sem tomarem de imediato medidas que permitam, nesse meio-tempo, além de apurar a veracidade dos factos que o contacto com o progenitor em causa se mantenha, embora em ambiente controlado - por exemplo em casa de um familiar idóneo chamado ao processo para o efeito - pois caso contrário o vínculo da criança com o progenitor acusado pode vir a sofrer grave dano, irreversível, sempre que se venha depois a revelar que afinal o progenitor abusador era o acusador, como tantas vezes acontece.

Não é razoável que os Tribunais, mandatados em nome do Estado para defenderem o bem estar das suas crianças, pactuem com pais e mães irresponsáveis, e muitas vezes insanos, não pondo um travão a todo o tipo de expedientes dilatatórios, permitindo assim que os processos se arrastem enquanto as crianças crescem, órfãs de um pai ou de uma mãe vivos que não querem desistir de cumprir o papel que lhe cabe. Nem é aceitável que os Tribunais elaborem sentenças ou acórdãos cuja exequibilidade assente no bom senso de pais ou mães que já demonstraram não o ter, como acontece no caso do menino nascido a 29/09/2000 atrás relatado.

Não se compreende como é que o legislador, ciente desta realidade, não tomou ainda as medidas que se impõem para pôr termo a este flagelo, instituindo um regime que preveja e acautele estas situações, e que aplique sanções exemplares para todos os que, por motivos torpes, coloquem em causa o superior interesse das crianças em terem pai e mãe.

Quantas crianças mais terão que ficar órfãs, de pais vivos ou mortos, para que o Estado assumia a sua função de garante dos mais vulneráveis - **“O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um**

ambiente familiar normal.²²⁴ exigindo dos pais e das mães que cumpram as suas responsabilidades – “**Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.**”²²⁵ - e impedindo que os que estão empenhados em fazê-lo sejam afastados dos filhos, por acção ou omissão, sem que haja uma razão objectiva que o justifique – “**Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.**”²²⁶?

4. DOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

“O Direito é uma ordem da sociedade. Uma ordem e não a ordem, repare-se, porque na sociedade outras ordens operam. [...] Mas por outro lado, há que entender o Direito como prudência. O Direito é também a arte ou virtude de chegar à solução justa no caso concreto. E de facto, dirige-se em última análise à solução de casos concretos.”²²⁷

a. Jurisdição Voluntária

Por força do artigo 150º da Organização Tutelar de Menores os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são processos de jurisdição voluntária.

²²⁴ CRP artigo 69º n.º 2

²²⁵ Idem, artigo 36º n.º 5

²²⁶ Idem, artigo 36º n.º 6

²²⁷ ASCENÇÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição refundida, Almedina, Coimbra, Março de 2005, p.14

Tal qualificação tem diversas consequências, sendo de referir desde logo: o facto de o Tribunal poder investigar livremente os acontecimentos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, só sendo admitidas as provas que considerar necessárias,²²⁸ o facto de nas providências a tomar não estar sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo aplicar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna,²²⁹

“[...]o que significa que nesses processos as decisões podem ser fundamentadas num critério não normativo: esse critério assenta na discricionariedade judiciária, porque é ele que pressupõe aqueles juízos de conveniência e de oportunidade.”;²³⁰

o facto de as resoluções poderem ser alteradas a todo o tempo desde que tal se mostrem necessárias pela ocorrência de circunstâncias supervenientes o justifiquem;²³¹ e ainda o facto de, relativamente às decisões proferidas de acordo com critérios de conveniência ou oportunidade, não ser admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça²³² visto só se poder recorrer a este Tribunal em caso de violação da lei substantiva.

Nestes processos a rígida observância das normas legais aplicáveis deve ceder lugar à solução mais adequada ao caso concreto, podendo/devendo por isso essa mesma solução ser encontrada de acordo com um juízo de equidade que é, como refere Pais do Amaral,

“[...] a justiça do caso concreto, flexível, humana, independente dos critérios normativos fixados na lei... pelo que o julgador deve ter em conta todas as regras da

²²⁸ Código de Processo Civil, artigo 1409º n.º 2

²²⁹ Idem, artigo 1410º

²³⁰ SOUSA, Miguel Teixeira de – *Introdução ao Processo Civil*, 2ª edição, Lex Editora, Lisboa, 2000, p.38

²³¹ CPC, artigo 1411º n.º 1

²³² Idem, artigo 1411º n.º 2

boa prudência, do bom senso prático, da justa medida das coisas e da criteriosa ponderação das realidades da vida.”²³³

Como é bom de ver, nestes processos o Juiz tem amplos poderes de actuação, ao contrário do que acontece nos processos de jurisdição contenciosa - nos quais só pode fundar a decisão nos factos alegados pelas partes²³⁴ sendo-lhe vedado ir além de um determinado limite.²³⁵ Contudo, a discricionariedade que os caracteriza não pode, nem deve, ser confundida em momento algum com livre arbítrio pois, embora o Juiz deva interpretar e aplicar a lei não de uma forma rígida mas sim tendo em atenção todos os aspectos que, no caso concreto, permitem uma tomada de decisão que prossiga o superior interesse da criança ou jovem - o que se consubstancia na relevância do princípio do inquisitório,²³⁶ sobre o princípio do dispositivo²³⁷ -, e possa com esse fito empreender todas as diligências que considerar necessárias, tal não o exime da obrigação de fundamentar todas as decisões²³⁸ pois só através da fundamentação é possível aferir da lógica e racionalidade que ditou a decisão face aos elementos existentes no processo.

Pese embora num outro contexto - o da livre apreciação da prova em processo penal -, cremos poder afirmar que, aqui como ali,

“[...]a liberdade concedida ao julgador [...] não visa criar um poder arbitrário e incontrolável, mas antes um poder que na sua essência, estrutura e exercício se terá que configurar como um dever, justificado e comunicacional”²³⁹ pois “O dever de

²³³ AMARAL, Jorge Augusto Pais do, *Direito Processual Civil*, 8ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2009, p.85

²³⁴ CPC, artigo 264º n.º 2

²³⁵ Idem, cfr. artigo 265º n.º 3

²³⁶ Princípio de acordo com o qual a vontade relevante é a do Juiz, a quem cabe a direcção da lide.

²³⁷ Princípio de acordo com o qual cabe às partes, depois de terem iniciado o processo, dar-lhe o conteúdo que entendam, podendo suspendê-lo ou pôr-lhe termo – por desistência, confissão ou transacção - quando acharem conveniente.

²³⁸ Cfr. artigo 205º n.º 1 da CRP e 158 n.º 1 CPC

²³⁹ MATTA, Paulo Saragoça da, *A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Edições Almedina, 2004, p. 254.

fundamentação das decisões jurisdicionais decorre [...]do dever que recai sobre o Estado de banir a arbitrariedade do exercício dos poderes públicos, ou, socorrendo-nos de uma imagem civilística, do dever que qualquer mandatário tem de apresentação de contas aos mandantes”²⁴⁰, tendo este dever uma tripla função: “lograr uma maior confiança do cidadão na Justiça, o autocontrolo das autoridades judiciais e o direito de defesa a exercer através dos recursos.”²⁴¹

Não existe nos processos de jurisdição voluntária em geral, e nos que regulam o exercício das responsabilidades parentais em particular, um conflito de interesses que deva ser dirimido pelo Tribunal, mas sim um único interesse: o da criança ou jovem relativamente à qual se pretende regular as responsabilidades que cabem a cada um dos progenitores por estes não lograrem chegar a um consenso quanto à forma de as mesmas serem exercidas, prosseguido assim o seu superior interesse. Estamos nestes processos perante "um interesse fundamental, que o Juiz procura regular da forma mais conveniente e oportuna.”²⁴²

Uma vez que aqui a vontade relevante é a do Juiz, a quem cabe a direcção da lide, não vigorando o princípio da disponibilidade das partes sobre o objecto - que se traduz na possibilidade de a qualquer momento estas poderem por termo à acção - iniciado o procedimento cabe ao Juiz decidir, em nome do superior interesse em causa, como e quando este deve terminar.

b. Da Falta de Especialização

Afirmou o Tribunal da Relação de Évora, num acórdão de 24 de Maio de 2007 que:

²⁴⁰ Idem, p.261

²⁴¹ G. Marques da Silva, apud MATTA, Paulo Saragoça da, *A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença* in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Edições Almedina, 2004, p. 263

²⁴² AMARAL, Jorge Augusto Pais do, ob. cit., p. 83

“Um pai **que sem fundamento**, denotando egoísmo e interesse pessoal, faz crer aos filhos que a mãe destes não é uma boa mãe e que os incentiva a não terem contactos com ela, não pode ser considerado um progenitor que assegure o ideal desenvolvimento da personalidade dos filhos a nível afectivo, psicológico e moral.”²⁴³

Por sua vez, o Tribunal da Relação de Lisboa, num acórdão de 8 de Julho de 2008 afirmou que:

“Não se pode dizer que um pai que dificulte o regime de visitas da mãe, não seja um bom progenitor ao ponto de se lhe alterar, por essa razão, a guarda da menor.”²⁴⁴

Que dizer sobre esta contradição?

Num tipo de processos em que o que está em causa é a vida de crianças e jovens em tudo alheios às decisões que levaram a que o seu futuro fosse discutido nos Tribunais, e nos quais o Juiz tem um papel fundamental na medida em que tem poderes que não tem noutras lides, será prematuro defender que todos os intervenientes institucionais, mas especialmente os juízes, deveriam ter preparação específica para com eles lidar? É que, como diz Waldir Grisard Filho²⁴⁵ o princípio norteador nestes processos, o superior interesse da criança,

“[...] só adquire eficácia no exame prático do interesse em questão. Ele não é um fim em si mesmo, mas um instrumento operacional à determinação da guarda utilizado pelo Juiz. É o Juiz que, examinando a situação fática, determina a partir de elementos objetivos e subjetivos qual é, verdadeiramente, o interesse de determinado menor em determinada situação de fato.”

²⁴³ Veja-se ac. do TRE, de 24/05/2007, relativo ao processo 232/07-3, de que foi relator/a Desembargador/a Mata Ribeiro, e que se pode ler aqui: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/c7dd77aa367806b480257372004f7631?OpenDocument&Highlight=0,232%2F07-3.Mata,Ribeiro,Guarda,de,menores>

²⁴⁴ Veja-se ac. do TRL, de 08/07/2008, relativo ao processo 5895/2008-1, de que foi relatora a Desembargadora Rosário Gonçalves, e que se pode ler aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3940d84344b89361802574c00057da2d?OpenDocument&Highlight=0,Ros%C3%A1rio,Gon%C3%A7alves,2008,Regula%C3%A7%C3%A3o,d,o,Poder,Paternal>

²⁴⁵ Ob.cit. p.76

Pensamos que a breve trecho o caminho terá mesmo que ir no sentido da especialização pois cada vez mais se vão fazendo ouvir vozes nesse sentido. A actual Procuradora-Geral da República, Joana Marques Vidal, defendeu a 11 de Abril de 2013, no encerramento da *Conferência Internacional - O Superior Interesse da Criança no Processo de Adoção: Realidades, Desafios e Mudanças*,²⁴⁶ que os magistrados que exercem nos Tribunais de Família e Menores deveriam ter formação especializada nas matérias relacionadas com crianças e jovens. Aliás, já em 2010 o tinha feito num artigo na obra a homenagear Rui Epifânio, onde afirmou:

“[...] o movimento de especialização dos Tribunais de Família e Menores tem-se realizado fundamentalmente em função da natureza das matérias que são objecto da respectiva apreciação, e não em função da formação e da preparação dos magistrados, dos advogados e dos funcionários judiciais.

Efectivamente, a criação dos Tribunais de Família e Menores não vem sendo acompanhada por uma alteração dos requisitos e critérios para colocação de Magistrados e Funcionários, facto que provoca a maior das estranhezas e perplexidades aos profissionais de outras áreas científicas e distintos sistemas organizacionais, com manifesta dificuldade em conceber que estruturas e matérias especializadas possam ser assumidas por profissionais indiferenciados, ou melhor, generalistas.”

Também outros *actores* da cena judicial assim pensam. É disso exemplo o advogado Rui Alves Pereira, que na *II Conferência Internacional – Igualdade Parental no Século XXI: Reflectir e Agir em prol da Parentalidade* afirmou na sua intervenção subordinada ao tema “Que caminhos para os Tribunais de Família e Menores?” a necessidade de especialização, defendendo a formação técnica de quem tem gosto por estas matérias.²⁴⁷

De facto, se atentarmos no facto de na nossa sociedade se avançar cada vez mais no caminho da especialização em todas as áreas do saber, outra coisa não seria de esperar.

²⁴⁶ Conferência levada a cabo na reitoria da Universidade Nova de Lisboa. Pode-se ver excerto dessa intervenção aqui: <http://www.tvi24.iol.pt/503/sociedade/pgr-Tribunais-menores-joana-marques-vidal-formacao-justica/1438754-4071.html>

²⁴⁷ Conferência levada a cabo nos passados dias 20 e 21 de Junho de 2013, na cidade de Coimbra. A intervenção deste advogado pode ser ouvida aqui: <http://justicav.pt/index.php?p=3008>

Um bom exemplo disso é o que acontece ao nível da medicina, com todas as especialidades existentes; ou ao nível do ensino, visto não ser suficiente para se ser professor de matemática, por exemplo, ter um curso na área das matemáticas, ou mesmo ser mestre ou doutor pois a frequência, e posterior avaliação, de estágio profissional no qual se estudam cadeiras didáticas e pedagógicas é obrigatória.

Acreditamos que a falta de especialização dos magistrados que exercem funções nos Tribunais de Família e Menores, associada à grande responsabilidade que recai sobre esses mesmos magistrados quando são chamados a pronunciar-se, é responsável pelo tempo irrazoável que muitas decisões levam a ser tomadas, com enorme prejuízo de pais, mães, mas sobretudo filhos.

A falta de especialização redundava num fundado receio de decidir mal, e esse receio acaba por levar a que muitos magistrados procurem a todo o custo que os progenitores desavindos cheguem a um acordo, ainda que depois o não cumpram. Se o acordo não for de todo possível, chamam então ao processo peritos que, dando as suas opiniões, viabilizam então a tomada de decisão, nela baseada em vez de o serem numa análise crítica da matéria constante dos autos. O resultado final de todo este processo de decisão acaba por ser a desresponsabilização de magistrados e peritos pois uns decidem com base nos pareceres dos outros, e aos outros nenhuma responsabilidade lhes cabe pois apenas opinaram. Não fora assim e não se compreenderia como, em tantos processos, apesar de as partes terem apresentado abundante prova, e apesar dos testemunhos de gente qualificada, serem chamados mais peritos com todas as delongas que isso implica. Se falarmos com qualquer advogado que à força da prática seja especializado em direito da família é a esta mesma conclusão que chegamos.

A propósito destas afirmações voltamos ao caso, já referido anteriormente, que correu termos no Tribunal de Família e Menores de Portimão:²⁴⁸

²⁴⁸ Processo n.º 2860/09.OTBPTM-A

O Dinis, 10 anos, tinha sido levado ao dentista pela mãe, por indicação do pediatra que o acompanhava desde o nascimento, o qual sempre tivera a confiança quer da mãe, quer do pai. O miúdo carecia de fazer um tratamento ortodôntico, estando na idade ideal para tal. A mãe informou o pai, que se opôs ao tratamento pois entretanto levou o petiz a um otorrinolaringologista que foi da opinião que o que se impunha fazer primeiro era uma operação ao adenoides. A mãe foi ouvir o otorrino que sempre tinha acompanhado toda a família quando tal se tinha verificado necessário, o qual foi da opinião que o miúdo deveria fazer primeiro o tratamento ortodôntico e que, se depois se mostrasse necessária proceder-se-ia à remoção dos adenoides. O pediatra comungava da mesma opinião afirmando que primeiro se deveria levar a cabo a intervenção que nunca poderia deixar de ser feita, e que era a menos gravosa, deixando a mais gravosa para o fim pois poder-se-ia revelar desnecessária.

Mais ou menos em simultâneo, na sequência de uma situação criada pelo pai de Lourenço e Dinis, a mãe destes deixou de ter a possibilidade de pagar a parte que lhe competia da mensalidade do colégio particular que as crianças frequentavam. Esta situação ocorreu em meados de Setembro, as aulas mal tinham começado. As crianças poderiam continuar a frequentar o colégio se o pai se dispusesse a pagar integralmente as mensalidades, caso contrário teriam que transitar para uma escola pública. Foi dado imediato conhecimento disso mesmo quer ao pai, quer ao colégio. O pai dirigiu-se ao colégio com a regulação das responsabilidades parentais na mão para justificar que os filhos deveriam aí manter-se e recusando pagar a totalidade das mensalidades.

O pai deixou de comunicar com a mãe pelo que se tornou impossível resolver qualquer um dos problemas, tendo a situação chegado assim a um impasse. O tempo urgia e a mãe recorreu ao Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios no sentido de conseguir solucionar os dois problemas sem recurso aos Tribunais. O pai recusou a mediação. A mãe, sem alternativas, recorreu aos Tribunais em finais de Outubro.

Depois de várias conferências de pais; inquirições de médicos cujos pareceres já estavam nos autos sem que à mãe, que não se fazia representar por advogado, tivesse sido dado conhecimento da diligência; relatórios da segurança social; ameaças da juíza no sentido de mandar fazer mais perícias médicas à criança antes de decidir; requerimentos da mãe a pedir-lhe que ouvisse o pediatra que não tinha podido comparecer no dia estabelecido e que disso mesmo tinha dado imediato conhecimento ao Tribunal; etc, etc, etc, a 12 de Julho foi decidido que o tratamento dentário deveria preceder a intervenção cirúrgica, e que as crianças permaneceriam no colégio se o pai quisesse e pudesse pagar integralmente as mensalidades. O tratamento do Dinis iniciou-se mais de um ano depois da altura que teria sido a ideal; as crianças transitaram para uma escola pública no ano lectivo a seguir. Continuam por pagar ao colégio as mensalidades que deveriam ter sido pagas pela mãe se não tivesse ocorrido a situação que desencadeou a necessidade de as crianças mudarem de escola.

Como já vimos, o interesse relevante nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais nunca são os do/a requerente ou do/a requerido/a mas sim, sempre, o interesse de crianças e jovens em formação, futuros adultos. Não é tarefa fácil, não o ignoramos, tanto mais que nem sempre o que parece ser o melhor no imediato é o que se revela efectivamente o melhor no longo prazo mas, em todo o caso, o que neste tipo de processos está em causa são sempre situações que devem, e têm, que ser decididas com celeridade pois, e este aspecto ainda não tinha sido abordado, o tempo das crianças não é o tempo dos adultos - as demoras que se verificam nos Tribunais de famílias e menores não são compagináveis com o tempo das crianças, nem com a defesa do seu superior interesse. Na verdade essas demoras são, em si, um atentado a esse mesmo superior interesse do qual o Estado é, ou devia ser, garante. Só profissionais especialmente preparados podem responder em tempo útil, com competência e de forma assertiva, ao desafio que é tomar decisões que inevitavelmente vão determinar o futuro de uma criança ou jovem.

Por tudo quanto fica dito consideramos que as questões atinentes à regulação do exercício das responsabilidades parentais das crianças e jovens cujos pais não coabitam e não se entendem, deviam ser decididas por magistrados judiciais com preparação técnica específica,²⁴⁹ depois de ouvidos magistrados do Ministério Público também com preparação adequada à função de curadores dos menores,²⁵⁰ devendo os progenitores ser obrigatoriamente representados por advogados, também eles especializados na matéria.²⁵¹

²⁴⁹ O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 4 de Dezembro de 2012, relativo ao processo 272/04.1TBVNC-D.G1 de que foi relator o Desembargador António Santos é um bom exemplo da falta de preparação de alguns juízes. Neste caso, o Tribunal *a quo* não fez quaisquer diligências para apurar o que levava uma criança de 11 anos a recusar estar com o pai por entender que não havendo incumprimento (objectivo) da parte da mãe, nada o Tribunal podia ou devia fazer para aferir ao que se devia a recusa, tão pouco procurando ouvir a criança. Pode-se ler aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/afdfdd17febe53c680257ae80051d471?OpenDocument&Highlight=0,Ant%C3%B3nio,Santos,Aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>

²⁵⁰ O acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28 de Junho de 2012, relativo ao processo 33/12.4TBBRR.L1-8 do qual foi relatora a Desembargadora Ana Luísa Galdes conta-nos um caso em que a falta de preparação especializada e sensibilidade são notórias: o recorrente é o Ministério Público, que não concorda com um acordo de regulamentação do exercício das responsabilidades parentais no qual é estipulado que a criança viverá alternadamente com ambos os progenitores, acordo esse homologado pelo Tribunal *a quo*. Pode-se ler aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument&Highlight=0,Ana,Lu%C3%ADsa,Galdes>

²⁵¹ O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19 de Fevereiro de 2013, relativo ao processo 119/08.OTMBRG.G1 do qual foi relatora a Desembargadora Maria da Purificação Carvalho traz-nos um bom exemplo de um advogado com falta de preparação técnica nestas matérias (e falta de sensibilidade para o que está em questão: a vida de uma criança) que o levou a que, ao representar uma mãe num recurso para a Relação lhe tivesse prestado um mau serviço. Se, por hipótese, as invocações da mãe relativas aos incumprimentos do pai pudessem ser motivo para a alteração pretendida, ao não ter impugnado a matéria de facto, como deveria, o advogado deixou na mão do Tribunal o ónus de mandar ou não averiguar o que estava em causa – o que o Tribunal poderia fazer visto estarmos perante um processo de jurisdição voluntária. Diga-se ainda, em abono da verdade, que este acórdão, ao contrário de muitos, explica muito bem a situação e está fundamentado de uma forma que qualquer pessoa o pode compreender, independentemente de concordar ou não com a perspectiva. Cfr. p.9 e seguintes, que se podem ler aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/f644d53a120592bc80257b2c005946e4?OpenDocument&Highlight=0,guarda,alternada>

c. Audição de Crianças e Jovens

Estando prevista em diversos instrumentos jurídicos, como a seguir veremos, este assunto tem crucial importância. Consideramos oportuno, para a enquadrar, contar dois casos de que temos conhecimento pessoal, um deles já anteriormente referido a outros propósitos:

Divergências entre os progenitores do Lourenço e do Dinis, de quem já falámos atrás, levaram a que a mãe recorresse a Tribunal. No requerimento que fez admitiu que a vontade dos filhos relativamente a uma das questões que colocava - e a única em que a decisão, pela natureza do que estava em questão, poderia eventualmente levar em linha de conta a vontade dos menores - ía no mesmo sentido que a vontade do pai dos menores, o que aliás foi confirmado por este na sua resposta. Apesar de assim ser, a juíza da causa convocou os menores, com 10 e 12 anos na altura, para irem a Tribunal, criando-lhes um desconforto evitável e fazendo com que faltassem às aulas embora estivessem em época de testes no final do terceiro período escolar. Estavam os menores e os progenitores convocados para comparecerem às 10 h no Tribunal. Já passava do meio-dia quando os menores foram ouvidos, na sala de audiências, entrando à vez e lá permanecendo cada um por um período inferior a 5 minutos. A audição deles não teve qualquer utilidade para a decisão da causa.²⁵²

Levanta-se aqui a questão se, em circunstâncias como as descritas, haverá necessidade e/ou alguma vantagem na audição?

Segundo caso, que corre termos no Tribunal de Família e Menores de Faro:²⁵³

Circunstâncias várias levaram a que a mãe de três crianças solicitasse a alteração de alguns aspectos da regulação das responsabilidades parentais,

²⁵² Processo nº 2860/09.OTBPTM-A

²⁵³ Processo 63/13.9TMFAR-C

num Tribunal diferente daquele em que tinha corrido o processo inicial. Meio ano depois de dar entrada o pedido, foi marcada a primeira conferência de pais para daí a quase dois meses, com a advertência expressa de que os menores também deviam comparecer no Tribunal.

Pergunta-se: fará sentido, **sem que tenha previamente existido uma conferência de pais** que permita ao Juiz da causa inteirar-se do que se passa por um lado, e dar aos progenitores a possibilidade de chegarem a um acordo mediado pelo Tribunal por outro, submeter os menores a uma ida a Tribunal?

Que nos diz a lei sobre a audição dos menores?

Legislação nacional:

- O Código Civil, alterado pela Lei n.º 61/2008 de 31 de Outubro, diz-nos no artigo 1901º que:

“[...] 2 — Os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao Tribunal, que tentará a conciliação. § 3 — Se a conciliação referida no número anterior não for possível, o Tribunal ouvirá o filho, antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem.”

- A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo diz-nos no artigo 84º que:

“1 - As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de protecção ou pelo Juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

2 — A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança.”

- A lei Tutelar Educativa prevê igualmente no artigo 45º que:

“[...] 2 — Em qualquer fase do processo, o menor tem especialmente direito a:
a) Ser ouvido, oficiosamente ou quando o requerer, pela autoridade judiciária;[...]”

Legislação supra-nacional:

- A Convenção dos Direitos da Criança diz-nos no seu artigo 12º que:

“1. Os Estados-partes assegurarão à criança, que for capaz de formar seus próprios pontos de vista, o direito de exprimir suas opiniões livremente sobre todas as matérias atinentes à criança, levando-se devidamente em conta essas opiniões em função da idade e maturidade da criança.

2. Para esse fim, à criança será, em particular, dada a oportunidade de ser ouvida em qualquer procedimento judicial ou administrativo que lhe diga respeito, diretamente ou através de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais do direito nacional.”

- O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, de acordo com o seu artigo 1º

“[...] aplicável, independentemente da natureza do Tribunal, às matérias civis relativas: § a) Ao divórcio, à separação e à anulação do casamento; § b) À atribuição, ao exercício, à delegação, à limitação ou à cessação da responsabilidade parental. [...]”,

diz-nos, no considerando 19 que:

“A audição da criança desempenha um papel importante na aplicação do presente regulamento embora este instrumento não se destine a alterar os procedimentos nacionais aplicáveis na matéria.”.

Poder-se-á inferir daqui que existe uma obrigação geral de audição das crianças e jovens sempre que haja que tomar decisões a seu respeito e desde que tenham maturidade para poderem ser ouvidas, ou pelo contrário o que existe é uma recomendação nesse sentido?

Pensamos que a lei de facto impõe uma obrigação genérica de audição sempre que a criança ou jovem tem maturidade para se pronunciar.

Nos casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais - que são os que nos ocupam - quando tal se deve a separação dos progenitores **e ambos são competentes** para as exercer, cremos que essa audição só deveria ser levada a cabo se se revelar absolutamente necessária, e que deveriam existir para o efeito regras processuais claras, que a lei não prevê.

Ouvir uma criança ou jovem numa sala de Tribunal, sendo essa audição conduzida por profissionais sem preparação específica para o efeito é, em nossa opinião, transferir parte da responsabilidade que cabe aos progenitores, e aos Tribunais chamados a intervir, para os filhos. **A responsabilidade pela decisão não é dos filhos** e, sendo o regime-regra vigente o da atribuição da guarda a apenas um dos progenitores, obrigá-los a pronunciarem-se sobre à guarda de qual dos dois progenitores gostariam de ficar é, em certo sentido, pedir-lhes que escolham, e nenhuma criança ou jovem deve ser obrigada a escolher entre o pai e a mãe.

Em situações de alienação parental esta questão assume contornos distintos e muitas vezes dramáticos. Maria Saldanha Pinto Ribeiro expõe muito bem o problema no seu livro *Amor de Pai*, que seguiremos de perto²⁵⁴. Se a audição de uma criança ou jovem pode nestes casos ser especialmente reveladora pois pode dar pistas importantes que permitam perceber qual dos progenitores é o abusador, também pode induzir em erro bastando para tal que as questões para as quais se quer obter respostas não sejam colocadas da maneira adequada.

Como vimos no capítulo relativo à alienação parental, esta está associada em regra a um contexto de grande litigiosidade, estando a criança ou jovem à guarda do progenitor alienador. Assim sendo, assume particular importância a competência e experiência profissional de quem a vai ouvir. Por mais sério e bem intencionado que seja, tem que

²⁵⁴ Ob. cit. p. 107 e ss

ter plena consciência da complexidade destes assuntos, dominar todo um conjunto de técnicas de avaliação, e estar ciente de que a vida de várias pessoas vai depender da avaliação que fizer. Questões contaminadas induzem respostas, e respostas induzidas afastam-nos da verdade.

Neste sentido pronuncia-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 4 de Dezembro de 2012, relativo ao processo 272/04.1TBVNC-D.G1 de que foi relator o Desembargador António Santos,²⁵⁵ citando o Desembargador José Bernardo Domingos:

“Uma diligência essencial para diagnosticar a existência de uma situação de alienação ou SAP é a audição do menor, **que deve ser executada com os maiores cuidados, pelo Tribunal, com a colaboração de técnicos com formação específica**, por forma a poder trazer à luz do dia aquilo que, normalmente, está encoberto ou seja perscrutar qual é a vontade genuína da criança e identificar que parte, da vontade manifestada, é manipulada ou instrumentalizada.” (negrito e sublinhado nossos).

No seguimento deste mesmo acórdão é transcrito um texto que sintetiza ensinamentos colhidos num Seminário da Escola Judicial Espanhola de Barcelona sobre esta questão e que achamos pertinente deixar aqui:

- 1º. Se considera que la audiencia de los menores en los procesos de restitución es un elemento muy importante en la configuración de la decisión judicial que se adopte . Debe por tanto llevarse a cabo siempre que sea posible y cuando por razones de edad la audiencia del menor permita un intercambio de información relevante tanto para la resolución que se dicte como para el bienestar del menor.
- 2º. La audiencia del menor debe tener un doble objetivo:
 - a. Conocer sus deseos, aspiraciones y voluntad en las parcelas vitales que puedan verse afectadas por la decisión judicial.

²⁵⁵ Acórdão já referido anteriormente a propósito da falta de especialização dos magistrados. Disponível aqui: <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/afdfdd17febe53c680257ae80051d471?OpenDocument&Highlight=0,272%2F04.1TBVNC-D.G1%20>

- b. Igualmente debe permitir que el menor reciba información objetiva del conflicto familiar, de su vertiente judicial y de las posibles repercusiones que en su vida pueda tener la resolución judicial que se adopte, todo ello acorde con su edad y a su implicación en el conflicto familiar.
- 3º. La audiencia del menor debe desarrollarse en la forma menos estresante para el menor y con la mejor técnica posible. A este respecto se recomienda:
- a. Planificar con tiempo esa diligencia judicial, fijando el día y la hora que menos alteración genera en la vida del menor: coordinación con el centro escolar, no hacerle esperar en la sede judicial, evitar su “victimización” innecesaria etc. etc.
 - b. Aplicación de un protocolo de acogida a fin de “situar” al menor: explicarle por qué se le ha llamado, donde se encuentra, quiénes son las personas que están presentes, qué objeto tiene la entrevista etc. etc. Igualmente debe existir un protocolo de “despedida” que cumpla la finalidad de liberar al menor de posibles sentimientos de culpa, siendo recomendable finalizar la entrevista con temas “neutros” (aficiones, deportes...) y en forma positiva, alabando su colaboración.
 - c. En los Juzgados deben existir dependencias adaptadas para la práctica de estas diligencias y dotadas convenientemente de mobiliario infantil, sistemas de grabación/reproducción audio-video, espejos de una dirección etc. etc.
 - d. Es recomendable la intervención de un profesional (psicólogo, educador infantil, trabajador social) que participe con el Juez en la audiencia, bien a lo largo de todo su desarrollo, bien en las fases inicial (protocolo de acogida) y final (protocolo de despedida).

Deixemo-nos de hipocrisias: as crianças, tal como os adultos, todos os adultos, mentem. Duvidamos que alguém possa dizer para si próprio *eu nunca menti*. Todos já mentimos! É humano e não faz com que não sejamos pessoas sérias, responsáveis, respeitadas e respeitáveis. Como diz Maria Saldanha:

“Todos sabemos que os adultos mentem. Mentem quando acham que a mentira é o comportamento mais adequado à realidade do momento, o que mais os defende, aquilo

que lhes permite seguir em frente sem grandes riscos ou danos. À custa dos outros ou não. A mentira é um comportamento defensivo, adaptativo e por vezes de grande utilidade. Ela pode mesmo ser benéfica, poupando tudo e todos. Depende das circunstâncias e das normas interiorizadas na infância. Nem sempre a mentira é negativa.

O mesmo acontece em relação à criança. A criança mente tão naturalmente como mente o adulto. Mente por inúmeras razões. Para se defender, para agradar, para se proteger, para se securizar, para obter ganhos directos e indirectos tal e qual como um adulto. Parece-nos claro que quanto mais dependente se é – seja porque se é criança, seja porque se é fraco -, quanto mais os outros tiverem poder sobre a nossa vida, mais necessário é deitar a mão a esse «instrumento» chamado mentira. Quanto mais coisas desejamos, quanto mais dependentes estamos dos outros para as alcançarmos, mais a mentira é útil e necessária.”²⁵⁶

À laia de síntese quanto a este assunto reafirmamos que, do nosso ponto de vista, o aspecto fundamental que justifica a nossa relutância relativamente à audição das crianças e jovens, nestes casos e nos outros prende-se, não com o facto de considerarmos irrelevante a opinião, os desejos e os sentimentos das crianças ou jovens cujo futuro é discutido nos Tribunais, mas com a falta de regras que sejam garante de uma audição isenta de ideias pré-concebidas que pelo simples facto de existirem podem inquinhar todo o processo, o que aliás é reconhecido pelos próprios Tribunais como se pode ver no acórdão de 14 de Junho de 2007, do Tribunal da Relação de Lisboa, relativo ao processo 2616/2007-2 do qual foi relator o Desembargador Vaz Gomes, onde se pode ler que “Nenhuma disposição legal prevê o processualismo da audição dos menores.”²⁵⁷

²⁵⁶ Ob. cit. p.111

²⁵⁷ Acórdão referido, p. 6, disponível aqui:

<http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/803de309c4cc0276802573750038435c?OpenDocument&Highlight=0,2616%2F2007-2%20>

d. Do Tempo das Crianças – Do Tempo dos Tribunais

Diz o artigo 3º da Convenção dos Direitos da Criança

1. **Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas** por instituições públicas ou privadas de protecção social, **por Tribunais**, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.**
2. **Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a protecção e os cuidados necessários ao seu bem-estar,** tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo **e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.**
3. Os Estados Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua protecção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização. (negrito e sublinhado nossos).

O tempo das crianças corre mais depressa do que o tempo dos adultos. Embora as crianças tendam a sentir que o tempo leva muito tempo a passar, qualquer adulto que se relaciona com crianças sabe que não é assim. O nosso filho que ainda ontem era um bebé, hoje começa a sua vida escolar, amanhã vai para a universidade e quase sem darmos conta somos avós. E tudo o que não fizemos, jamais faremos. Muito se pode dissertar sobre o tempo, não muda nada: O tempo que passou é irrecuperável, pertence ao passado e por mais que queiramos só existe caminho em direcção ao futuro.

De acordo com um levantamento levado a cabo pela Associação para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, os Tribunais portugueses demoram, em média, onze meses para resolver um processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, e quinze meses para resolver questões suscitadas com base em incumprimento ou pedidos de alteração do regime estabelecido. Se somarmos uma coisa à outra temos vinte e seis meses da vida de crianças ou jovens suspensos por causa de decisões que tardam em vir.

Como já vimos, com recurso a alguns casos concretos relatados em acórdãos que referimos a propósito da temática da alienação parental, a falta de respeito pelo tempo das crianças tem consequências trágicas, sendo em conjunto com o progenitor alienador o grande responsável pelo afastamento que se cria entre filhos e progenitores.

Não podemos aceitar que os Tribunais se eximam da responsabilidade que lhes cabe afirmando, como faz o Supremo Tribunal de Justiça,

“O Estado é apenas responsável nos estritos limites em que a administração da justiça, por actos imputáveis aos seus agentes, ou por quaisquer outras causas de tipo organizacional, não se realizou em tempo devido, e não por excessos temporais provocados pelo comportamento das partes no decorrer do processo.”²⁵⁸

Se é ao Estado que cabe, em última linha, proteger as crianças e jovens, então é ao Estado que cabe tomar todas as medidas necessárias que impeçam que o comportamento das partes se traduza em desrespeito pelo superior interesse das crianças e jovens que devia proteger.

Um Estado que não procura activamente formas de agilizar os procedimentos relativos às crianças com vista a que seja dada uma resposta a cada caso em tempo útil, é um Estado que não só não respeita as crianças, como também faz letra morta das disposições constantes das convenções internacionais às quais se vinculou e das leis que ele próprio instituiu.

Assumir que relativamente às crianças todas as decisões devem ser norteadas pelo seu superior interesse de nada vale se não se tomarem as medidas concretas, legislativas e administrativas, que conduzam a esse resultado. Aliás, foi a isso mesmo que o Estado Português se comprometeu quando ratificou a Convenção Sobre os Direitos da Criança

²⁵⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça relativo ao processo 88/2002.L1.S1, de 24 de Março de 2011, relatado pelo Conselheiro Orlando Afonso, e que se pode ler aqui: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f821cb6e641a62b8025785e003d62ad?OpenDocument&Highlight=0,aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>

já lá vão quase 23 anos, razão pela qual temos dificuldade em compreender o douto argumento da Tribunal Superior de Justiça quando justifica o arrastamento de um processo relativo a uma criança com os “excessos temporais provocados pelo comportamento das partes.”²⁵⁹

Se é certo que as partes, muitas das vezes como estratégia para atingir o fim que desejam, recorrem a práticas dilatórias, não é menos verdade que os Tribunais pactuam com isso, pois eles próprios não são expeditos no tratamento a dar às situações que se lhes colocam. Além disso esquecem, ou parecem esquecer, a enorme margem de manobra que têm nestes casos relativos ao exercício das responsabilidades parentais uma vez que, sendo estes processos de jurisdição voluntária, o Juiz não só pode, como deve, procurar encontrar a solução que melhor salvaguarda o interesse daquela criança ou jovem em concreto, tendo como guia o bom senso e a justiça, e como único limite as normas imperativas que se lhe aplicam. Nada impede portanto o Tribunal de tomar todas as medidas que considere adequadas para que o desfecho que protege efectivamente o superior interesse daquela criança ou jovem deixe de ser possível de realizar devido ao lapso de tempo entretanto decorrido.

Se o tempo das crianças não é o mesmo que o tempo dos Tribunais, e não é, resta ao Tribunais adequarem as suas práticas ao tempo delas pois o contrário, pela natureza das coisas, é impossível.

e. Mediação Familiar

Tribunais assoberbados de trabalho, e por isso incapazes de darem resposta em tempo útil a todos os pedidos de resolução de conflitos entre particulares que a eles chegavam, estiveram na génese da necessidade de serem encontradas novas maneiras de estes serem resolvidos em tempo útil. O que estava em causa era, antes de mais, um efectivo

²⁵⁹ Acórdão referido.

acesso dos cidadãos à justiça, dever que incumbia/incumbe ao Estado assegurar. Assim nasceu a mediação, na década de sessenta do século passado nos Estados Unidos da América, primeiro como forma de resolver litígios entre vizinhos, alargando-se depois aos desentendimentos emergentes entre as seguradoras e os segurados, tendo-se posteriormente alargado a todo o tipo de conflitos.

Esta forma de promover a paz social rapidamente se mostrou eficaz não só por dar uma resposta mais rápida e económica a conflitos que, pela sua natureza, podem ser resolvidos por este meio, mas também por permitir que a solução seja encontrada pelas próprias partes envolvidas em vez de lhes ser imposta de fora.

Apesar do impulso da União Europeia, e de o recurso à mediação já se ter tornado uma prática corrente em vários países, em Portugal os gabinetes de resolução alternativa de litígios, ainda não conseguiram angariar a confiança das pessoas em geral e dos juristas em particular, continuando por isso o recurso a este modo de resolver conflitos a ser incipiente.²⁶⁰

A razão de assim ser prende-se possivelmente com o facto de lhe não ser reconhecido o mérito e a eficácia que tem, nomeadamente por quem tem o poder de orientar os sujeitos em conflito. Falamos, é claro, dos principais *directores de cena*: juízes, advogados e demais funcionários ao serviço da justiça que, ao desconfiarem deste modelo de resolução extrajudicial de conflitos acabam por não facilitar que o mesmo seja divulgado, utilizado e aceite como bom.

Existe também a ideia de que a mediação pretende ser uma solução para o problema da morosidade da justiça o que leva a que seja encarada como um meio subsidiário desta.

É claro que a questão da morosidade não é despicienda pois é evidente que uma maior adesão à mediação deixará “ [...] a justiça tradicional com uma maior oportunidade de

²⁶⁰ De acordo com os dados fornecidos pela Divisão dos Julgados de Paz e da Mediação - Gabinete para a Resolução Alternativa de Litígios, em 2012 foram feitos apenas 224 pedidos de mediação familiar.

se debruçar sobre outras áreas, não susceptíveis de mecanismo de RAL,”²⁶¹ todavia, o cerne do problema não é esse pois **há, de facto, situações em que as partes em litígio só têm a ganhar ao optarem por esta forma de resolução dos problemas que as afectam na medida em que poderão vê-los resolvidos com muito menos exposição da sua vida privada, de forma eficaz e duradoura, e em muito menos tempo, sem prejuízo de recurso aos Tribunais em todas as situações em que fracasse**, e sempre que os mediadores entendam que a solução do conflito em questão não é plausível de ser encontrada desta forma.

No enfoque da mediação que ora nos interessa, a mediação familiar com o intuito de regular as responsabilidades parentais e/ou de dirimir conflitos relativos a incumprimentos de um ou ambos os progenitores, a questão do tempo é primordial, desde logo porque o tempo das crianças, como já vimos, passa muito rapidamente. Além disso, o principal objectivo da mediação é o de:

“ [...] assegurar a realização de acordos céleres e ajustados ao estabelecimento do equilíbrio das relações familiares durante e após a fase de divórcio, muito em particular quando nele estão envolvidas crianças.”²⁶²

Todos sabemos que o tempo das crianças não pode ser medido pelo tempo dos adultos: um bebé que hoje não diz uma palavra, amanhã diz a primeira e numa questão de poucas semanas diz frases inteiras; hoje não sabe andar e amanhã corre a casa toda... Um conflito à espera de solução judicial deixa a vida dos adultos nele envolvidos suspensa durante um período de tempo indefinido, tornando irrecuperáveis todo um conjunto de vivências relativas ao crescimento e desenvolvimento de uma criança ou adolescente. Não há como escamotear esta realidade.

²⁶¹ CRUZ, Rossana Martingo. *Mediação Familiar – limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*. 1ª edição. Coimbra Editora, Coimbra, Janeiro de 2011. p. 36

²⁶² *In Porque o Tempo Conta: Elementos para uma Abordagem Sociológica da Mediação Familiar*, de ARAÚJO, Emília, RODRIGUES, Carmen, FERNANDES, Helena e RIBEIRO, Maria Saldanha. *Análise Social – Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*. Volume XLVI, n.º 199, 2º trimestre de 2011

Em média, um processo de regulação das responsabilidades parentais em 2011 levava à volta de 11 meses a ser resolvido pelos Tribunais, enquanto um processo de mediação durava pouco mais de 100 dias. Se juntarmos o tempo que levam os tão comuns incidentes por incumprimento quando a separação se dá num cenário de litígio, facilmente compreendemos que os envolvidos nestas situações, sobretudo os envolvidos involuntariamente, os filhos, só beneficiariam se a questão do exercício das responsabilidades parentais fosse resolvido através da mediação familiar. A tudo isto falta juntar um dado não negligenciável: a taxa de sucesso da mediação familiar cifra-se nos 50%.

Um dos pressupostos do recurso à mediação é todos os envolvidos quererem, ou pelo menos aceitarem, esta forma alternativa de resolução dos litígios²⁶³ que os afectam. Diz-nos Rossana Martingo Cruz que “É necessário que os mediados recorram a este mecanismo de boa fé, de livre vontade e cooperem para que a comunicação resulte, seja eficaz e culmine num acordo que vá de encontro às pretensões de ambas as partes.”²⁶⁴

Impõem-se várias questões a este propósito: terá que ser obrigatoriamente assim? De acordo com a lei em vigor sim, mas iria contra a liberdade individual de cada um a mediação passar a ser *recomendada com carácter obrigatório* numa primeira fase, devendo os progenitores tentar chegar a um acordo sob pena de se poderem tirar ilações relativamente a quem a tal se opuser se não existir motivo sério que o justifique? O direito das crianças a verem a sua situação definida num curto espaço de tempo não será mais importante do que o direito dos progenitores a litigarem em Tribunal sem sequer tentarem de forma idónea chegar a um acordo que vá de encontro aos interesses de todos e que, sobretudo, salvguarde o superior interesse dos seus filhos?

²⁶³ Cfr. artigo 4º da Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril

²⁶⁴ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades*. Coimbra, Coimbra Editores, 2011. p. 33

Pensamos que se há muitas pessoas que desconhecem a existência deste modo de dirimir conflitos²⁶⁵, e como funciona, também há muitas que, embora sabendo, não estão dispostas a enveredar por ele na esperança de verem assim as suas posições egoísticas validadas pelo Tribunal. Ao contrário de uma decisão de um Tribunal, um acordo mediado obriga a concessões pois tem que conciliar as legítimas esperanças dos intervenientes. O carácter facultativo da mediação não ajuda em nada, só se fosse obrigatória e houvesse consequências²⁶⁶ para quem o recusasse sem razão, as pessoas que querem litigar aderiam a ele. Como diz Maria Saldanha no documentário *Filhos de Pais em Guerra* “eles querem litigar mas nós sociedade devemos dizer-lhes não, não devem litigar pelos vossos filhos. Esse não é um bom caminho, é um caminho destrutivo.”

A favor desta ideia de obrigatoriedade da mediação sublinhamos o facto de o mediador ter formação específica o que lhe confere os conhecimentos necessários para avaliar a situação, fechando por isso o processo e enviando-o para os Tribunais sempre que considere que não há condições para o mesmo poder culminar num compromisso sério entre os mediados.

Com estas reflexões chegamos a uma outra questão que, parecendo lateral, está no âmago do problema da obrigatoriedade *vs* voluntariedade do recurso à mediação sendo por isso fundamental equacioná-la. Falamos dos deveres que impendem sobre os mediadores. Diz-nos o artigo 7º do Despacho n.º 18 778/2007 do Gabinete do Secretário de Estado do Ministério da Justiça sob a epígrafe Mediadores familiares:²⁶⁷

1 — O mediador familiar é um profissional especializado, que actua desprovido de poderes de imposição, de modo neutro e imparcial, esclarecendo as partes dos seus direitos e deveres face à mediação e, uma vez obtido o respectivo consentimento,

²⁶⁵ As alterações introduzidas no código civil pela lei 61/2008 de 31 de Outubro limitaram-se a exigir que as conservatórias do registo civil, ou os Tribunais, informem os cidadãos, antes do início do processo de divórcio, da existência de serviços de mediação familiar, e quais os objectivos a alcançar – cfr. artigo 1774.º sob a epígrafe Mediação familiar.

²⁶⁶ Por exemplo: ter que prestar serviço comunitário.

²⁶⁷ Cfr. artigos 23º e seguintes da Lei n.º 29/2013 de 19 de Abril

desenvolve a mediação no sentido de apoiar as partes na obtenção de um acordo justo e equitativo que ponha termo ao conflito que as opõe.

2 — No desempenho das suas funções, o mediador familiar observa os deveres de imparcialidade, independência, confidencialidade e diligência, devendo, em qualquer fase do processo de mediação, logo que verifique que, por razões legais, éticas ou deontológicas, a sua independência, imparcialidade ou isenção possam ser afectadas, solicitar a sua substituição.

3 — Não é permitido ao mediador familiar intervir, por qualquer forma, nomeadamente como testemunha, perito ou mandatário, em quaisquer procedimentos subsequentes à mediação familiar, independentemente da forma como haja terminado o processo de mediação, e mesmo que a referida intervenção só indirectamente esteja relacionada com a mediação realizada.

Não se nos coloca qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade que o mediador tem de se conduzir de forma imparcial, independente e diligente, nem quanto à impossibilidade de vir a ser perito ou mandatário em processo judicial subsequente. Já quanto ao dever de confidencialidade e à impossibilidade de poder intervir como perito em juízo pensamos que, embora devendo ser esse o regime-regra, haveria que equacionar a possibilidade de esse dever poder sofrer algumas restrições quando o interesse que se visa proteger²⁶⁸ só pode ser efectivamente protegido quando quem tem o poder e o dever de decidir está na posse de todos os elementos relevantes, ou pelo menos na posse de todos os elementos relevantes possíveis.

Tracemos um paralelo para melhor relativizar estes deveres: De acordo com o código deontológico dos médicos,²⁶⁹ qualquer médico está obrigado a segredo, sendo este “condição essencial ao relacionamento médico-doente, assenta no interesse moral, social, profissional e ético, que pressupõe e permite uma base de verdade e de mútua

²⁶⁸ Que é, como sabemos, o interesse de crianças e jovens nos casos de mediação com o intuito de regulamentar o exercício das responsabilidades parentais ou de dirimir questões atinentes a incumprimentos.

²⁶⁹ Aprovado pelo Regulamento n.º 14/2009 da Ordem dos Médicos, publicado no Diário da República n.º 8, II Série, de 11 de Janeiro de 2009

confiança.” Tal, plasmado no artigo 85º e concretizado nos artigos seguintes, não impede contudo que, em determinadas circunstâncias e verificados determinados pressupostos, o mesmo médico que se vê obrigado ao segredo não se veja obrigado a comunicar relativamente a um seu doente, a bem da sociedade em geral e das pessoas que o rodeiam em particular, determinadas doenças;²⁷⁰ que haja determinadas precauções tipificadas na lei que afastam essa obrigatoriedade;²⁷¹ nem que possa vir a ser ouvido em juízo embora com determinadas limitações e só em determinados processos.²⁷²

Como já foi dito mas nunca é demais repetir, o que está aqui em causa é em primeiro lugar e antes de mais o interesse das crianças e jovens vítimas da decisão dos seus progenitores de não continuarem a viver juntos. Se um dos progenitores, **sem qualquer razão atendível decidir deliberadamente boicotar o processo de mediação**, por que razão haveria o mediador de se ver obrigado a guardar segredo, e impossibilitado de vir a mencionar tal facto no seu relatório final? Claro que não advogamos que pudesse falar sem quaisquer limites sobre o que se havia passado no processo de mediação pois isso iria ferir de morte a credibilidade deste sistema, mas pensamos que numa situação destas o mediador deveria ter que dar conhecimento, **em traços largos**, ao Tribunal das razões que impediram que o processo de mediação seguisse o seu rumo, devendo as suas declarações poder ser objecto de valoração para uma futura decisão. Acreditamos que, se assim fosse, os pais e mães que todos os dias se separam teriam mais cuidado com as condutas que adoptam, e que ficariam mais disponíveis para aceitar a preciosa ajuda que lhes pode ser oferecida pelos mediadores, que mais não são que facilitadores da comunicação, num período tão difícil e nunca desejado - quem não sonha com o *e foram felizes para sempre* dos contos infantis?

Não temos pejo em afirmar que um pai ou uma mãe que desperdiçam a infância ou adolescência dos seus filhos **boicotando** um processo de mediação familiar quando o

²⁷⁰ Cfr. a alínea d) do artigo 88º do mesmo diploma

²⁷¹ Cfr. artigo 89º do mesmo diploma

²⁷² Cfr. artigo 91º do mesmo diploma

que está em causa é o superior interesse desses seres que juram amar mais que tudo; que se recusa **gratuitamente** a retomar a comunicação tão necessária para um bom desenvolvimento dos seus filhos; que não se disponibiliza para aprender a distinguir os conflitos que levaram à desunião do casal dos conflitos relativos aos filhos, dificilmente será um pai ou mãe com as competências parentais necessárias a um bom e responsável desempenho de papel tão importante como o de guardião.

O casamento pode ser transitório, ser pai, mãe, filho ou filha é para sempre, até que a morte nos separe, queiramos ou não.

Parafrazeando Maria Saldanha Pinto Ribeiro que utilizou, para fechar a sua intervenção sobre este tema na *II Conferência Internacional Igualdade Parental XXI – Reflectir e Agir em Prol da Coparentalidade*, diremos que: “A mediação familiar é um processo imperfeito, que tenta ajudar pessoas imperfeitas, num processo imperfeito, para atingir neste mundo imperfeito, um acordo imperfeito”. Nós acrescentamos apenas que não nos devemos esquecer nunca que, regra geral, *o óptimo, é inimigo do bom*.

PARTE III

**DA TEORIA
À PRÁTICA**

1. PRÁTICA DE COCHEM-ZELL

As separações/divórcios de casais com filhos são hoje uma realidade em grande parte do mundo,²⁷³ particularmente no mundo ocidental, havendo por isso cada vez mais crianças e jovens sem a possibilidade de crescerem e se desenvolverem no seio de um núcleo familiar constituído pelo pai, mãe e irmãos germanos. Esta realidade não representa, *de per se*, nenhum problema do ponto de vista da inserção e aceitação social dessas crianças e jovens uma vez que, nas sociedades de tipo ocidental pelo menos, deixou de existir, há já largos anos, qualquer tipo de estigma relativamente aos *filhos do divórcio*.

Já do ponto de vista da salvaguarda do superior interesse das crianças ou jovens²⁷⁴ e do seu direito inalienável a manterem uma relação de grande proximidade quer com o pai quer com a mãe, a existência ou não de problemas depende essencialmente da maneira como a sociedade em que estão inseridas responde às questões decorrentes da situação de não coabitação dos seus progenitores.

Ainda que o critério norteador da decisão possa ser o mesmo - o superior interesse da criança ou jovem - cada sociedade tem o seu modo de actuar e, por via disso, umas mostram-se mais eficazes do que outras na prossecução desse superior interesse.

Acreditamos que o modo de trabalhar, dinâmico e flexível, que tem vindo a ser desenvolvido desde 1992 no distrito de Cochem-Zell na Alemanha é um exemplo paradigmático do que acabamos de dizer, razão pela qual o trazemos aqui não tanto para o escarpelizar,²⁷⁵ mas mais para deixarmos bem presente que não só é possível, como

²⁷³ O último país da Europa a permitir o divórcio foi Malta, em 2011.

²⁷⁴ Assunto transversal neste trabalho, e objecto de tratamento autónomo na parte II, em título com o mesmo nome.

²⁷⁵ Por não termos os conhecimentos de língua alemã que se impõem para um estudo mais aprofundado deste assunto, baseamos a nossa exposição no texto sobre o assunto escrito pelo Dr. António José Fialho, Juiz de Direito – *Cooperação Ordenada e Interdisciplinar na Resolução de Conflitos Parentais, Experiência do Tribunal de Cochem-Zell* – disponível aqui:

<http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/cochem-zell.pdf>, e na conferência sobre o modelo de Cochem-Zell levada a cabo em 2011 por iniciativa da Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e

desejável, actuar de um modo diferente, a bem das nossas crianças e jovens, a bem de toda a comunidade.

Se atentarmos à maneira como a nossa legislação regula, em termos processuais, a questão do exercício das responsabilidades parentais vemos que, de acordo com o artigo 146º d) *ex vi* 150º da Organização Tutelar de Menores, os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são processos de jurisdição voluntária, os quais se caracterizam pelo facto de o Tribunal poder investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações que entender convenientes, sendo admitidas apenas as provas que o Juiz considerar necessárias, e não sendo obrigatória a constituição de advogado a não ser na fase de recurso. Outro critério distintivo destes processos relativamente aos de jurisdição contenciosa, quiçá o mais importante, é o facto de nas providências a tomar o Tribunal não estar sujeito a critérios de legalidade estrita, podendo e devendo adoptar em cada caso a solução que considere ser a mais conveniente e oportuna na salvaguarda do superior interesse das crianças ou jovens cujo destino se discute.²⁷⁶ Nestes processos a margem de actuação do Juiz da causa é, portanto, muito ampla tendo como limites por um lado o princípio da legalidade, e por outro o superior interesse da criança ou jovem.

Assim, não parece existir do ponto de vista processual qualquer impedimento a que possa ser implementado no nosso país um modelo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que acautele melhor o superior interesse das crianças e jovens do que o modelo regra que ora vigora, e que se caracteriza por ser pouco ágil e ineficaz. Não fora assim e os processos relativos à regulamentação do exercício das responsabilidades parentais não se arrastariam nos Tribunais, chegando a ter que se esperar mais de 6 meses só para que a primeira conferência de pais seja marcada o que, naturalmente, ajuda a aumentar o litígio entre os progenitores por um lado, e a

Direitos dos Filhos que se pode ver/ouvir aqui: <http://www.veoh.com/list/u/Igualdadeparental>. Os que, conhecedores da língua alemã, quiserem obter mais informação sobre o assunto poderão encontrá-las partindo daqui: <http://www.ak-cochem.de/>

²⁷⁶ Cfr. artigos 1409º n.ºs 2 e 4 e 1410º do CPC; 180º n.º 1 da OTM e 1906º n.º 7 do CC

sedimentar muitas das vezes um afastamento entre os filhos e um dos seus progenitores, com todas as consequências que isso tem. Nem haveria tantos incumprimentos e pedidos de alteração.

Sem nos querermos embrenhar numa discussão relativa aos dados disponíveis diremos apenas que, de acordo com os dados disponibilizados pela Direcção-Geral de Política de Justiça²⁷⁷ trabalhados posteriormente pela Associação para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos,²⁷⁸ em 2011 deram entrada nos Tribunais portugueses 16,323 processos de regulação das responsabilidades parentais, e 18,396 processos de alteração, incumprimentos e afins, sendo que os segundos representam 113% dos primeiros. Estes dados permitem inferir, sem mais, que há qualquer coisa que não corre bem pois se as regulações em regra redundam em pedidos de alteração e incumprimentos isso só pode significar que não foram conseguidas de forma a poderem perdurar no tempo.

Foi o reconhecimento, por todos os envolvidos nos processos de decisão nos Tribunais de Família e Menores no distrito alemão de Cochem-Zell, de que para acautelar o superior interesse dos filhos numa situação de ruptura da sociedade conjugal dos progenitores não bastam boas leis e boas decisões dos Tribunais, o que levou a que, há mais de 20 anos, magistrados, advogados, mediadores, psicólogos e outros peritos tenham decido passar a reunir-se, com uma periodicidade trimestral, com o objectivo inicial de partilhar experiências e trocar pensamentos.

Esta partilha entre os membros deste grupo interdisciplinar, levada a cabo de forma periódica e, inicialmente, mais ou menos descomprometida veio, com o decorrer do tempo, consciencializar todos os intervenientes do potencial transformador desses

²⁷⁷ Disponível aqui:

https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=gmail&attid=0.1&thid=1363b0d62ab4af98&mt=application/vnd.ms-excel&url=https://mail.google.com/mail/u/0/?ui%3D2%26ik%3Dd7946a2893%26view%3Datt%26th%3D1363b0d62ab4af98%26attid%3D0.1%26disp%3Dsafe%26zw&sig=AHIEtbTTs39Xfku61RaV3aF_sEy_hBMRvmQ

²⁷⁸ Disponível aqui: http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2013/03/estat%C3%ADsticas-dos-Tribunais-portugueses-2011_mediacao_familiar.pdf

encontros tendo-se assim tornado evidente que a colaboração de todos associada à assunção de um compromisso comum – colocar a perspectiva das crianças e jovens no centro - poderia permitir novas e melhores formas de acautelar, a bem de toda a comunidade, o superior interesse das crianças e jovens sempre que os progenitores deixam de coabitar e não se entendem.

Denominado “Círculo de Trabalho Separação/Divórcio” este grupo começou, a partir de 1999, a reunir mensalmente, preterindo assim uma forma isolada de trabalhar em favor de outra, assente “[...] numa cooperação ordenada e interdisciplinar entre os vários profissionais que trabalham na resolução dos conflitos parentais,”²⁷⁹ tendo como ponto de partida que o que interessa é a situação dos filhos e o seu direito inalienável aos seus dois progenitores o que justifica que estes devam ser obrigados a assumir as suas responsabilidades para com esses filhos que, como todos os filhos em todo o mundo, não pediram para nascer. O objectivo desta cooperação era assim dar suporte aos progenitores de forma a que fossem eles próprios a chegar a uma decisão quanto à forma de acautelar o legítimo direito dos filhos pois que, se os adultos têm o direito inalienável de se separarem apesar de terem filhos, os filhos têm um direito inalienável aos seus dois progenitores apesar de estes estarem separados.

Como já foi referido, os advogados, categoria profissional, lá como cá, indispensável à administração da justiça, fazem parte deste círculo de trabalho. Depois de controversas discussões entre pares, nas quais uns consideravam que estavam mandatados para defender não os interesses dos filhos mas sim os de quem os contratava - um dos progenitores, enquanto outros se mostravam disponíveis para renunciar ao mandato conferido no caso de a defesa de quem os contratou ser considerada contrária à defesa dos interesses dos filhos, conseguiram estes profissionais chegar a um consenso e

²⁷⁹ FIALHO, António José, *Cooperação Ordenada e Interdisciplinar na Resolução de Conflitos Parentais, Experiência do Tribunal de Cochem-Zell*, Compilações Doutrinárias, Verbo Jurídico, p.10

assumir um compromisso, estabelecido num código de conduta²⁸⁰ criado para o efeito, no sentido de por um lado abandonarem:

“[...] uma estratégia de conflito nos discurso e [a] argumentação constantes das peças processuais que apresentavam, e de por outro lado passarem a orientar os pais para os serviços de aconselhamento ou de mediação disponíveis no Tribunal aconselhando-os a adoptar comportamentos adequados na relação com os filhos.”²⁸¹

Como sintetiza o Juiz António José Fialho:

“O Código de Conduta dos Advogados adoptado por estes no âmbito do Modelo de Cochem veio exigir que o exercício tradicional da advocacia seguisse outra postura ou comportamento, não para diminuir o campo de actuação dos advogados (que permanece intocável) mas para que os profissionais que actuem no âmbito da resolução dos conflitos parentais se submetam a novas regras éticas.”²⁸²

Não obstante as posições divergentes iniciais tornou-se possível, neste distrito alemão, compatibilizar os deveres do advogado relativamente ao seu cliente com o superior interesse dos filhos deste, adoptando para o efeito um conjunto de procedimentos que visam a redução do litígio ao mínimo, e potenciam o entendimento ao máximo. Como defende Maria Saldanha no documentário, já anteriormente referido, *Filhos de Pais em Guerra*,²⁸³ os progenitores podem querer litigar, mas a sociedade deve dizer-lhes que não o devem fazer, a bem dos filhos, pois esse é um caminho destrutivo para todos. Neste distrito alemão isso foi conseguido.

O compromisso assumido pelos advogados alemães que exercem neste distrito no sentido de tudo fazerem para minimizar o litígio entre os progenitores, associado ao dever de ambos serem representados desde o início do procedimento,²⁸⁴ e o facto de todas as profissões envolvidas terem posições equivalentes são, do nosso ponto de vista,

²⁸⁰ Idem, pp. 4-6

²⁸¹ Idem p. 3

²⁸² Idem p. 6

²⁸³ Documentário disponível aqui: <http://sicblogue.blogs.sapo.pt/90691.html> Cfr. minuto 23.30

²⁸⁴ Em Portugal só em sede de recurso é necessária a constituição de advogado nestes processos.

os factores determinantes do sucesso desta *cooperação ordenada* por permitir/obrigar, os progenitores por um lado e os profissionais por outro, a centrarem-se no que é de facto fundamental: uma actuação atempada e centrada na criança ou jovem.

Vejamos então quais são os procedimentos que fazem com que esta forma de trabalhar leve, em 98% dos casos, a soluções consensuais que tendem a durar no tempo:

- 1) A posição do progenitor que intenta a acção, o requerente, deve ser apresentada, por um advogado, em não mais que uma página escrita à máquina, a qual se deve limitar a descrever os factos de forma objectiva sem quaisquer comentários ou censuras relativamente ao outro progenitor, o requerido;
- 2) O requerido não responde a este requerimento inicial, tendo depois na conferência a oportunidade de dizer tudo o que entender necessário dizer;
- 3) O Tribunal agenda a primeira conferência para daí a duas ou três semanas no máximo, impedindo assim que o litígio entre os progenitores se agrave o que poderia levar, e leva tantas vezes no nosso país, ao afastamento da criança ou jovem de um deles;
- 4) Os serviços de mediação e aconselhamento são imediatamente convidados a intervir, travando conhecimento com ambos os progenitores e respectivos filhos dias antes da sessão inicial, e intervindo nesta já com conhecimento de causa;
- 5) Na primeira conferência é debatida a situação com todos os intervenientes, tendo ambos os progenitores a oportunidade de dizerem tudo o que têm a dizer ao outro, e procurando os intervenientes institucionais que estes cheguem a um consenso relativamente aos aspectos essenciais, estando sempre bem presente que nenhum dos progenitores sairá da vida dos filhos, e que são eles os responsáveis pelos filhos;
- 6) Se não for possível chegar a um consenso são os progenitores enviados para o aconselhamento ou mediação, quer queiram quer não, ficando logo agendada uma data para o início das sessões;

- 7) Fica também desde logo marcada data para nova conferência na qual serão avaliados os progressos conseguidos e, sendo caso disso, reduzida a escrito a solução encontrada;
- 8) Se algum dos progenitores interromper as sessões de aconselhamento ou mediação o Tribunal é imediatamente informado, e nova conferência é imediatamente marcada;
- 9) Se na nova conferência mais uma vez não se conseguir chegar a consenso fica um perito encarregue de, com os progenitores, encontrar uma solução para aquele caso concreto.

A nossa lei impediria a aplicação de um procedimento do género?

Em termos processuais pensamos que não, como já tivemos a oportunidade de ver uns parágrafos atrás.

Relativamente à observância, por parte dos advogados portugueses, de um código de conduta semelhante ao seguido pelos advogados alemães também cremos que não – o Juiz José António Fialho no seu citado artigo confronta este código com o Estatuto da Ordem dos Advogados portugueses concluindo que “a adopção de um código de conduta similar em Portugal não colidiria com as obrigações éticas e deontológicas que orientam o exercício da actividade de advogado.”²⁸⁵

Do ponto de vista legal cremos que o principal obstáculo à implementação de semelhante modo de trabalhar residiria no facto de a lei portuguesa prever que, tal como a lei alemã, a mediação assenta num princípio de voluntariedade não existindo contudo, ao contrário de lá,²⁸⁶ mecanismos adequados a levar as pessoas a optar por esta forma de

²⁸⁵ FIALHO, António José, *Cooperação Ordenada e Interdisciplinar na Resolução de Conflitos Parentais, Experiência do Tribunal de Cochem-Zell*, Compilações Doutrinárias, Verbo Jurídico, pp.7-8

²⁸⁶ No site relativo à justiça na União Europeia, nomeadamente relativamente à mediação nos diversos Estados - https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-pt.do - é-nos dito que, na Alemanha “[...]quando as partes propõem uma ação junto de um Tribunal cível, terão de indicar se já tentaram resolver o litígio através de medidas extrajudiciais, tais como a mediação, e se existem motivos específicos para não considerarem esta linha de ação. O Tribunal pode ainda propor que as partes tentem

resolução de litígios. Havendo vontade política nesse sentido, este obstáculo seria fácil de ultrapassar.

O Juiz Jürgen Rudolph, Juiz de família e menores há mais de catorze anos quando este *modus operandi* começou a ser implementado neste distrito da Alemanha, traça na conferência que serve de base a este capítulo, um paralelismo muito interessante: o Tribunal, tal como o motor de um carro, pode ter 600 cv mas se, tal como um carro, lhe faltar uma roda, de nada lhe serve tão potente motor pois não pode andar.

É claro que um modelo como o de Cochem-Zell para ser aplicado no nosso país obrigaria a alterações importantes relativamente à organização e funcionamento dos Tribunais pois, naturalmente, não é crível que se possa aplicar em distritos com uma área e um número de habitantes muito superiores aos de Cochem-Zell exactamente o mesmo modelo contudo, acreditamos que mais importante do que esse obstáculo, evidentemente não desprezável, é toda uma cultura assente num corporativismo arcaico – “A democracia formal criou as condições para a sua transformação mas não a realizou.”²⁸⁷ - em que os profissionais de cada área, sobretudo os das áreas jurídicas, parecem temer perder o seu lugar se se abrirem à colaboração com profissionais de outras áreas do saber, cooperando em nome de um objectivo comum que, como já vimos,²⁸⁸ sendo tudo é afinal coisa nenhuma: concretizar o superior interesse da criança.

Dizia António Barreto²⁸⁹ numa entrevista dada a 10 Maio de 2013 a um canal de televisão,²⁹⁰ entrevista que nada tem que ver com este assunto mas que nos parece pertinente chamar à colação: que o sangue de uma democracia é a justiça pois é esta que dá segurança à liberdade, e que a nossa justiça não funciona porque vive num mundo fechado, ao contrário do que acontece na área da saúde a qual está aberta ao mundo

resolver o litígio através da mediação ou de outra forma de acordo extrajudicial. Caso as partes recusem fazê-lo, o Tribunal poderá decidir suspender a ação.”

²⁸⁷ GIL, ob. cit. p. 67.

²⁸⁸ Veja-se título sobre o Superior Interesse da Criança e Jovem

²⁸⁹ Sociólogo

²⁹⁰ Disponível aqui: <http://videos.sapo.pt/fGS4Vz8Rmt4OIZG1S5o>

inteiro e que por isso mesmo usufrui dos desenvolvimentos da ciência e é escrutinada permanentemente; que por a nossa justiça nunca ter sido repensada globalmente à luz da democracia, da liberdade, dos direitos dos cidadãos, do direito comunitário, etc, todos estes aspectos novos apenas têm motivado pequenos arranjos aqui e acolá; e que o facto de tudo continuar assim se deve à falta de abertura das profissões ligadas ao direito, que resistem a seguir o que se faz noutros países a pretexto de que a nossa realidade é diferente.

Concordamos absolutamente com António Barreto - enquanto não conseguirmos que se gere no seio das profissões ligadas ao direito um verdadeiro movimento impulsionador da mudança, nada de significativo se conseguirá mudar num espaço mais ou menos curto de tempo quanto ao exercício das responsabilidades parentais. Assim foi com a lei 61/2008 de 31 de Outubro que, aparentando tudo mudar, deixou afinal, em termos práticos da vivência das crianças e jovens filhos de casais que não coabitam, ficar quase tudo na mesma.

Se confrontarmos o direito que os progenitores têm de se separarem, com o direito que os filhos têm de crescerem e aprenderem com os seus dois progenitores, vemo-nos obrigados, em nome da mais elementar justiça, a fazer ceder o direito dos primeiros ao direito dos segundos. Não queremos com isto, evidentemente, impedir por qualquer forma que os progenitores se separarem, longe disso. Queremos, isso sem dúvida, chamar a atenção para a obrigação que o Estado tem de exigir aos progenitores que assumam as responsabilidades que lhes cabem pelo facto de terem tido filhos em comum pois esses mesmos filhos, enquanto durar a sua menoridade, estão numa verdadeira posição de sujeição relativamente aos progenitores, o que lhes confere o direito de serem protegidos activamente pelo Estado, que deve promover o seu bem-estar e a sua qualidade de vida e garantir os seus direitos e liberdades fundamentais.²⁹¹

²⁹¹ Cfr. artigo 9º b) e d) da CRP

CONCLUSÕES

Se a forma natural de exercer os deveres e os direitos que cabem aos progenitores quanto às pessoas dos filhos tivesse sido sempre desempenhada da maneira que a cada momento é considerada a mais correcta, não teria havido nunca lugar à necessidade de a disciplinar com leis. Foi por tal não acontecer, e na exacta medida da nossa evolução em termos sociais e culturais, que essa necessidade se fez sentir – o abuso de muitos feria a sensibilidade de muitos outros pelo que se impunha estabelecer limites com vista à protecção de quem não se podia defender sozinho.

O código de 1867 consagrava um poder quase absoluto aos pais/homens relativamente aos seus filhos, cabendo às mulheres/mães não mais que o direito de serem consultadas. Além disso, quando por vicissitudes várias, era a estas que cabia o poder paternal, tal poderia ser-lhes subtraído a qualquer momento por decisão do conselho de família, o qual era composto só por homens e, maioritariamente, homens da família do marido. Os pais eram uma espécie de proprietários dos filhos, tendo para com eles algumas obrigações mas, sobretudo, muitos poderes.

Ao longo de mais de um século muita coisa se modificou, como aliás não poderia deixar de ser. Hoje, as responsabilidades parentais são encaradas como um dever/poder que deve ser exercido em plena igualdade, pelo pai e pela mãe, tendo sempre em vista a realização do superior interesse dos filhos. Como nos é dito num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de Junho de 2009:

“[...] a sociedade tende a evoluir para uma interfuncionalidade de papéis entre o homem e a mulher. Caminha-se, claramente, para a reciprocidade de afectos e daí a tendência para a colaboração de ambos os progenitores em todas as funções da família, sem se reduzir o homem a uma função de segurança económica e a mulher a uma função doméstica. Se o homem vai perdendo o monopólio da carreira profissional, a mulher vai

perdendo o monopólio da função doméstica e do papel de guardião em relação aos filhos.”²⁹²

Quando o que está em causa é a responsabilidade parental relativa a filhos de progenitores que não coabitam, a aludida igualdade torna-se, porém, relativa na medida em que a lei não prevê, ainda, mecanismos eficazes para que a almejada igualdade se verifique de facto. Tal acontece desde logo porque o regime-regra estabelecido na lei prevê que a criança ou jovem tenha a sua residência fixada com apenas um dos progenitores, passando esse a ser o guardião, e ficando para o outro um mero papel de visitante – conquanto a lei tenha deixado de prever no seu texto o regime de visitas -, embora com algumas prerrogativas visto ser chamado a dar a sua opinião quando estão em causa questões de particular importância.

Todos os aspectos tratados ao longo da segunda parte deste trabalho são centrais na abordagem da forma como são configuradas as responsabilidades parentais hoje. Todas elas se interligam e por vezes quase se confundem. Passíveis de tratamento autónomo, estamos cientes do muito que ficou por dizer.

Em quase nenhum dos aspectos focados existe consenso quanto à melhor maneira de salvaguardar o superior interesse das crianças e jovens filhos de progenitores desavindos. A pluralidade de pontos de vista é enriquecedora se todos congregarmos esforços no sentido de, ponto por ponto, procurarmos sem pré-conceitos encontrar o que nos une pois só dessa maneira poderemos construir um país melhor para os nossos filhos e netos. Como diz José Gil:

“Portugal continua a ser, em muitos aspectos importantes, uma sociedade fechada, aberta à superfície, e fechada no interior. Actualmente, a reacção à abertura, que se traduz pelo apego cada vez mais desesperado aos modelos antigos que legitimavam o

²⁹² Veja-se ac. TRL, Processo 321/05.6TMFUN-C.L1-7, Relatora Desembargadora Maria do Rosário Morgado, pp. 11-12, que se pode consultar aqui: <http://www.dgsi.pt/jtr1.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/87a9b38e2cc75ea6802575e00057d236?OpenDocument&Highlight=0,Processo,321%2F05.6TMFUN-C.L1-7>

fechamento não produz novas ideias, novos modos de adaptação, novos discursos éticos. Agarramo-nos ao que já conhecemos e ao que nos habituámos – e que em nós se sedimentou – como a uma tábua de salvação contra os flagelos que entram pela porta meio aberta (em breve, escancarada) ao mundo.”²⁹³

Se não tivermos a coragem de olhar de frente para os problemas, e de lhes encontrar soluções ainda que isso implique fazer mudanças de fundo - e implica! - daqui a trinta ou quarenta anos seremos possivelmente um país tão cinzento como aquele que somos hoje, embora com outras vestes.

A questão da alienação parental divide a sociedade em geral e os especialistas nas diversas áreas em particular. Se há quem a recuse considerando-a um mito por não ser passível de ser cientificamente demonstrada, há também quem, de forma simplista e sem critério, reconduza todos os casos de afastamento de uma criança relativamente a um dos seus progenitores a manobras artificiais do outro.

Entre uma coisa e outra existe um mundo povoado de crianças que se vêm privadas de conviver com ambos os progenitores por responsabilidade de um, sem que o outro tenha feito o que quer que seja contra o interesse dos filhos. Só não vê isto quem não quer ver. Claro que há casos de violência doméstica, transversais a toda a sociedade, claro que há casos de abusos de toda a natureza, não o negamos, mas reconduzir todos os casos de afastamento de uma criança de um dos seus progenitores a estas situações, ou acreditar que *por obra e graça do Espírito Santo* é possível reverter as situações que não se fundam em abusos reais é, em nossa opinião, *esconder a cabeça na areia*.

A falta de especialização dos magistrados leva a que nalguns destes casos, com receio de avaliarem mal a situação, promovam automaticamente a solução que aparentemente confere mais segurança, esquecendo que essa tal solução pode acabar por os levar a afastarem dos filhos o progenitor inocente, e a premiar a conduta reprovável do progenitor alienador. Noutros casos, para evitarem um mal menor – o afastamento

²⁹³ Ob. cit. p. 60

temporário da criança ou jovem da sua *figura de referência* -, acabam por impedir um bem maior – que a criança ou jovem usufrua do direito inalienável que tem a ter pai e mãe.

Como diz Maria Saldanha a propósito da actuação dos Tribunais quando é insinuada a questão dos abusos sexuais, ou outros maus tratos, infligidos por um dos progenitores ao filho:

“[...] a primeira reacção, que pode ser inadequada, é a de proteger a criança do pai acusado. E se a resposta natural é protegê-la naturalmente do acusado, mostra que tal viés se impõe de imediato, sendo, frequentemente, indutor de enormes erros. Pode muito bem acontecer que tenhamos que proteger a criança não do acusado mas do acusador. E o que acontece quase sempre é que, mesmo depois das investigações, mesmo depois da sentença do Tribunal ilibando o acusado, a criança continua à mercê do progenitor acusador. Ninguém retira a este o Exercício do Poder Paternal depois de a criança ter sido abusada, não pelo acusado, mas moral e psicologicamente pelo acusador, que nestes campos a mutila com gravidade.”²⁹⁴

Privar uma criança ou jovem de qualquer um dos seus progenitores sendo estes competentes para exercerem a sua obrigação “constitui um mau trato comparável ao abandono,”²⁹⁵ com todas as consequências negativas que daí advêm inevitavelmente, e que não se pode justificar alegando que as crianças, tal como os adultos, têm o direito de não estar com quem não querem estar, como faz Maria Clara Sottomayor quando afirma que:

“No caso de a criança se recusar a relacionar-se com o progenitor sem a guarda, o direito de visita não pode ser-lhe imposto, pois a relação de visita não é concebível sem o desejo de viver essa relação. Importa ter em conta, neste contexto, que, no caso da oposição ao direito de visita partir da criança, tal resistência pode excluir ou limitar o

²⁹⁴ Ob. cit. pp. 72-73

²⁹⁵ Cfr.: <http://pt.scribd.com/doc/109585291/Da-Coparentalidade-a-Negacao-da-Parentalidade>

direito de visita, não devendo ser contrariada pela força sob pena de comprometer o equilíbrio afectivo da criança.”²⁹⁶

Uma criança vítima de alienação parental, chamemos-lhe o que chamarmos, forma a sua vontade de não querer estar com o progenitor não guardião com base num erro²⁹⁷ pelo que essa vontade não pode, nem deve, ser levada em linha de conta por quem tem o dever de decidir, os Tribunais, norteado pelo superior interesse dessa criança pois esse superior interesse é, antes de mais, ter pai e ter mãe. A vontade das crianças tem limites, e esses limites têm que ser impostos pelos adultos, sejam eles progenitores, professores, Juizes, etc.. Da mesma forma que não nos parece aceitável que uma criança não apanhe vacinas porque não quer ou não gosta, não nos parece aceitável que não esteja com o seu pai ou com a sua mãe só porque não gosta ou não quer. Pode não gostar ou não querer, desde que vá.

É essencial estar atento a todos os sinais por forma a evitar que situações perversas como as descritas se instalem, ou que situações de outra natureza possa ser confundidas com estas. É essencial que os magistrados tenham preparação específica que lhes permita *separar o trigo do joio*, sem ficarem à mercê dos peritos. É essencial, sem colocar em questão o poder/dever que o Juiz tem de, nestes processos, investigar livremente os acontecimentos, coligir as provas, ordenar os inquéritos, e decidir de acordo com o que achar conveniente sem ter que seguir critérios de legalidade estrita, instituir algumas regras de processo que não possam ser postergadas, e que permitam ao Tribunal tomar melhores decisões.²⁹⁸ É essencial explicar bem a toda a comunidade,

²⁹⁶ Ob. cit. p. 131

²⁹⁷ Na sua intervenção na *II Conferência Internacional Igualdade Parental no Século XXI* Sandra feitor Pinto fez uma analogia entre o erro no negócio jurídico e estas vontades expressas pelas crianças alienadas, que nos pareceu muito pertinente e que por isso recuperamos aqui.

²⁹⁸ Um exemplo do que poderia ser feito é-nos dado por Maria Saldanha (ob. cit. p. 80) quando defende que as entrevistas feitas pelos peritos nos processos desta natureza deveriam ser todas gravadas pois isso permitiria uma posterior análise do seu conteúdo o que só por si exigiria dos peritos mais cautela pois, nomeadamente no caso das perícias psicológicas a crianças, é fácil induzir respostas se a forma como cada questão é colocada não é a mais adequada. Diz a autora, e nós só podemos concordar com ela, que “Estes vídeos permitem localizar as perguntas «contaminadas», as atitudes e gestos que vão influenciar o pensamento infantil. Permitem ver as expressões da criança, a forma como disse, o que disse, as

numa linguagem simples e acessível, porque é que determinada decisão foi tomada, devendo para isso cada Tribunal ter alguém responsável pela comunicação quando os casos se tornam mediáticos, como o caso Maria, o caso Esmeralda ou o caso Adriana Inês, conhecidos de todos nós. É essencial educar a população no sentido de proteger as suas crianças o que inclui, naturalmente, fazê-la compreender que cada criança precisa do seu pai e da sua mãe, e que o facto de estes se terem desentendido enquanto casal não deve, não pode, levar a que a criança fique órfã de um deles. É essencial começar a mudar as coisas já. Basta de medo: “Medo de agir, de tomar decisões diferentes da norma vigente, medo de amar, de criar, de viver. Medo de arriscar.”²⁹⁹ Qualquer erro tem custos altíssimos na formação da personalidade destas crianças e jovens; se há uns que são inevitáveis, todos os evitáveis são criminosos.

Antes de estar cientificamente demonstrada, qualquer teoria, é apenas um conjunto de opiniões sistematizadas que parece explicar certa parcela da realidade. A prudência que se impõe na sua aceitação não pode, nem deve, levar a que se recuse sem mais essa mesma teoria, qualquer que ela seja, por absurda. Mais a mais quando a realidade à nossa volta aponta para a possibilidade de estar certa, ou substancialmente certa. Ainda menos, pensamos nós, se descredibiliza uma teoria pelo facto de o seu mentor não ser um modelo de virtude pois, bem ou mal, o homem não se confunde com a sua obra. Além disso, qualquer verdade cientificamente provada só o é enquanto outra verdade, fruto do progresso, não se lhe vier sobrepor.

Acreditamos que a maneira mais correcta de olhar para estes e quaisquer outros assuntos não passa por recusar o que não está cientificamente provado mas sim por admitir, com as reservas impostas pela prudência, que há determinados comportamentos passíveis de serem conotados com distúrbios da personalidade que podem levar a consequências gravosas não só nas relações entre pais/mães e filhos, mas também na formação da personalidade desses filhos cujo interesse deve ser vigorosamente

entoações da sua voz.”

²⁹⁹ GIL, José, *Portugal, Hoje – O Medo de Existir*, 7ª reimpressão, Lisboa, Relógio D’Água Editores, 2005, p. 78-79.

protegido pelo Estado. Ainda mais porque os filhos de hoje serão os pais e mães de amanhã.

As questões da guarda e do exercício das responsabilidades parentais, questões complexas dada a sua natureza, devem ser objecto de mais e melhor estudo cuidado pois o que está em causa é a formação e o bom desenvolvimento dos futuros adultos que, por razões que lhes são alheias, se vêem desde a nascença ou a partir de determinado momento das suas ainda curtas vidas, privados de crescer num ambiente familiar, com um núcleo constituído por pai, mãe, e irmãos germanos. Essas são, cada vez mais, as famílias do passado. As crianças do presente já nascem a saber mexer no i-phone, i-pad ou i-pod, a internet para elas não tem segredos, e trazem um *chip* que lhes permite adaptarem-se lindamente às mais diversas formas de viver em família.

Esse revés de ver o pai e a mãe cada um para seu lado não deve, em nossa opinião, condicionar a possibilidade dessas crianças ou jovens crescerem e se formarem sob a influência directa de quem lhes deu a vida, desde que sejam ambos competentes para exercerem a função que cabe a cada um: a de pai ao pai, a de mãe à mãe.

As famílias perfeitas são um mito. Não existem. Quanto muito há famílias mais funcionais do que outras por força dos *handicaps* de cada uma. Viver no seio de uma família nuclear intacta pode ser, é de certeza, muitas vezes muito mau.

Nada, absolutamente nada, nos leva a crer que viver, a espaços, em duas casas diferentes, com uma parte da família nuclear durante um período, e a outra parte durante o período subsequente, é potencialmente mau e destabilizador. Muito antes pelo contrário. Muito mais importante do que a estabilidade permitida pela constância da residência, é a estabilidade permitida pela constância das relações afectivas.

O drama das separações não reside no facto de as crianças e jovens verem os seus progenitores a separarem-se e a passarem a viver cada um para seu lado, cada um na sua casa. O drama das separações reside antes no facto de, demasiados progenitores, não terem a maturidade necessária para distinguirem a relação conjugal da relação parental,

e do Estado ser conivente com essa falta de maturidade, não cumprindo o seu dever de garante relativamente ao superior interesse que essas crianças e jovens têm de permanecer vinculadas quer ao pai quer à mãe, aplicando regras que obriguem pai e mãe a sentirem-se responsáveis pelos seres a quem deram a vida.

Se levarmos em linha de conta o número crescente de separações que ocorrem, se não existir uma lei que claramente imponha, como regime-regra - que naturalmente há-de comportar todas as exceções que se mostrarem necessárias -, a partilha de tempos tendencialmente igualitária entre um progenitor e o outro, vão continuar a surgir situações em que a decisão de separação dos progenitores se vai traduzir na separação das crianças de um deles pois passarão a ter uma relação privilegiada com um em detrimento do outro. Um pai/mãe do dia-a-dia, o outro pai/mãe de fim-de-semana, ou quase.

A Lei 61/2008 de 31 de Outubro pretendia que assim não fosse, contudo ficou muito aquém de o conseguir pois ao não querer hostilizar o *status quo* acabou por não fazer as alterações que se impunham a bem da coparentalidade.

Isto não se nos afigura justo! Em primeiro lugar não é justo para os filhos que nada têm que ver com as decisões de seus progenitores: a decisão de os fazerem nascer em primeiro lugar e a decisão de não coabitarem em segundo. Nem é justo para os pais e mães que querem continuar a viver activamente a paternidade/maternidade e se vêem assim impossibilitados de o fazer pois basta um deles, no ressabio da separação ou por ter arreigadas uma série de ideias pré-concebidas, não concordar com uma divisão de tempos mais ou menos igualitária para que assim não possa ser, com o beneplácito de magistrados, advogados e demais intervenientes institucionais, muitos deles completamente impreparados para lidarem com estas questões, razão pela qual recusam à partida aquilo que desconhecem.

No sítio da internet <http://www.youtube.com/watch?v=MJiH8jmYSPQ> pode ver-se uma mini-reportagem sobre um casal que optou pela guarda alternada dos filhos. Nesta peça jornalística as crianças expressam a sua opinião sobre o regime em que vivem desde que

os progenitores se separaram, o qual faz com que mudem de casa diariamente – se o pai vai levar à escola é a mãe que vai buscar – no tempo de escola, e que passem fins-de-semana alternados com um e com o outro. O aspecto mais interessante da reportagem é o facto de nos mostrar quão bem se sentem estas crianças vivendo este regime, alegadamente desestabilizador, o que vai de encontro ao que se passa com as vidas de todas as crianças que conhecemos e que vivem em situações semelhantes, independentemente de os progenitores se darem bem um com o outro, ou não.

Se é fácil identificar o problema, nem sempre é tão fácil apontar soluções. Ao longo deste trabalho fomos reflectindo sobre este assunto, reflexão essa construída a partir de várias leituras mas, também, a partir de casos da vida real. Por muito rica e interessante que seja a teoria, a sua dimensão prática é sempre mais empolgante e surpreendente. Além disso, a teoria se não tiver uma expressão prática perde parte do seu sentido.

Como já aqui foi dito, não acreditamos em sistemas perfeitos. Mas acreditamos que é possível aperfeiçoar sistemas. É fundamental olharmos para a maneira como o exercício das responsabilidades parentais e a guarda têm sido disciplinadas com outros olhos pois, como bem dizem Margarida Silva Pereira e Rui Soares Pereira:

“[...] a dogmática da família não prescinde de abertura a temas e critérios conceptuais que não se moldam já pelo Direito «tradicional» e ao mesmo tempo, não prescindem dele, como referência e critério de interpretação. É uma dogmática em evolução intensa, mesmo nas matérias que incidem no seu núcleo.”³⁰⁰

O superior interesse dos filhos assenta, em primeiro lugar e antes de tudo, no direito de crescerem com um acompanhamento próximo de quem lhes deu a vida, sempre que quem o fez cumpre com os seus deveres essenciais. Não fora assim e a própria Constituição da República não consideraria:

³⁰⁰ PEREIRA, Maria Margarida Silva; PEREIRA, Rui Soares, *Memória e Presente de Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 2010, p. 37

1. A família como elemento fundamental da sociedade (art.º 67º n.º 1), sendo a maternidade e a paternidade valores sociais eminentes (art.º 68 n.º 2);
2. O papel dos pais e das mães na educação dos filhos insubstituível (art.º 68 n.º 1) constituindo por isso não só um direito mas também um dever (art.º 36º n.º 5);
3. Não se proporia promover a igualdade entre homens e mulheres (art.º 9º h)) determinando que ambos têm os mesmos direitos e deveres quanto aos filhos (art.º 36 n.º 3);
4. E, sobretudo, não proibiria de forma clara e inequívoca a separação entre filhos e respectivos pai e mãe sempre que estes cumprem os deveres fundamentais que têm para com os filhos (art.º 36 n.º 6).

Quando os progenitores decidem não coabitar, seja *ab initio* seja passado muito, pouco, ou nenhum tempo de vida em comum, os filhos devem ficar à guarda de ambos, guarda essa que deve ser exercida de forma alternada, devendo as responsabilidades quanto às questões de particular importância caber aos dois. Residir alternadamente com o pai e com a mãe é um direito dos filhos e um dever dos progenitores, não o contrário.

Naturalmente que, se essa forma de organização se mostrar inadequada para uma criança em concreto, deve ser substituída por outra, apurada a razão de assim ser. Seria certamente de grande utilidade, por permitir detectar e eventualmente ultrapassar situações potencialmente problemáticas – por exemplo nos casos em que um dos progenitores recusa sem motivo atendível esta forma de guarda -, estipular de início, nos casos decididos pelo Tribunal, um acompanhamento periódico das medidas aplicadas, que se iria espaçando no tempo, à medida da evolução da situação.

Antes de mais é necessário eliminar da lei a menção à fixação de uma única residência: uma criança ou jovem que tem dois progenitores que não coabitam não só pode, como deve, ter duas casas, ter dois quartos, ter acesso a desfrutar do bom que a separação do seu pai e da sua mãe lhe pode trazer: uma vivência rica porque influenciada por realidades diversas que se complementam nela.

É também necessário acautelar as situações em que progenitores idóneos para guardar os filhos se mostram incapazes de comunicar entre eles para decidirem das *questões intermédias* que sempre se colocam. Uma boa forma de o fazer seria prever a possibilidade de, sendo a guarda atribuída aos dois, essas decisões caberem apenas a um deles, naturalmente àquele que se mostra mais cooperante, àquele que consegue melhor separar a conjugalidade da parentalidade.

É também fundamental dar à mediação familiar o relevo que ela deveria ter pois um terceiro facilitador pode dar um enorme contributo no sentido de serem os progenitores a encontrar as soluções para o seu caso. Ninguém conhece melhor do que eles as especificidades e necessidades dos seus filhos. Isto só se nos afigura possível se a mediação familiar puder passar a ser imposta, e se a recusa leviana tiver consequências, pois quando os progenitores querem litigar só uma posição de força que os impeça de o fazer pode surtir algum efeito.

A Lei 61/2008 de 31 de Outubro representou, sem sombra de dúvida, um passo em frente, mas pequeno demais se atentarmos no caminho que ainda há que percorrer.

Em face de tudo o que, pensamos, ter aqui deixado demonstrado, cremos que a melhor forma de acautelar o superior interesse das crianças e jovens cujos pais não coabitam é, independentemente da relação entre estes, a guarda alternada, por períodos tendencialmente iguais. Só assim ficam assegurados, no respeito da Constituição, os deveres que impendem sobre os progenitores relativamente aos filhos que fizeram nascer, e o direito que os filhos têm ao património materno e paterno.

BIBLIOGRAFIA

LIVROS

- AMARAL, Jorge Augusto Pais do, *Direito Processual Civil*, 8ª edição, Coimbra, Edições Almedina, 2009
- _____, *A Criança e os Seus Direitos*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 163-176
- ASCENÇÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição refundida, Coimbra, Edições Almedina, 2005
- BADINTER, Elisabeth, *O Amor Incerto – História do Amor Maternal do Séc. XVII ao séc. XX*, Lisboa, Coleção Antropos, Relógio d'Água Editores, s/d
- BOLIEIRO, Helena, *O Direito das Crianças a Uma Família*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 99-109
- BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- BRITO, Leila Maria Torraca de, *Guarda Compartilhada: um Passaporte para a Convivência Familiar*, in *Guarda Compartilhada, Aspectos Psicológicos e Jurídicos*, org. Associação de Pais e Mães Separados, Porto Alegre, Editora Equilíbrio, 2005, pp. 53-71
- CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- CLÉMENT, Élisabeth; DEMONQUE, Chantal; HANSEN-LOVE, Laurence; KAHN, Pierre, *Dicionário Prático de Filosofia*, 2ª edição, Lisboa, Terramar, 1999
- COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS DA ORDEM DOS ADVOGADOS, *Exercício das Responsabilidades Parentais – Notas Contributivas para a Integração do Conceito: O Superior Interesse da Criança, O Direito ao Afecto*, Lisboa, Ordem dos Advogados Portugueses, 2010
- COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, volume I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editores, 2008
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil - Parte Geral - Pessoas*, volume IV, 3ª edição (revista e atualizada), Coimbra, Almedina, 2011

- CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos Acordos e o Seu Controlo Pelas Autoridades*, Coimbra, Coimbra Editores, 2011
- DARNALL, Douglas, *Divorce Casualties: Protecting Your Children from Parental Alienation*, USA, Lanham, Taylor Trade Publishing, 1998
- DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 8ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011
- ENGELS, Friedrich, *A origem da Família, da Propriedade e do Estado*, Lisboa, Coleção Síntese, Editorial Presença, 1974
- FEITOR, Sandra Inês Ferreira, *A Síndrome de Alienação Parental e o Seu Tratamento à Luz do Direito de Menores*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012
- GARDNER, Richard A.; SAUBER, s. Richard; LORANDOS, Demosthenes, *The International Handbook of Parental Alienation Syndrome – Conceptual, Clinical and Legal Considerations*, USA, Illinois, Charles C. Thomas Publisher Ltd, 2006
- GIL, José, *Portugal, Hoje – O Medo de Existir*, 7ª reimpressão, Lisboa, Coleção Argumentos, Relógio D'Água Editores, 2005
- GERSÃO, Eliana, *Transformação Social, Divórcio e Responsabilidades Parentais*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 223-235
- GRISARD FILHO, Waldyr, *Guarda Compartilhada um Modelo de Responsabilidade Parental*, 4ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009
- GUIMARÃES, Elina, *O Poder Maternal*, Lisboa, Livraria Morais, 1933
- GUERRA, Paulo, *As Responsabilidades Parentais – As Quatro Mãos que Embalam o Berço*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 237-252
- LEAL, Ana Teresa; D'OLIVEIRA, Felicidade; MELO, Helena Gomes de; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Baptista; BARGADO, Manuel do Carmo, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição (revista, actualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010
- LÚCIO, Laborinho, *A Criança e os Direitos – O Superior Interesse da Criança*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 177-197
- MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15ª reimpressão, Coimbra, Edições Almedina, 2006

- MALDONADO, Maria Tereza, *O Bom Conflito*, Lisboa, Coleção Vida Prática, Guerra e Paz Editores, 2010
- MARTINS, Norberto, *Os Direitos das Crianças Para Terem Direito a Uma Família*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 199-210
- MATTA, Paulo Saragoça da in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Edições Almedina, 2004
- MENDES, Modesto do Rio, *História do Amor entre um Advogado e uma Juíza*, Porto, Fronteira do Caos Editores, 2012
- MONTEIRO, A. Reis, *Direitos da Criança: Era uma vez...*, Coimbra, Edições Almedina, 2010
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, Coimbra Editores, 2004
- NUNES, Victor Augusto Pereira Nunes – *Comentário à Lei de Protecção dos Filhos*, 2ª edição (revista, actualizada e aumentada), Universidade Editora, Lisboa, 1939
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, revista e aumentada, 6ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2005
- PEREIRA, Maria Margarida Silva; PEREIRA, Rui Soares, *Memória e Presente de Direito da Família*, Lisboa, AAFDL, 2010
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *As Crianças, as Responsabilidades Parentais e as Fantasias dos Adultos* in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, Volume VI, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012
- _____, Jorge Duarte, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume III - Direito das Pessoas e da Família*, org. DUARTE, Rui Pinto, FREITAS, José Lebre, e outros, Coimbra, Almedina, 2011
- _____, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2010
- PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico I - Direito Civil, Direito Processual Civil, Organização Judiciária*, 4ª edição, actualizada e aumentada, 3ª reimpressão da edição de Março/2005, Coimbra, Almedina, 2006
- RAO, Vicente, *Direito de Família dos Soviets*, 2ª edição, Companhia Editora Nacional, São Paulo, 1932

- RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Amor de Pai – Divórcio, Falso Assédio e Poder Paternal*, Lisboa, Colecção Livros D’Hoje, Publicações D. Quixote, 2006
- RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *O superior Interesse da Criança*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 35-41
- SÁ, Eduardo; SILVA, Fernando, *Alienação Parental*, Coimbra, Edições Almedina, 2011
- SEGALEN, Martine, *Sociologia da Família*, Lisboa, Terramar Editores, 1999
- SEVERINO, Rita, *As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais – Mediação Familiar em Portugal*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2012
- SILVA, Evandro Luiz, *Guarda de Filhos: Aspectos Psicológicos*, in *Guarda Compartilhada, Aspectos Psicológicos e Jurídicos*, org. Associação de Pais e Mães Separados, Porto Alegre, Editora Equilíbrio, 2005, pp. 13-32
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª edição revista, aumentada e actualizada, Coimbra, Edições Almedina, 2011
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª edição, Lex Editora, Lisboa, 2000
- STRECHT, Pedro, *Interiores*, Lisboa, Assírio & Alvim, 2001
- SULLEROT, Evelyne, *Que pais? Que filhos*, Lisboa, Colecção Antropos, Relógio D’Água Editores, 1993
- VARELA, Antunes, *Direito da Família*, 1º volume, 5ª edição, revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony Editores, 1999
- VIDAL, Joana Marques, *Crianças, Jovens e Tribunais*, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra, Coimbra, Edições Almedina, 2010, p. 111-128
- VILARANDA, Nuno; MENDES, Patrícia, *Pai vem me ver...cartas de uma filha cruzadas com o diário de um pai, na tormenta da alienação parental*, Lisboa, Colecção Compendium, Chiado Editora, 2012
- XAVIER, Rita Lobo, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*, Reimpressão da edição de Abril/2009, Coimbra, Edições Almedina, 2010

Código Civil Portuguez, 8ª edição, Publicada pela Empreza do Commercio do Porto, Porto, 1867

REVISTAS

Ex Aequo n.º 10, Revista da Associação Portuguesa de Estudos Sobre as Mulheres, Porto, edições Afrontamento, 2004

Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Volume XLVI, n.º 199, 2º trimestre de 2011 *In* Porque o tempo conta: elementos para uma abordagem sociológica da mediação familiar. Texto de ARAÚJO, Emília, RODRIGUES, Carmen, FERNANDES, Helena e RIBEIRO, Maria Saldanha. *Análise Social* –

Revista Julgar n.º 7, Lisboa, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Janeiro-Abril de 2009.

Revista Julgar n.º 13, Lisboa, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Janeiro-Abril de 2011

FONTES ACEDIDAS ONLINE

ARTIGOS DOUTRINAIS

CORDEIRO, Menezes, *Divórcio e Casamento na I República: Questões fraturantes Como Arma de Conquista e de Manutenção do Poder Pessoal?*, Texto que serviu de apoio para uma comunicação levada a cabo na Academia de Ciências de Lisboa em 10 de Março de 2011, consultado aqui:

<https://www.oa.pt/upl/%7B8262df14-0c0f-4008-a485-15da3956c828%7D.pdf>

FIALHO, António José, *Cooperação Ordenada e Interdisciplinar na Resolução de Conflitos Parentais, Experiência do Tribunal de Cochem-Zell*, Verbo Jurídico, Março de 2011, consultado aqui:

<http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/cochem-zell.pdf>

FIALHO, António José, *O Papel e a Intervenção da Escola em Situações de Conflito Parental*, 3ª edição, revista e actualizada com o Estatuto do Aluno e Ética Escolar, Verbo Jurídico, consultado aqui:

http://www.verbojuridico.com/doutrina/2012/antoniojosefialho_papelintervencaoescolav3.pdf

OUTROS ARTIGOS

- http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2013/06/GUARDA-PARTILHADA_O-INTERESSE-DA-CRIAN%C3%87A-EM-DIFERENTES-ESTRUTURAS-FAMILIARES_vers%C3%A3o-final.pdf
- https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/?ui=2&ik=d7946a2893&view=att&th=13cb178a83c686d6&attid=0.4&disp=inline&realattid=f_hcv06o8v3&safe=1&zw&sadnir=1&saduie=AG9B_P_c7-nyxiss4N2sSJ7uaQ6I&sadet=1373204878415&sads=8WXNgGj6GmebshIvya34rdi8zPA&sadssc=1

LEGISLAÇÃO

Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, 1940, consultada aqui:

<http://www.ucp.pt/site/resources/documents/ISDC/Texto%20da%20Concordata%20-%201940.htm>

Decreto-Lei n.º 261/75 de 27 de Maio, consultado aqui:

http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/pdf1614/dl-261-1975/downloadFile/file/DL_261_1975.pdf?nocache=1181136985.37

Decreto-Lei n.º 561/76 de 17 de Julho, consultado aqui:

http://www.igf.min-financas.pt/leggeraldocs/DL_561_76.htm

Decreto-Lei n.º 496/77 de 25 de Novembro, consultado aqui:

http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-496-1977/downloadFile/file/DL_496_1977.pdf?nocache=1182361322.47

Projecto de Lei n.º 509/X, consultado aqui:

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c3246795a5868774d546f334e7a67774c325276593342734c576c75615668305a586776634770734e5441354c5667755a47396a&fich=pjl509-X.doc&Inline=true>

Convenção Sobre os Direitos da Criança, consultada aqui:

http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf

Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Criança, consultada aqui:

http://direitoshumanos.gddc.pt/3_3/IIIPAG3_3_10.htm

Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, consultado aqui:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:338:0001:0029:PT:PDF>

JURISPRUDÊNCIA

- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c004f6271?OpenDocument&Highlight=0,3500%2F10.0TBBRR.L1-6>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9510293a13ca4ab3802576d3004430db?OpenDocument&Highlight=0,PROCESSO,1625%2F05.3TMSNT-C.L1-7>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/c0841b304e6d7aa5802575d80036ebf3?OpenDocument>
- <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f821cb6e641a62b8025785e003d62ad?OpenDocument&Highlight=0,88%2F2002.L1.S1>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/87359ea619cc1d6680257aec003f60f7?OpenDocument&Highlight=0,Concei%C3%A7%C3%A3o,Saavedra>
- <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/afdfdd17febe53c680257ae80051d471?OpenDocument&Highlight=0,272%2F04.1TBVNC-D.G1%20>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/803de309c4cc0276802573750038435c?OpenDocument&Highlight=0,2616%2F2007-2%20>
- <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/c7dd77aa367806b480257372004f7631?OpenDocument&Highlight=0,232%2F07-3,Mata,Ribeiro,Guarda,de,menores>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3940d84344b89361802574c00057da2d?OpenDocument&Highlight=0,Ros%C3%A1rio,Gon%C3%A7alves,2008,Regula%C3%A7%C3%A3o,do,Poder,Paternal>
- <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/afdfdd17febe53c680257ae80051d471?OpenDocument&Highlight=0,Ant%C3%B3nio,Santos,Aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>
- <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument&Highlight=0,Ana,Lu%C3%ADsa,Geraldes>

- <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/f644d53a120592bc80257b2c005946e4?OpenDocument&Highlight=0,guarda,alternada>
- <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4f821cb6e641a62b8025785e003d62ad?OpenDocument&Highlight=0,aliena%C3%A7%C3%A3o,parental>

OUTRAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS

- <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2010/05/2-Decis%C3%A3o-do-Tribunal-de-Fronteira.pdf>
- <https://www.facebook.com/notes/cl%C3%A1udio-rio-mendes/senten%C3%A7a-proc-n%C2%BA-194110t6avr/511625318873620>
- Processo nº 2860/09.OTBPTM-A do Tribunal de Família e Menores de Portimão

DOCUMENTÁRIOS

Filhos de Pais em Guerra, peça jornalística de Miriam Alves sob a coordenação de Cândida Pinto, emitida na SIC em 2009, que se pode ver aqui:

<http://sicblogue.blogs.sapo.pt/90691.html>

Filha Roubada, peça jornalística de José Ramos e Ramos, sob a coordenação de Mafalda Gameiro, emitida na RTPN no dia 20 de Janeiro de 2010, que se pode ver aqui:

<http://www.rtp.pt/blogs/programas/linhadafrente/?1-parte-do-Linha-da-Frente-de-2010-01-20.rtp&post=5873>

OUTROS SÍTIOS NA INTERNET

- <http://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/2>
- <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=59390&tm=&layout=121&visual=49>
- <http://forumfamiliae.blogspot.pt/2007/05/divrcio-o-projecto-de-lei-apresentado.html>
- <http://www.pordata.pt/Tema/Portugal/Populacao-1>

- <http://www.asjp.pt/2011/01/02/reportagem-da-rtp-filha-roubada-ercs-deu-razao-a-queixa-da-asjp/>
- <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/01/Queixa-ERCS-RTP.pdf>
- <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2011/01/ERCS-Filha-Roubada.pdf>
- <http://igualdadeparental.org/>
- <http://www.destak.pt/artigo/51804>
- <http://www.maria2x.com/701.html>
- <http://www.youtube.com/watch?v=UykGALUc0aI>
- <http://www.tvi24.iol.pt/503/sociedade/pgr-Tribunais-menores-joana-marques-vidal-formacao-justica/1438754-4071.html>
- <http://www.veoh.com/list/u/Igualdadeparental>
- <http://www.ak-cochem.de/>
- https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=gmail&attid=0.1&thid=1363b0d62ab4af98&mt=application/vnd.ms-excel&url=https://mail.google.com/mail/u/0/?ui%3D2%26ik%3Dd7946a2893%26view%3Datt%26th%3D1363b0d62ab4af98%26attid%3D0.1%26disp%3Dsafe%26zw&sig=AHIEtbTTs39Xfku61RaV3aF_sEyhBMRvmQ
- http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2013/03/estat%C3%ADsticas-dos-Tribunais-portugueses-2011_mediacao_familiar.pdf
- https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de-pt.do
- <http://videos.sapo.pt/fGS4Vz8Rmt4OIYZG1S5o>
- http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=11453
- **Vídeos e Programa da II Conferência Internacional Igualdade Parental no Século XXI – Refletir e Agir em prol da Parentalidade:**

Sessão de abertura

Ricardo Simões (Presidente da Direção da APIPDF)

<http://justicatv.pt/index.php?p=2990>

Painel 1. As mudanças nas famílias portuguesas - MESA A

Susana Atalaia - <http://justicatv.pt/index.php?p=2991>

Susana Atalaia / Bernardo Coelho - <http://justicatv.pt/index.php?p=2992>

Debate - <http://justicatv.pt/index.php?p=2993>

Painel 1. As mudanças nas famílias portuguesas - MESA C

Rita Veloso Mendes - <http://justicatv.pt/index.php?p=2994>

Natividade Coelho - <http://justicativ.pt/index.php?p=2995>

Debate - <http://justicativ.pt/index.php?p=2996>

Painel 2. Os conflitos Parentais - MESA A

Luís Silva - <http://justicativ.pt/index.php?p=2997>

Miguel Ricou - <http://justicativ.pt/index.php?p=2998>

Maria Emília Santos - <http://justicativ.pt/index.php?p=2999>

Debate - <http://justicativ.pt/index.php?p=3000>

Painel 2. Os conflitos Parentais - MESA B

Hugo Manuel Leite Rodrigues - <http://justicativ.pt/index.php?p=3001>

Debate - <http://justicativ.pt/index.php?p=3002>

Painel 2. Os conflitos Parentais - MESA C

Sandra Inês Feitor - <http://justicativ.pt/index.php?p=3003>

Maria Leonor do Coito Araújo - <http://justicativ.pt/index.php?p=3004>

Debate (1 de 2)

**Painel 3. Responsabilidades Parentais, os Tribunais e a Mediação Familiar -
MESA A**

Paulo Guerra - <http://justicativ.pt/index.php?p=3007>

Rui Alves Pereira - <http://justicativ.pt/index.php?p=3008>

Debate - <http://justicativ.pt/index.php?p=3009>

**Painel 3. Responsabilidades Parentais, os Tribunais e a Mediação Familiar -
MESA B**

Teresa Prazeres Pais - <http://justicativ.pt/index.php?p=3010>

Maria Saldanha Pinto Ribeiro - <http://justicativ.pt/index.php?p=3011>

Fernanda Molinari - <http://justicativ.pt/index.php?p=3012>

Anabela Quintanilha - <http://justicativ.pt/index.php?p=3013>

Debate - <http://justicativ.pt/index.php?p=3014>

**Painel 3. Responsabilidades Parentais, os Tribunais e a Mediação Familiar -
MESA C**

Maria Perquilhas - <http://justicativ.pt/index.php?p=3015>

Maria Luís Machado - <http://justicativ.pt/index.php?p=3016>

Isabel Cruz - <http://justicativ.pt/index.php?p=3017>

Painel 4. A guarda partilhada como presunção jurídica

Manuel Capelo - <http://justicativ.pt/index.php?p=3018>

António Fialho - <http://justicatv.pt/index.php?p=3019>

Sofia Marinho - <http://justicatv.pt/index.php?p=3020>

Marc Juston - <http://justicatv.pt/index.php?p=3021>

Vittorio Vezzetti - <http://justicatv.pt/index.php?p=3022>

Debate - <http://justicatv.pt/index.php?p=3023>

Sessão de encerramento

Ricardo Simões - <http://justicatv.pt/index.php?p=3024>

UMA CURIOSIDADE: DIREITO DA FAMÍLIA SOVIÉTICO NO INÍCIO DO SÉC. XX

Casamento e Responsabilidades Parentais

Embora este trabalho não vise o estudo comparado do Direito da Família nos diversos ordenamentos jurídicos, afigura-se-nos interessante dar conta de uma série de pontos comuns à legislação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em inícios do século XX, e à legislação portuguesa do século XXI.³⁰¹

Enquanto que em Portugal as uniões de facto só recentemente começaram a ter direito a protecção legal passando uns tantos efeitos do casamento a aplicar-se-lhes com a Lei n.º 7/2001 de 11 de Maio entretanto alterada pela Lei n.º 23/2010 de 30 de Agosto, na então URSS os efeitos jurídicos do casamento surgiam, a partir de 1918, com a simples situação de facto - a união de um homem e uma mulher - embora tivessem que obedecer a três requisitos para que o seu registo fosse possível.

³⁰¹ Serviu de base a esta breve análise comparativa, o livro *Direito de Família dos Soviets*, 2ª edição, 1932, São Paulo, Companhia Editora Nacional, da autoria de Vicente Rao, Professor Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito de S. Paulo, e regente da cadeira de Teoria Geral do Estado no Curso de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por trinta e cinco anos (1927–1962), recebendo, ainda, o título de Professor emérito; Doutor honoris causa pela Universidade de Nancy (França); Membro nato e antigo Presidente do IASP; Ministro de Estado da Justiça e Negócios Interiores (1934-1936), Ministro de Estado das Relações Exteriores (1953–1954); Membro da Delegação do Brasil junto à X Assembléia Geral das Nações Unidas (1950) e Chefe da Delegação do Brasil junto à X Conferência Interamericana (1954); Delegado do Brasil e Presidente com a categoria de Embaixador da Comissão Jurídica Interamericana da OEA (1969-1973) – parte da informação sobre o autor retirada de http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=11453

Enquanto que em Portugal só em 1977 passou a ser possível o marido adoptar o nome da mulher, na URSS tal já era possível em 1918.

Enquanto que na URSS tanto o marido como a mulher eram livres de escolher a sua profissão; a economia comum era conduzida mediante mútuo consentimento; não decorria nenhuma obrigação para a mulher do facto de o marido mudar de residência, nem o contrário, em Portugal só em 1977 passaram os direitos e os deveres de ambos os cônjuges a ser equiparados.

Enquanto que na então URSS o património que pertencia a cada um dos esposos continuava sempre a pertencer-lhe sendo considerados bens comuns apenas os adquiridos durante o casamento, competindo ao Tribunal fixar a parte desses bens comuns que a cada um cabia em caso de litígio, só em 2008 a lei portuguesa passou a determinar que em caso de divórcio nenhum dos cônjuges poderia receber na partilha mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado com comunhão de adquiridos. A este propósito consideramos interessante citar, da exposição de motivos referente ao projecto do código dos soviéticos, o seguinte:

“[...] si o casamento, segundo nossa concepção, não se reveste de qualquer elemento de coacção, é evidente que não pôde produzir efeito algum sobre a independencia económica dos conjuges, os quaes somente associam os seus patrimónios para a vida em commum, na medida de seus desejos e de seu livre consentimento. Em consequência, para os bens por elles possuídos no momento em que nasce a união marital, superfluo seria estabelecer-se a comunhão; pelo contrario, preciso é conferir-lhes a mais ampla liberdade convencional.”

O casamento, segundo o regime soviético, consistia, antes de tudo:

“ [...] em uma associação de dois trabalhadores, na qual não é possível determinar quaes os elementos que a compõem, nem por quem foram adquiridos e trazidos ao uso commum, ao património commum dessa sociedade; impõe-se, por isso, o

reconhecimento jurídico da comunhão dos direitos de ambos os conjuges sobre tudo quanto fôr por elles adquirido no decorrer da sua vida em commum.”³⁰²

Este regime de bens previsto para os casamentos registados, applicava-se na integra aos casamentos não registados. O nosso legislador ainda não foi tão longe na protecção das uniões de facto.

Na URSS em 1918, findo o casamento, fosse ele registado ou não, caso se mostrasse necessário para um e possível para o outro, estava prevista a prestação de alimentos. Em Portugal, no século XXI, a obrigação de prestar alimentos a alguém com quem se tenha vivido em união de facto só existe se essa união tiver sido contratualizada sob a forma de casamento.

Só em 2008 passou a ser possível em Portugal fazer cessar o vínculo do casamento pela simples razão de um dos elementos não querer continuar casado. Em 1918 na URSS a vontade de um dos membros do casal era suficiente para fazer cessar esse vínculo. Dizia Eliachevitch-Nolde:

“O casamento, concebido como união livre, livre também deve viver de qualquer constrangimento exterior, isto é, de qualquer laço obrigatorio e indissolúvel; assim sendo, sua unica base é a vontade, ou o desejo intimo (affeição marital) de cada um dos esposos. Por isso, em vida de ambos, tanto pôde o casamento cessar pelo consentimento mutuo, como pelo desejo unilateral.”³⁰³

O mesmo autor sintetizava do seguinte modo as consequências da concepção adoptada pelo “Codigo das Leis do Casamento, da Familia e da Tutela”³⁰⁴ soviético quanto às relações entre progenitores e respectivos filhos:

- “a filiação de facto é a unica fonte constitutiva do parentesco;

³⁰²RAO, Vicente, *Direito de Familia dos Soviets*, 2ª edição, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1932, pp. 96-97.

³⁰³Apud, ob. cit., p. 119

³⁰⁴Apud Eliachevitch-Nolde, ob. cit. p. 135

- os filhos nascidos fóra do matrimonio têm, com precisão, os mesmos direitos dos filhos havidos em casamento;
- o casamento não produz laço algum de familia além das relações recíprocas entre esposos; de sorte que a alliança, como instituição jurídica, não existe;
- A investigação da paternidade e da maternidade é permitida sem restricções (logo, mesmo na vigencia do casamento, póde um dos conjuges declarar perante quem de direito, ou demonstrar em Juizo, que seu filho foi havido com terceira pessoa e não com o outro conjuge);
- A autoridade da qual ambos os paes estão investidos em pé de perfeita igualdade, não tem outro fim se não o da protecção e educação dos filhos (motivo pela qual é assimilada, em sua natureza e em suas funcções, á tutela, não existindo, no Codigo, o conceito do patrio-poder como instituto distincto);
- A familia juridica (si licito é, perante a lei dos Soviets, usar-se de semelhante expressão) reduz-se aos parentes em linha recta, e, dentro dos collateraes, aos irmãos;
- A adopção é apenas admittida por motivos de ordem philantropica e de assistência social (e não como parentesco civil).”³⁰⁵

Como se pode verificar da leitura desta síntese, enquanto que em Portugal a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, com a consequente diferenciação de regime, só foi abolida em 1977, na antiga URSS em 1918 já essa distinção não se fazia. Paradigmático disso mesmo era artigo 25º do citado código soviético, que rezava assim:

“Os direitos recíprocos dos filhos e dos paes têm por fundamento a origem do sangue. Os filhos, cujos paes não estão em estado de casamento, gozam dos mesmos direitos atribuídos aos filhos nascidos de pessoas casadas.”³⁰⁶

Dizia Vicente Rao nas suas primeiras observações a propósito deste regime:

“Todas as uniões, mais ou menos effectivas, são “casamento”; todos os filhos são filhos, sem distincção de categoria; Legítimos, naturaes, adulterinos, incestuosos, todos, para todos os effeitos, são equiparados entre si. Pódem a mulher e o marido ter consigo os

³⁰⁵Idem, pp. 135-136

³⁰⁶Idem, p. 39

filhos havidos de outrem, durante o casamento; pódem tel-os ao lado dos filhos nascidos do casamento ³⁰⁷

deixando muito clara a repugnância que causava ao *statu quo* semelhante forma de pensar quando afirmava categoricamente

“Radicalmente diverso, sabem-n’o todos, é o direito *commum* de todos os demais **povos cultos**: «considerando o casamento como acto consensual e solenne, ensina nosso Clovis, seu primeiro effeito é a legitimidade da familia; é a intervenção do direito, na sua função organica e santificadora, que differencia a familia legitima da familia natural e de quaesquer agrupamentos inconsistentes ou ephemos, que as necessidades physiologicas reúnem e dissolvem»”. ³⁰⁸ (negrito nosso)

Em 1918 a lei da URSS ditava que os direitos que os progenitores tinham sobre os filhos deviam ser exercidos exclusivamente a bem e no interesse desses mesmos filhos. Em Portugal, a primeira referência legal que encontrámos ao dever de levar em linha de conta o interesse dos filhos, surge no artigo 1901º n.º 2 última parte do Código Civil, na sequência das alterações introduzidas pelo Decreto-lei n.º 496/77.

Na URSS em 1918 as decisões sobre os filhos deviam ser tomadas por ambos os progenitores, por acordo e em conjunto, devendo ser submetidas a órgãos próprios existentes para o efeito as questões em que desacordassem. Em Portugal só em 1977 as mães deixaram de ser meros órgãos consultivos no seio da família...

³⁰⁷ Idem, p. 39

³⁰⁸ Idem, pp.134-135

