



FACULDADE DE DIREITO
Universidade Nova de Lisboa

O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS – LIMITAÇÃO E INIBIÇÃO

Dissertação de Mestrado
(Ciências Jurídicas Forenses)

Susana Magalhães Botelho

Ano Lectivo 2012/2013

Mestranda: Susana Magalhães Botelho

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas

À minha família, em especial à Rafaela,

A ti,

À Professora Stela Barbas, pela orientação e apoio,

E aos meus amigos.

ABREVIATURAS

AAFDL — Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. — Acórdão

Al (s). — Alínea (s)

APMJ — Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

Art (s). — Artigo (s)

CC — Código Civil

CDC — Convenção Europeia sobre os Direitos das Crianças

Cf. — Conforme

Cfr. — Confrontar

Cit. — Citado (a)

CP — Código Penal

CPC — Código de Processo Civil

CPP — Código de Processo Penal

CRP — Constituição da República Portuguesa

DL — Decreto – Lei

LPCJP — Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo

MP — Ministério Público

Nº. — Número

Ob. — Obra

OTM — Organização Tutelar de Menores

Pág. — Página

STJ — Supremo Tribunal de Justiça

TRL — Tribunal da Relação de Lisboa

TRP — Tribunal da Relação do Porto

Vol. — Volume

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO	1
2. Breve Referência à Evolução Histórica: <i>Do anterior Poder Paternal às Responsabilidades Parentais</i>	6
3. Os sujeitos – <i>Pais e Filhos</i> – e o conteúdo das responsabilidades parentais	13
4. As Responsabilidades Parentais e a Constituição da República Portuguesa	17
5. A Regulação das Responsabilidades parentais à luz da lei n.º61/2008, de 31 de Outubro	21
6. O exercício das responsabilidades parentais	
6.1. Na constância do matrimónio	30
6.2. Em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens	32
7. O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais	33
8. O incumprimento do exercício das responsabilidades parentais	43
9. Vicissitudes do exercício das responsabilidades parentais: inibição e limitação	47
10. Exclusão do exercício conjunto das responsabilidades parentais	53
11. Conclusões	59
Referências Bibliográficas	61

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa induzir uma reflexão baseada na análise crítica da problemática existente em torno do exercício das responsabilidades parentais.

O artigo 1878.º do C.C. estatui que “*compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros e administrar os seus bens*”.

É este conjunto de poderes e deveres, impostos aos progenitores, para reger a pessoa e bens do filho menor, que preenche o conteúdo das responsabilidades parentais.

O Direito da Família tem assistido nas últimas décadas a uma constante transformação da sociedade, em geral, e das famílias, em especial.

Durante muito tempo, não foi atribuída a devida relevância aos menores e os poderes atribuídos aos progenitores para cuidarem deles, foram muitas vezes autênticos poderes em benefício do próprio titular. Estes poderes não eram fixados de acordo com o interesse do filho.

A discórdia entre os cônjuges afecta consideravelmente os filhos menores¹ e, devido à ruptura das relações entre os pais, os filhos, apesar de não terem qualquer culpa e serem aqueles com menor estrutura emocional para carregar uma situação de permanente conflito, são quem mais sofre.

Porém, ao longo do tempo, as responsabilidades parentais foram-se centrando nos interesses dos menores.

Em 2008, entra em vigor a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro que alterou substancialmente o regime jurídico do divórcio (sendo uma das mais notáveis alterações a supressão da culpa como causa do divórcio) e o regime das responsabilidades parentais (principalmente no que tange ao seu exercício em casos de divórcio e, na consagração do exercício conjunto das questões de particular importância como regra após a ruptura da relação).

¹ ROMÁN GARCÍA VARELA/PÉDRO GONZÁLEZ POVEDA/MIGUEL LÓPEZ – MUÑIZ GOÑI/IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA, *La ley de Divorcio: experiencias de su aplicación*, Madrid, Colex, 1992, p.71.

Esta nova lei veio quebrar concepções enraizadas na nossa sociedade, que visavam primordialmente satisfazer os interesses dos pais do que os do menor.

Efectivamente, os poderes atribuídos aos pais sobre os filhos, não devem ser entendidos como um poder de uma autoridade hierarquicamente superior, numa relação desigual, mas numa vertente mais cooperante, “uma relação de compreensão recíproca e de interdependência”. Aliás, esta ideia de cooperação, de interdependência entre pais e filhos, encontra-se plasmada no artigo 1874.º do CC, onde se estatui que “os pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência”. Deste modo, uma das principais características vincadas do poder paternal é a sua indisponibilidade² e irrenunciabilidade. Assim, sendo o interesse do menor não emancipado o fundamento do poder paternal, o progenitor não poderá dispor do mesmo, modificando as regras legais existentes, nem poderá transmitir o seu exercício a outrem, *ex vi* artigos 1699.º, n.º1, al. b) e 1878.º, n.º1, do CC.

Se na constância do matrimónio dúvidas não se suscitam quanto ao exercício do poder paternal, em regra pertencente a ambos os pais (artigo 1901.º, n.º1 do CC³), já nos casos em que haja divórcio, separação de facto entre os cônjuges, extinção da união de facto ou mesmo nulidade ou anulação do casamento, a definição e atribuição do mesmo pode levantar sérias questões e dúvidas quando os progenitores não conseguem chegar a um entendimento.

² Para além da indisponibilidade, JORGE DUARTE PINHEIRO defende que o poder paternal apresenta um carácter estatutário, fundando-se o mesmo na relação paterno – filial, isto é, “num grupo (formado por pai e filho menor) cuja importância é expressamente reconhecida pelo Estado *ex vi* designadamente o artigo 68.º, n.º2, da CRP; tem uma funcionalidade acentuada, uma vez que se centra essencialmente no interesse do filho, na “protecção e promoção do crescimento saudável do menor”; tem igualmente uma eficácia perante terceiros, não só nas situações em que, por “inobservância dos poderes (-deveres) de guarda e educação”, os menores seus filhos causem danos a terceiros, mas igualmente pelo facto de, salvo determinados casos em que haja incumprimento dos deveres que lhes cabem enquanto pais e por decisão judicial, ser vedado aos terceiros a separação e quebra da relação paterno filial; e finalmente tem uma tipicidade e tutela reforçadas, pelo que o seu conteúdo se encontra expressamente previsto na lei, não podendo haver qualquer tipo de modificação *ex vi* artigos 1699.º, n.º1, al. b) e 1882.º do C.C., disponibilizando a lei diversas formas de actuar quando esteja em causa a violação de um qualquer direito ou interesse do menor. Cfr. JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008, págs. 289 – 293.

³ A regra estabelecida neste artigo, determina o exercício do poder paternal por ambos os pais, pressupõe que a paternidade se encontre estabelecida, que o pai seja o marido da mãe e que os pais não se encontrem separados.

É comum ouvir-se dizer que é hoje mais difícil ser-se pai ou mãe do que era há 40 ou 50 anos atrás e os argumentos dessa afirmação são conhecidos: a irreverência da infância e da juventude, o desrespeito pela opinião e pela experiência dos mais velhos, a insatisfação perante as limitações materiais, etc.

Há, talvez, alguma verdade nessa afirmação, porém, não é menos verdadeiro o facto de que não é fácil, no mundo de hoje, ser-se jovem ou mesmo criança. Certo é que as crianças não se preocupam com a inflação, com o aumento do custo de vida, nem com o desemprego ou com tantos outros problemas da vida quotidiana. Mas a moderna psicologia infantil tem vindo a chamar a atenção para o facto da aprendizagem da vida por uma criança não ser tão fácil, como se supunha há 50 anos atrás. As várias etapas de evolução da criança e do adolescente comportam os seus problemas próprios, as suas dificuldades específicas, que é necessário resolver, na medida das suas possibilidades.

Por outro lado, também a agressividade do mundo moderno dificulta a tarefa dos pais como educadores, pois que se repercute nas suas relações com os filhos. O cansaço e o desgaste que a agitação da vida diária produz, afectam a sua paciência e disponibilidade.

A imagem tradicional da família, em que “ao pai cabia ordenar, à mãe ser ouvida e ao filho obedecer” está praticamente extinta, tentando-se a sua substituição por um tipo de família, baseada na igualdade de direitos e deveres dos pais, por um lado e, por outro, pela gradual intervenção das crianças e dos jovens na vida familiar, conforme o seu grau de compreensão e entendimento.

Tal transformação está directamente relacionada com a evolução dos acontecimentos históricos das últimas décadas, principalmente com a evolução social depois da guerra de 1939 – 1945.

Este terrível conflito, que aniquilou milhões de vidas, abalou fortemente os fundamentos da família tradicional, baseada na subordinação da mulher ao marido e dos filhos aos pais e na distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos.

Teve talvez um papel decisivo na geografia política do mundo contemporâneo; mas não menos importante foi o seu papel na arquitectura social do mundo dos nossos dias.

Homens e mulheres de várias raças haviam combatido e sofrido de igual modo, durante seis longos anos.

No término destes, as mulheres dos países atingidos passaram a olhar para os homens em completo pé de igualdade, exigindo o reconhecimento jurídico desse facto; as mães que haviam tratado, alimentado e educado os seus filhos, por si só, na ausência dos maridos, não compreendiam agora a razão pela qual deviam voltar a uma posição subordinada e qual a importância da «legitimidade» ou «ilegitimidade» do nascimento de tantos milhares ou talvez milhões de crianças órfãs?

A Europa do pós – guerra não seria nunca mais igual à Europa de antes, nem na sua geografia política nem, e muito principalmente, na nova mentalidade de vida que resultara da guerra.

Nos países atingidos pela guerra, as implicações jurídicas desse facto processaram-se com mais rapidez do que naqueles que o conflito poupou.

Mas, mais tarde ou mais cedo, os direitos europeus foram-se modificando e adaptando a uma nova realidade social.

As relações familiares foram-se também alterando, gradual e inevitavelmente, sob um duplo prisma: O das relações entre os cônjuges e o das relações entre pais e filhos.

Nunca as relações entre pais e filhos constituíram um fenómeno desconhecido ou alheio ao Direito. Nas sociedades mais antigas, o filho (bem como a mãe) pertence ao pai, como um objecto de propriedade, podendo dispor dele como de outros produtos da sua actividade. Já noutras sociedades da Antiguidade, como a hebraica, por exemplo, o poder dos pais sobre os filhos não era tão absoluto, sendo o aborto classificado e punido como um crime.

O *pater – familias* romano, que dispõe do *jus vitae ac necis* sobre os filhos, exerce o seu poder sobre todos os membros da sua família (incluindo os escravos) de modo absoluto e discriminatório, sem qualquer diferença. O filho e seus bens pertencem ao pai até à morte deste ou daquele, bem como a mulher do filho e seus descendentes.

Este poder tão absoluto conheceu atenuantes, mesmo durante a vigência do Império Romano, mas os traços fundamentais dessa «*patria potestas*» perdurariam por muitos séculos na Europa, herdeira do Direito Romano.

Seriam, na verdade, necessários longos séculos para da noção de filho, como propriedade do pai, que sobre ele exercia um poder e uma autoridade absolutos, chegássemos à noção de filho, como individualidade.

Partindo duma noção de poder paternal como símbolo de um poder total, chegou-se nos nossos dias à ideia de poder paternal como responsabilidade dos pais na orientação e preparação dos filhos menores para a vida.

Não foi esta evolução simples nem linear, antes sofreu (e porventura sofrerá) recuos e contradições.

Nesse sentido, seria um pouco difícil e incongruente, analisar o regime actual do exercício das responsabilidades parentais, sem se fazer uma breve referência à evolução histórica desta realidade. Em seguida estudaremos o conteúdo pessoal e o conteúdo patrimonial das relações entre os pais e os filhos menores, as várias modalidades de exercício da autoridade dos pais e as limitações e alterações que essa autoridade pode sofrer.

2. Breve Referência à Evolução Histórica: *do anterior poder paternal às responsabilidades parentais*

Até à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro a nossa lei civil denominava o conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, nomeadamente, *velar pela sua segurança e saúde, prover o seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros e administrar os seus bens*⁴, como poder paternal. Com a reforma, assistiu-se a uma substituição nominal de conceitos.

A nova expressão - *responsabilidades parentais* -, adoptada pelo legislador português, vem pôr termo ao entendimento da criança como um objecto de “posse”, um poder dos pais, fomentada pela expressão “poder paternal”.⁵ Este conceito de responsabilidades parentais é fortemente inspirado no conceito resultante da Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais de 28 de Fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, que considera como mais rigorosa e mais adequada a uma evolução da realidade social e jurídica dos Estados Europeus.

Adoptando uma perspectiva idêntica, a Convenção sobre os Direitos da Criança consagrou também o princípio de que ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança e de que constitui sua responsabilidade prioritária a educação e o bem – estar global da criança (artigos 18.º, n.º1 e 27.º n.º2).

Também a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança, celebrada no âmbito do Conselho da Europa a 25 de Janeiro de 1996⁶, utiliza a expressão “responsabilidades parentais” a propósito da titularidade e exercício dos poderes - deveres que integram o poder paternal (Artigos 1.º, n.º3, 2.º, alínea b), 4.º, n.º 1 e 6.º, alínea a), da Convenção).

Esta alteração de conceitos caracteriza os menores como “sujeitos de direitos” e é sintomática do entendimento da supremacia da função de cuidado, a desenvolver pelos progenitores, sobre a sua função de representação. Ao

⁴ Art.º 1878.º C.C.

⁵ Cf. Cristina Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio* (L 61/2008, de 31 de Outubro), 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 42 e 48.

⁶ Assinada por Portugal em 6 de Março de 1997.

substituir uma designação por outra, muda-se o centro da atenção, que passa a estar naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, as crianças, ao invés de estar naquele que detém o “poder” – o adulto. Desde há muito que se discute uma mudança dos conceitos em causa.

Em 1977 a profunda alteração do Código Civil, em especial do seu Livro IV, consagrou, finalmente, a igualdade entre os membros da família⁷, pondo fim ao papel diferenciado entre pai e mãe que tinha vigorado até então.

A maioria dos Autores portugueses, que se pronunciaram sobre a questão, defendiam a alteração de conceitos, embora propusessem expressões diferentes.

Ora vejamos, MOITINHO DE ALMEIDA, entende que a expressão poder paternal “faz lembrar a ideia do poder – sujeição [...] e a ascendência do pai”⁸.

A inexactidão da expressão “poder paternal” sugere um poder pertencente ao pai. Nesta conformidade, já na primeira metade do século XX se comentava a substituição da expressão para “autoridade parental”, com o intuito de demonstrar que o poder sobre os filhos não era exclusivo do pai, pois a mãe também participa do poder paternal⁹.

Porém, na nossa opinião qualquer uma destas expressões, continua a não traduzir a centralidade dos interesses do menor.

Autores como, MARIA CLARA SOTTOMAYOR¹⁰, JOSÉ LEITE GARCIA¹¹, HELENA BOLIEIRO E PAULO GUERRA¹², ANA SOFIA GOMES¹³ e EDUARDO SÁ¹⁴, manifestam-se críticos da expressão *poder paternal*.

⁷ Art.º 36.º CRP

⁸ Cf. MOITINHO DE ALMEIDA, *Efeitos da Filiação*, in Reforma do Código Civil, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, p.145.

⁹ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil português*, Vol. II, p.349.

¹⁰ Para a Autora, a expressão *Poder Paternal* está subjacente a uma ideia de posse. Esta expressão tem implícita uma ideia ultrapassada de predomínio da vontade do progenitor masculino. Serão assim mais adequadas as expressões “responsabilidade parental” ou “cuidado parental”, pois, nas palavras da própria M. Clara Sottomayor “exprimem uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos”.

¹¹ O Autor pronuncia-se a favor da substituição da expressão “poder paternal”, alegando que os termos da expressão se encontram ultrapassados. Ambos os cônjuges são iguais e deve o exercício de tais poderes ser executado no interesse do menor, defendendo a sua substituição por “responsabilidade parental”, pois esta, além das tarefas dos pais para com os filhos, inclui também a autoridade dos pais.

¹² Os Autores aplaudem a substituição da expressão que reflecte agora a igualdade entre pais e filhos e o objectivo de colocar ambos os pais a realizar os interesses do menor.

¹³ Considera que esta alteração da expressão coloca “a tónica do instituto no exercício do poder paternal enquanto responsabilidade de ambos os progenitores”.

Contudo, é unanimemente aceite que o conceito de “responsabilidades parentais” expressa de uma forma mais clara a natureza funcional dessas responsabilidades e o carácter vinculativo do seu exercício, identificando melhor a realidade global que integra o seu exercício e a sua titularidade e centrando a atenção naqueles cujos direitos se querem salvaguardar e que são as crianças.

Resumidamente, com a Reforma de 1977 e até à alteração legal operada pela Lei n.º61/2008, de 31 de Outubro a atribuição da guarda consistia numa das três vertentes essenciais da regulação do exercício do poder paternal.

Atribuía-se tradicionalmente ao conceito doutrinal de *guarda* um sentido amplo – que englobava os poderes – deveres de direcção, educação e vigilância dos filhos, abrangendo todos os atributos do poder paternal – e um sentido estrito – o direito de fixar a residência do menor, ou seja, o direito e o dever, que o pai e mãe têm de manter a criança no domicílio familiar ou de determinar o lugar da sua residência.

Com a Reforma de 1977 e a consagração do princípio do exercício do poder paternal pelo progenitor a quem a criança era confiada, atribuiu-se uma vinculação automática entre a guarda e o exercício do poder paternal.

A nova Lei n.º61/2008, de 31 de Outubro afastou do regime das responsabilidades parentais o conceito de guarda, autonomizando, por um lado, a determinação da residência do filho e, por outro lado, o exercício das responsabilidades parentais.

Tradicionalmente, são apresentadas as seguintes modalidades de guarda: a guarda única ou singular; a guarda conjunta e a guarda alternada.

No ordenamento jurídico português apenas existia uma modalidade de guarda, a designada “guarda única”.

A modalidade de “guarda conjunta” mais não é do que a guarda única em sentido estrito – atribuição ou fixação da residência do menor -, acompanhada do exercício conjunto do poder paternal (quando tal se afigura possível) – sentido amplo.

¹⁴ Para o Autor a expressão poder paternal, parece emanar uma ideia de poder exercido arbitrariamente, entendendo que seria mais adequada a expressão “responsabilidade parental”.

Esta modalidade encerra, em si mesma, uma contradição jurídica, porquanto o menor não pode, simultaneamente, viver com ambos os progenitores, por força da cessação da coabitação entres aqueles.

A designada “guarda alternada” ou “guarda partilhada” prevê que o menor resida, alternadamente, por períodos idênticos com cada um dos progenitores, partilhando este o exercício do poder paternal.

O modelo tradicional da guarda única contemplava, por princípio, a *guarda maternal* e a *guarda paternal*, sem prejuízo de, em casos excepcionais, se atribuir a guarda a uma terceira pessoa ou estabelecimento de educação ou assistência.

Com a alteração introduzida pela Lei n.º84/95, manteve-se no essencial, o modelo da guarda única, acompanhada do exercício exclusivo do poder paternal. Porém, consagrou-se o exercício conjunto, cuja concretização ficou, todavia, na total disponibilidade do progenitor guardião.

Com a redacção introduzida pela Lei n.º 59/99 ao artigo 1906.º do C.C. o exercício conjunto do poder paternal continuou a depender do acordo dos progenitores, não reflectindo, por conseguinte, uma preferência do legislador pelo exercício conjunto do poder paternal nem uma presunção legal a ser afastada unicamente em casos excepcionais, em que demonstrasse que tal solução prejudicava o interesse do menor.

Assim, o Tribunal continuava a não poder impor o exercício conjunto do poder paternal contra a vontade de um ou de ambos os pais, do mesmo modo que o progenitor que o recusasse não podia ser penalizado numa decisão sobre a guarda dos filhos.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro instituiu como regime regra, o exercício em comum por ambos os progenitores das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio.

Contrariamente às alterações legais anteriores, a Lei n.º61/2008 confere ao Tribunal, pela primeira vez, o poder de impor o exercício conjunto das responsabilidades parentais, quer contra a vontade de um dos progenitores, quer contra a vontade de ambos.

Partindo do pressuposto de que os pais são quem se encontra em melhor posição para zelar pelos interesses dos filhos, nada obsta a que o

regime regra seja afastado por acordo entre os progenitores, mediante justificação que será apreciada pelo Tribunal, cabendo ao juiz do processo a decisão sobre a necessidade de prova do alegado por aqueles, designadamente através da elaboração de inquéritos sociais, solicitação de informações a determinadas entidades, inquirição de testemunhas, entre outros.

Nos casos em que o acordo é alcançado junto da Conservatória do Registo Civil, nos termos do divórcio por mútuo consentimento, cabe ao Ministério Público, no âmbito dos respectivos poderes de fiscalização, aferir os motivos que sustentam um eventual afastamento do regime regra.

A lei continua a prever um exercício residual das responsabilidades parentais – “o exercício das responsabilidades parentais quanto aos actos da vida corrente do filho são da responsabilidade do progenitor com quem aquele reside habitualmente”. Porém, o progenitor com quem o menor se encontre temporariamente poderá exercer tais responsabilidades parentais, com a limitação de não contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

É ao Tribunal que cabe determinar a residência do menor. A determinação da residência implica, à semelhança do que sucedia com a atribuição da guarda, um juízo acerca das capacidades e demais condições do progenitor que passará a ter o filho a residir consigo, porquanto a convivência e os cuidados diários com este são os que exigem uma maior capacidade e disponibilidade por parte do respectivo progenitor. A questão essencial do processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais continua a ser o interesse do menor, em função do qual se deve, à luz da nova lei, determinar a residência daquele.

A alteração legal introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro atribui uma nova dimensão ao conceito de *interesse do menor* ao reforçar, por um lado, o princípio da igualdade dos pais e, por outro lado, a participação dos mesmos na vida dos filhos, concretizados, para além do mais, na expressa previsão legal da “disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro progenitor” e da manutenção de “uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”, enquanto critérios coadjuvantes.

A utilização do conceito de interesse do menor, um conceito indeterminado e carecido de concretização, implica uma extensão da função interpretativa do julgador e, conseqüentemente, atribui-lhe o poder de decidir de acordo com o princípio da oportunidade.

Os *sub – critérios* concretizadores do conceito de interesse do menor, no âmbito da determinação da residência do filho podem ser legais e/ou doutriniais e jurisprudenciais.

Os *sub – critérios* legais prendem-se com o (eventual) acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. Os doutriniais e jurisprudenciais determinam-se com a presunção ou preferência maternal e a tenra idade do filho; a preferência do filho; a não separação dos irmãos, a qualidade e consistência das relações afectivas da criança com os pais; a capacidade educativa dos pais e a continuidade das relações da criança.

O critério da prevalência do (eventual) acordo dos pais quanto à determinação da residência do filho constitui uma concretização de um princípio que enforma todo o regime das responsabilidades parentais.

O critério legal da “disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro” consiste na consagração legal do princípio do “progenitor que favorece mais as relações da criança com o outro progenitor”.

Hoje em dia, acompanhando a evolução social e o reforço do princípio da igualdade dos pais, não faz qualquer sentido que o critério da presunção ou preferência maternal assuma, por si só, relevância bastante para a determinação da residência do menor.

Encontra-se igualmente esvaziado de conteúdo o conceito de “tenra idade”. Salvaguardando o período de aleitamento da criança, a tarefa que cabe ao julgador é a de, em conjugação com outros elementos, aferir das capacidades de cada um dos progenitores para ter o filho a viver consigo e, conseqüentemente exercer habitualmente, as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente deste, independentemente da respectiva idade.

Embora não assumam um carácter vinculativo, envolvendo a sua valoração uma análise conjugada de outros factores, a preferência do filho –

relacionado com a consagração legal do carácter obrigatório da audição da criança – mostra-se relevante, como critério para determinar a sua residência.

O critério que determina a não separação dos irmãos é um princípio ao qual os tribunais têm dado particular importância a fim de evitar a tentação de separar os filhos para equilibrar os direitos dos pais, no sentido de ambos satisfazerem o desejo de os ter consigo, especialmente, quando tal situação é apresentada por acordo.

À semelhança da anterior versão do artigo 1906.º, também a actual redacção consagra o que a doutrina designa por “direito de vigilância”, ao estipular, no seu n.º6 que *“ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a sua educação e as condições de vida do filho”*.

Teoricamente podemos afirmar que o direito de vigilância se caracteriza pelo poder de controlo relativamente à actuação do progenitor que exerce as responsabilidades parentais, de forma a assegurar que este desempenha a sua função em obediência aos interesses do filho, bem como o direito de informação, de consulta e de sugestão.

À luz da lei vigente, o progenitor tem o direito de ser informado acerca de todos os aspectos relacionados com a educação e condições da vida do filho, podendo opor-se às decisões tomadas ou a tomar pelo outro progenitor.

A lei n.º61/2008, de 31 de Outubro privilegia a solução consensual para as questões resultantes da cessação da relação matrimonial.

No que concerne à problemática da designada “guarda alternada” ou “guarda partilhada”, a hipótese a equacionar, à luz da nova lei, será a da possibilidade da determinação de duas residências do menor.

Não interpretando o texto da nova lei como impeditivo da adopção de tal modelo de determinação de residência e considerando a jurisdição em causa – voluntária -, em conjugação com o interesse do menor entendemos que o tribunal poderá, excepcionalmente, optar por uma situação em que – exercidas que sejam em comum as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho e atendendo a que as relativas aos actos da vida corrente daquele já são, por determinação legal, exercidas por cada um dos progenitores – sejam determinadas duas residências ao menor.

3. Os sujeitos – Pais e Filhos – e o conteúdo das responsabilidades parentais

A relação familiar traduz-se numa tripla relação, de pai, mãe e filho¹⁵.

Existe um conteúdo de poderes – deveres, atribuídos aos progenitores, para reger a pessoa e bens do filho menor, que preenche o conteúdo desta relação.

Em concordância com a concepção personalista de Maria Clara Sottomayor, “a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito susceptível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de auto – determinação, de acordo com a sua maturidade”¹⁶.

Deste modo, uma assídua presença e apoio de ambos os pais beneficiam o desenvolvimento do menor.

No seu desenvolvimento, a criança tem necessidade de manter o contacto com ambos os pais. Neste processo, as crianças sentem a necessidade de imaginar uma relação com a forma triangular, assente no casal formado pelos pais, ao qual liga as noções de responsabilidade e solidariedade¹⁷.

Fala-se também em relação triangular a propósito da intervenção do Estado – nomeadamente através dos tribunais – na família, exercendo controlo sobre esta para assegurar o adequado exercício das responsabilidades parentais, tendo também o Estado interesse na realização do interesse do menor. Embora, os tribunais só intervenham quando as responsabilidades parentais estão a ser exercidas manifestamente contra o interesse do menor, ou intervêm para resolver diferendos entre os pais, nomeadamente quanto ao desacordo dos pais nas questões de particular importância, e mesmo aí a intervenção do tribunal deve ser de modo a atingir o acordo entre os pais ou, caso tal não seja possível, o juiz atribui uma especial relevância à vontade dos pais.

¹⁵ O Ac. TRL de 20-11-97 afirma que “A relação familiar é triangular; de pai, mãe, filho e não pai – filho e mãe – filho”.

¹⁶ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2008, págs. 17 e 18.

¹⁷ Cf. M. SALDANHA PINTO RIBEIRO, *Divórcio: Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, p.131.

Deste modo conclui-se que é fundamental para o filho crescer continuamente numa relação existente entre pai – mãe – filho e não entre duas relações: uma com o pai e outra com a mãe.

Quanto ao conteúdo, as responsabilidades parentais visam solucionar uma situação de inferioridade devido à imaturidade do menor, que se vai modificando ou extinguindo à medida que o menor vai crescendo e sendo capaz de decidir pessoalmente.

Os poderes funcionais que compõem as responsabilidades parentais revelam-se em fases de autoridade, de protecção e educativas, e não numa simples relação de autoridade¹⁸.

O próprio artigo 1878.º do CC sublinha que os pais devem exercer as responsabilidades parentais “no interesse dos filhos” e não no seu próprio interesse.

É uma norma com carácter exemplificativo, que fornece as linhas de força das responsabilidades parentais. Caso se trata-se de um elenco fechado, as situações não previstas estariam fora das responsabilidades parentais, colocando, assim, em risco o interesse do menor.

Esta norma implica não só a guarda e a vigilância sobre a vida e saúde dos menores, como também a educação, administrar os bens do menor, representá-los, ainda que nascituros e o dever de alimentos.

Porém, deve sempre ter-se em conta o desenvolvimento intelectual do filho e reconhecer-lhe autonomia na organização da sua própria vida, segundo o n.º 2 do artigo 1878.º.

Os pais devem procurar prosseguir o interesse do filho assegurando a sua integridade física, moral e emocional, bem como administrando os seus bens, o que inclui, uma protecção do menor mesmo contra ele próprio, uma vez que a capacidade de discernimento ainda não está completamente desenvolvida.

Efectivamente, os pais não podem exercer as responsabilidades parentais como bem entenderem e não prosseguir o interesse do filho, porque

¹⁸ EDUARDO SÁ, *O Poder Paternal*, in Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós – Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”, Centro de Direito da Família, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

o legislador consagra também protecção para os filhos de pais irresponsáveis, tanto a nível da pessoa do menor como do seu património¹⁹.

Desenvolvendo um pouco mais o conteúdo das responsabilidades parentais quanto ao aspecto pessoal²⁰ podemos analisar a guarda, entendida aqui *strictu sensu*, a guarda física do filho, isto é, o poder – dever de ter o filho consigo, a habitar uma residência pré – fixada, que será a grande maioria das vezes a residência familiar, ou ainda a possibilidade de determinar a sua entrega a um familiar ou a um colégio interno, em virtude de não o poderem ter na sua companhia devido a algum motivo de força maior, como por exemplo, por motivo de doença. Em conjugação com este observa-se também o poder – dever de vigilância, que se resume no dever de supervisionar o menor assegurando a sua integridade física e moral mesmo que isso implique o controlo das relações de amizade do filho, ou o controlo das comunicações postais e electrónicas²¹.

Outrossim, a obrigação de alimentos dos pais para com os filhos, que implica, segundo ROSA MARTINS, “prover às necessidades relacionadas com a alimentação, saúde, segurança e educação do filho” de modo a fomentar “o seu crescimento e desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional”.

Além das necessidades básicas os pais devem prover a todas as despesas relacionadas com o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade do filho. Este poder – dever (de manutenção, segundo ROSA MARTINS) cessa com a maioridade, a emancipação ou nos termos do artigo 1879.^{o22}.

Observe-se, ainda no âmbito pessoal das responsabilidades parentais o dever de zelar pela saúde do menor, que implica tanto cuidados diários com a higiene e alimentação, como consultas médicas, de rotina ou extraordinárias, quando necessárias, ou ainda, decidir sobre determinados tratamentos ou cirurgias (julgamos consubstanciar questões de particular importância).

¹⁹ Neste contexto, o art. 1918.^o quanto à pessoa do menor; o art.1889.^o que sujeita alguns actos à autorização judicial, mesmo que os pais sejam cumpridores e o art. 1892.^o quanto ao património do menor.

²⁰ Sugerimos neste âmbito a enumeração e a divisão seguida por ROSA MARTINS, uma vez que está mais próxima do art. 1878.^o, bem como a divisão entre plano pessoal e patrimonial.

²¹ V. ROSA MARTINS, *Menoridade (In)capacidade e Cuidado Parental*, Centro de Direito da Família 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.201

²² Cf. ROSA MARTINS, *Menoridade...*, cit., p.202 - 204

Os pais têm também o dever de zelar pela educação dos filhos, aqui tomada em sentido amplo, abrangendo a “formação moral, religiosa, cívica e política”, o desenvolvimento das suas capacidades físicas e intelectuais e a aquisição de conhecimentos profissionais, preparando-o para uma vida plena em sociedade, levando-se, porém, em contas as possibilidades dos pais e a aptidão dos menores (artigo 1885.º CC).

Existe ainda no ordenamento jurídico português, apesar de o CC ter deixado de o prever expressamente a partir da reforma de 1977, devendo enquadrar-se nos “limites de autoridade” dos pais, devendo ser exercido no interesse do menor, sem excessos e “com respeito pela saúde, segurança, formação moral, grau de maturidade e de autonomia”, o poder – dever de correcção.

O aspecto patrimonial das responsabilidades parentais traduz-se no poder – dever de administração dos bens do filho e no poder – dever de representação. O primeiro traduz-se no poder – dever dos titulares das responsabilidades parentais de administrar os bens pertencentes ao filho com o mesmo cuidado que dedicam à administração dos seus próprios bens (artigo 1897.º CC). No entanto, excluem-se do âmbito de administração pelos pais, os bens compreendidos no elenco do artigo 1888.º do CC. Quanto à representação do filho, esta constitui um meio de suprimento da incapacidade de agir do menor. Neste poder – dever de representação os pais substituem-se ao menor, porém, a lei civil impõe alguns limites (para assegurar a integridade dos bens do filho até que este atinja a maioridade), por exemplo os artigos 1888.º, 1889.º e 1892.º do C.C. impõe a autorização do poder judicial e o art. 1881.º, n.º2, que permite a nomeação de um curador especial quando haja um conflito de interesses.

Atenta a impossibilidade de enumerar todos os poderes – deveres que compõem as responsabilidades parentais, analisámos apenas os “poderes – deveres chave”.

Segundo ROSA MARTINS, tais poderes – deveres podem variar consoante cada caso concreto (pode-se referir também o poder – dever de declarar o nascimento do filho, o poder – dever de dar um nome ao filho, etc.)²³.

²³ V. ROSA MARTINS, *Menoridade...*, cit., pp. 193 e 197

Deste modo, seguimos o critério adoptado pelo CC, que refere nos arts. 1885.º a 1887.º - A as responsabilidades parentais concernentes à pessoa e nos arts. 1888.º a 1900.º as responsabilidades parentais referentes ao aspecto patrimonial.

Embora as responsabilidades parentais devam ser exercidas no interesse do menor, o artigo 1874.º CC tutela alguns interesses dos pais, havendo assim deveres mútuos de “auxílio, assistência e respeito”.

Porém, deve-se dar especial *ênfase* ao altruísmo das responsabilidades parentais e fazer prevalecer os interesses do menor, quando em confronto com os interesses dos adultos.

Em termos práticos, seguindo MARIA CLARA SOTTOMAYOR, o conteúdo deste instituto jurídico “consiste nos cuidados quotidianos a ter com a saúde, a segurança e a educação da criança, através dos quais esta se desenvolve intelectual e emocionalmente”²⁴.

4. As Responsabilidades Parentais e a Constituição da República Portuguesa

Sendo as responsabilidades parentais de uma extrema importância no ordenamento jurídico português, a CRP dedica-lhes alguns preceitos constitucionais.

Desde logo, o artigo 36.º, n.º1 da CRP no que diz respeito às responsabilidades parentais, garante não só o direito a procriar como também a estabelecer os vínculos jurídicos resultantes da maternidade/paternidade²⁵.

Uma das principais alterações do direito anterior à entrada em vigor da CRP de 1976 é a igualdade dos cônjuges, prevista no n.º3 do artigo 36.º da CRP. A consagração da igualdade dos cônjuges tem como justificação o tratamento desigual que durante a vigência da Constituição de 1933 (apesar de

²⁴ V. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4.ª ed. Revista, aumentada e actualizada (3.ª reimpressão da 4.ª ed. De 2002), Coimbra, Almedina, 2008, p. 23.

²⁵ O direito a constituir família inclui a possibilidade da sua constituição através dos vínculos da adopção (n.º 7 do artigo 36.º da CRP).

estar consagrado um princípio da igualdade) se dava à mulher em relação ao homem²⁶.

Além das consequências na relação exclusivamente conjugal, a igualdade dos cônjuges tem também implicações na relação entre mãe, pai e filho ou filhos.

Deste modo, o marido perde a supremacia dos poderes funcionais sobre o filho e passam ambos os cônjuges, na vigência do casamento, a exercer as responsabilidades parentais simultaneamente, tendo ambos os mesmos poderes – deveres (não sendo nenhum deles possuidor de mais poderes – deveres que o outro), cabendo ao tribunal decidir em caso de conflito entre os progenitores. Esta igualdade aplica-se também a pais que não são casados entre si. O legislador ordinário tem tentado equilibrar mais a igualdade entre os pais, mesmo quando estes não sejam casados.

Como sustenta o TRP²⁷, *“Hoje, homem e mulher, mãe e pai, encontram-se num estatuto de igualdade no que se refere a direitos e deveres, o que se repercute de igual modo nos direitos e deveres mais estritos que pressupõem e se concretizam no exercício do poder paternal. Não existe fundamento constitucional/legal para tratamento diferenciado (a priori) entre uns e outros no que se trata à guarda, cuidado, educação e sustento da prole, exceção feita àquele período de vida dos menores, em que existe uma necessária dependência dos filhos à mãe, por imposições filogenéticas”*²⁸.

O artigo 36.º, n.º4, da CRP consagra o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. Na primeira parte da norma constitucional é estabelecida a proibição de tal discriminação em sentido material, proibindo qualquer discriminação que lhes seja desfavorável e que não se justifique pela dissemelhança das situações, conforme o exigido pelo princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP).

Outro exemplo de discriminação infundada que a CRP de 1976 fez cessar foi a da partilha desigual da herança, que agora é dividida em partes iguais pelo filhos e não em partes diferentes conforme fossem filhos legítimos

²⁶ CF. M. DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime, 1.ª reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1994.

²⁷ Tribunal da Relação do Porto

²⁸ Assim: Ac. TRP de 05-06-2007, disponível em www.dgsi.pt, ponto 3.2.4.

ou legitimados ou ilegítimos (cf. Artigos 2139.º, n.º2 e 2140.º, n.º2, ambos da redacção originária do Código Civil).

No entanto, admite-se que um dos cônjuges tenha que dar consentimento para que o outro introduza no lar um filho nascido fora do casamento (artigo 1883.º).

Nesta situação poderia prejudicar-se o interesse do menor que poderia ser vítima do ressentimento do cônjuge que viu ser violada a fidelidade pelo outro, não sendo também exigível àquele que aceite uma criança que foi o fruto de uma violação do dever de fidelidade previsto no artigo 1672.º²⁹.

A segunda parte do preceito constitucional releva a proibição de discriminar os filhos nascidos dentro ou fora do casamento em sentido formal, isto é, a proibição de utilizar expressões que não se confinem a constatar a situação de a criança ter nascido dentro ou fora do casamento, nomeadamente designações com carga negativa, *v.g.*, a utilizada pelo legislador na redacção original do C.C. «filhos ilegítimos».

Já o artigo 36.º, n.º5, CRP, atribui aos pais o dever de educar e manter os filhos. Este artigo, por um lado atribui aos pais o poder – dever de educar o filho de acordo com o interesse deste e respeitando a sua personalidade e, por outro atribui tal poder – dever aos pais perante o Estado, podendo este auxiliá-los e não substituí-los.

Ora, o Estado não se pode substituir aos pais, e em conjugação com o artigo 43.º, n.º2 da CRP, não pode emanar “directrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológica ou religiosas”, mas pode auxiliar os pais, nomeadamente através do ensino público.

Porém, a educação que aqui se refere abrange não só o ensino como também a educação social e cultural e, no que toca à manutenção, esta implica o sustento dos filhos dentro das possibilidades económicas dos pais. A *contrario*, na perspectiva do filho, esta norma concede-lhe o direito a ser educado pelos pais. Contudo o direito consagrado no n.º 5 do artigo 36.º da CRP é susceptível de limitações em prol do interesse do menor.

O n.º 6 do artigo 36.º da CRP determina o princípio da *inseparabilidade* e é claro a afirmar: “Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando

²⁹ V. M. de FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal...*, cit., pp. 57 – 58.

estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

Esta norma constitucional implica não só um direito dos pais a não serem separados dos filhos como também um direito dos filhos a não serem separados dos pais e a serem separados quando estes não cumpram devidamente os seus deveres³⁰. A possibilidade de separação é consagrada constitucionalmente em favor do filho, pelo que, não é necessária uma violação culposa dos deveres dos pais: basta que estes coloquem o filho em perigo (objectivamente)³¹.

Nos termos do artigo 67.º CRP o Estado deve auxiliar os progenitores na sua função, mas esse auxílio “não pode nunca ser de molde a substituir os pais na sua função de educadores”. Assim, a al. c) do n.º2 do artigo 67.º CRP (conjugado com o n.º5 do artigo 36.º CRP) confere aos filhos “o direito a ser educados pelos seus pais”, mas o seu desenvolvimento integral, de acordo com o n.º1 do art. 67.º CRP, deve ser protegido mesmo quando o exercício abusivo advém da autoridade familiar.

O artigo 68.º CRP consagra o princípio da protecção da maternidade e paternidade³², garantindo aos pais, independentemente da existência ou não de uma relação de matrimónio entre si, a protecção da sociedade e do Estado no que respeita à sua acção junto dos filhos, principalmente no que concerne à educação, sem serem prejudicados profissionalmente.

Por último, o artigo 69.º CRP garante aos menores a protecção da sociedade e do Estado contra o abandono, a discriminação e a opressão e ainda contra os abusos da autoridade familiar³³ ou de instituições com vista ao seu desenvolvimento. Embora destinada a todas as crianças, esta norma constitucional visa proteger em especial as crianças mais desfavorecidas, como as situações de orfandade, abandono ou a privação de um ambiente familiar dito *normal*.

³⁰ V. ROSA MARTINS, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Centro de Direito da Família 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

³¹ Cf. JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 416

³² Cf. M. CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o interesse da Criança? Identidade Biológica versus Relação Afectiva*, in Volume Comemorativa dos 10 Anos do Curso de Pós – Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Centro de Direito da Família, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p.36.

³³ O legislador ordinário prevê sanções para o abuso no exercício das responsabilidades parentais nos artigos 1915.º e 1918.º C.C.

Os direitos consagrados nesta norma constitucional são direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, pelo que são directamente aplicáveis e vinculam entidades públicas e privadas³⁴.

Em suma, seguindo o entendimento de M. de FÁTIMA ABRANTES DUARTE, se as responsabilidades parentais são “um direito de ambos os pais, cujo papel insubstituível é reconhecido constitucionalmente, não menos importantes são os direitos dos filhos (...) a serem protegidos quer pelos pais, como naturais protectores, quer pelo Estado, que pelo controlo da autoridade paternal, deverá, sempre que for caso disso, substituir-se aos pais (que não o conseguiram ser) na procura efectiva da realização integral da criança”³⁵.

5. A Regulação das Responsabilidades parentais à luz da lei n.º61/2008, de 31 de Outubro

Antes da entrada em vigor da lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, a atribuição da guarda e o exercício das responsabilidades parentais assentava em dois pontos essenciais: *o modelo tradicional da guarda única e a posição e participação do progenitor “não guardião”, na vida do menor.*

O regime da guarda única³⁶ era, até então, o regime regra em matéria de regulação do poder paternal, actualmente designado de responsabilidades parentais, após a *desagregação familiar*.

O actual artigo 1906.º do Código Civil, estatui, no seu n.º1, que ***“as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível”***³⁷

³⁴ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Qual é o Interesse...*, cit., pp. 36 – 37.

³⁵ Cf. M. de FÁTIMA ABRANTES DUARTE, *O Poder Paternal ...*, cit., p.40.

³⁶ Por força dos (revogados) artigos 1906.º, nºs 2 e 4 e 1905.º nas redacções dadas pelas Leis n.º 84/95, de 31 de Agosto e n.º 59/99, de 30 de Junho, estatuiu-se a guarda única como regime regra, na falta de acordo dos pais.

³⁷ Este regime é igualmente aplicável na Guiné – Bissau, onde vigora o nosso Código Civil, em Moçambique, nos termos dos artigos 283.º a 336.º da Lei n.º10/2004, de 25 de Agosto e em Angola, segundo os artigos 134.º a 161.º do Código de Família, aprovado pela Lei n.º1/88.

O n.º 2 do mesmo preceito contempla a excepção ao regime regra, ou seja, não se aplica o exercício conjunto das responsabilidades parentais, quando o mesmo se revele contrário aos interesses do menor, devendo fixar-se um regime de guarda única com regime de convívio entre o menor e o progenitor que não detém a guarda.

Na anterior redacção, o artigo 1905.º, n.º2, dispunha que a guarda única era confiada a um dos progenitores de “harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º³⁸, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência”.

Nas últimas décadas, verificou-se em Portugal uma evolução social com importantes repercussões no sistema legislativo português.

Desde o Código Civil de 1967, que assistimos a diversas alterações sociais e legislativas em matéria de regulação das responsabilidades parentais.

Se em 1967 as posições e funções assumidas por cada um dos progenitores eram pré – definidas, já em 2008 as alterações introduzidas pelo legislador no nosso ordenamento jurídico, tornam crucial a evolução no âmbito das relações filiais e, mais concretamente, quanto às responsabilidades parentais, verificando-se uma maior propensão para equiparar e equilibrar as posições assumidas entre os progenitores e entre estes e os filhos em casos de ruptura de relações afectivas entre aqueles.

Esta equiparação e equilíbrio de posições assumidas entre os progenitores, não surgiram apenas com a última reforma, já em 1977 havia sido consagrada no Decreto – Lei n.º496/77, de 25 de Novembro. Quer o artigo 1901.º, quer o 1906.º do C.C., dispunham que o exercício do poder paternal era exercido por ambos os progenitores, sem qualquer distinção e que o regime

Porém, em Moçambique e Angola rejeita-se o exercício conjunto da autoridade parental, tal como foi instituído no nosso país pela nova lei (Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro).

Nestes países, vigora a regra de que não havendo coabitação dos progenitores, a autoridade parental será atribuída de forma singular a um deles por acordo de ambos ou por decisão do tribunal, podendo haver questões que os pais poderão acordar e submete-las à decisão dos dois.

³⁸ “Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal, pode o Tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º1 do artigo 1915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”

regra a adoptar em casos de divórcio, separação judicial e anulação do casamento era o regime da guarda única e exclusiva ao progenitor a quem o menor fosse confiado. Este regime regra da guarda única ou exclusiva manteve-se até 2008, data em que a Lei n.º61/2008 instituiu como regime regra, a guarda conjunta³⁹.

Um dos pontos mais controversos no âmbito da regulação das responsabilidades parentais é a atribuição da guarda física dos menores e a definição do respectivo regime. Este ponto acarreta manifestas dificuldades relativamente ao estabelecimento de uma igualdade efectiva entre os progenitores, uma vez que os Tribunais portugueses têm assumido uma manifesta preferência pela figura materna.

Efectivamente, assiste-se à necessidade de definição de novos mecanismos e soluções que promovam a responsabilização, o compromisso e a igualdade de ambos os progenitores na definição do respectivo regime de exercício das responsabilidades parentais. Este novo regime pretende, em certa medida, contornar diversas críticas que foram sendo feitas ao regime da guarda única ou exclusiva, nomeadamente ao progressivo e inevitável corte de laços afectivos entre o progenitor que não detém a guarda e a criança.

É esta ideia de desarmonia e de desproporção entre os direitos e deveres de ambos os progenitores, que origina uma das principais críticas formuladas quanto ao regime da guarda única.

Embora já se previsse a adopção de um regime de exercício conjunto⁴⁰, desde que existisse o consenso entre os progenitores, a nova lei n.º 61/2008 veio introduzir uma novidade neste âmbito, ao determinar como princípio regra, pós dissociação familiar, o exercício conjunto das responsabilidades parentais (artigo 1901., n.º1 do C.C.).

³⁹ As reformas de 1995 e de 1996, Leis n.ºs 84/95, de 31 de Agosto e 59/99, de 30 de Junho, vieram já permitir que os progenitores pudessem, por acordo, estabelecer um regime de exercício conjunto do poder paternal (artigo 1906.º, n.º1 do C.C.)

⁴⁰ MARIA CLARA SOTTOMAYOR refere a este propósito que “o exercício conjunto do poder paternal após o divórcio pode ser consagrado legislativamente em várias formas: 1) exercício conjunto mediante acordo dos pais homologado pelo Juiz; 2) exercício conjunto como uma opção judicial, independentemente do desejo dos pais; 3) exercício conjunto do poder paternal como princípio regra após divórcio, constituindo unilateral uma solução excepcional a ser decretada a pedido de um ou ambos os pais, se existirem motivos especiais que a isso conduzam” cf. *Regulação do Exercício do Poder Paternal Nos Casos De Divórcio*, 3.ª Edição, pág. 143.

Actualmente a guarda única constitui a excepção à regra, a que se recorrerá em situações especiais. Impõe-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais, excepto quando o tribunal entender que este regime é contrário aos interesses do filho. Todavia, ressaltamos desde já que a imposição deste regime se cinge tão – somente a actos de particular importância, já que quanto aos restantes, actos da vida quotidiana, ficarão a cargo do progenitor a quem tenha sido entregue o menor ou ao progenitor que com ele se encontre temporariamente, desde que, neste último caso, não se contrariem as orientações educativas mais relevantes dadas pelo outro progenitor, com quem o menor vive habitualmente.

Tem-se como assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho.

Com o aumento veloz do número de divórcios e com a assunção pelo homem/pai de um papel mais activo no seio familiar na educação e acompanhamento dos seus filhos, tem-se assistido, nos últimos anos, a um aumento igualmente exponencial das acções de regulação das responsabilidades parentais e respectivos incidentes de incumprimento dos regimes acordados ou estabelecidos judicialmente, bem como a uma maior conflituosidade entre os progenitores neste âmbito.

O exercício das responsabilidades parentais por ambos os progenitores assenta em três modelos diferenciados: O exercício conjunto com fixação da residência principal da criança com um dos progenitores (modelo introduzido pela Lei n.º61/2008, de 31/10); O exercício conjunto com residência alternada, onde os progenitores para além da responsabilidade de tomar, conjuntamente, determinadas decisões de extrema importância em relação ao seu filho, detêm igualmente o direito a permanecer com a criança alternadamente por determinados períodos de tempo, não sendo determinada uma residência habitual do menor, já que este viverá entre a residência de um e outro progenitor e, finalmente, o denominado *“Birds’ Nest Arrangement”* onde se mantém a alternatividade do modelo anterior, mas ao invés de serem os filhos a viverem de tempos em tempos em casa de cada um dos progenitores, aqui são estes que vão viver por determinados períodos de tempo na casa de

morada de família onde os menores continuaram a viver desde a separação ou divórcio dos seus progenitores.

A instituição no nosso ordenamento jurídico do regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais, na sua modalidade de exercício conjunto com fixação de residência, traz, como qualquer outro regime, as suas vantagens e desvantagens.

Uma das principais críticas feitas ao novo regime diz respeito à sua aplicação prática em casos de conflituosidade extrema entre os progenitores, bem como em casos de violência doméstica durante a convivência afectiva ou matrimonial entre ambos. A este propósito, há um *Parecer da Associação Portuguesa das Mulheres Juristas* que refutam veemente o estabelecimento, em qualquer caso (excepto nos casos de acordo entre os progenitores), de um regime de exercício conjunto.

Ancoram este seu entendimento no facto de que “a maior parte dos pais não têm capacidade de cooperação necessária para executar o exercício conjunto das responsabilidades parentais”, mas igualmente porque “se mantêm, ainda, na sociedade portuguesa, os motivos que deram origem ao estabelecimento do exercício do poder paternal exclusivamente pela mãe solteira, dada a maior proximidade afectiva e sociológica das crianças com a mãe e com a família materna”.

Acrescentam ainda, que a lei deve afirmar expressamente, no artigo 1906.º, n.º1 que o princípio do exercício conjunto das responsabilidades parentais não se aplica a famílias com histórias de violência doméstica, ou famílias em que existe uma elevada conflitualidade entre os pais e nem em casos de falta de acordo entre estes⁴¹.

De facto, nos casos supra referidos, dúvidas não se suscitam quanto à vulnerabilidade e melindre que um regime como o adoptado actualmente poderia acarretar. Todavia, não se deve excluir, *a priori*, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, sendo necessário ponderar, *in concreto*, o interesse do menor, bem como a razoabilidade de aplicação desse regime.

Sinteticamente, o interesse do menor consiste no “*estabelecimento das ideias ou das possíveis condições sociais, materiais e psicológicas da vida de*

⁴¹ CRISTINA M. ARAÚJO DIAS, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio – Lei N.º61/2008, de 31 de Outubro*, Coimbra, 2008, págs. 45 a 48.

um filho, geradas pela participação responsável, motivada e coordenada de ambos os progenitores, acção essa que garanta a inserção daquele num optimizante e gratificante núcleo de vida, claramente propiciador do seu desenvolvimento emocional, físico e cívico e da obtenção da sua “cidadania social”.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais diz respeito a questões de particular importância (à partida serão acontecimentos raros, questões existenciais graves e raras da vida da criança, obrigando ambos os progenitores a cooperar episodicamente), pelo que, não se tratando de actos da vida quotidiana do menor, entendemos não ser sustentável afastar a aplicação deste regime de forma imediata e automaticamente, sem que sejam ponderadas todas as circunstâncias do caso.

Todavia, pese embora se reconheçam algumas das críticas apontadas a este novo regime legal, autores como HUGHES FULCHIRON e OELKERS/KASTEN/OELKERS reconhecem que a determinação de um regime como este, potencia, ainda que simbolicamente, uma maior igualdade entre os progenitores, permitindo-lhes uma assunção cada vez mais notória dos respectivos papéis no âmbito da relação com a criança, que se manterá mesmo após a dissociação familiar.

Assim, nos casos de conflituosidade extrema, onde são suscitados os casos de alienação parental, poderão ser evitados, em alguns casos com a determinação de um regime que favoreça a igualização dos progenitores e respectivas responsabilidades para com o menor em causa.

Este regime não é nem pode ser considerado a solução para todas as consequências provenientes da separação dos progenitores. E, embora concordemos com MARIA CLARA SOTTOMAYOR quando afirma “a solução da guarda conjunta não diminui o sofrimento causado às crianças; nem constitui panaceia para os problemas gerados pelo divórcio; não aumenta o contacto dos pais com os filhos”, cremos que este regime pode e deve ser considerado como um instrumento relevante em muitos casos, onde a igualização, *ab initio*, das responsabilidades dos progenitores e o incentivo à colaboração entre si pode obviar a situações de futura conflituosidade, nomeadamente nas situações acima referidas, de alienação parental, onde os sentimentos de posse e obsessão são muitas vezes potenciados pela definição

de regimes que atribuem, muitas vezes, a um dos progenitores um poder exacerbado sobre aquela criança, que se acaba por reflectir negativamente na relação com o outro progenitor.

Uma outra alteração relevante introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31/10 é a audição do menor como regra, nos casos em que os progenitores tenham recorrido ao Tribunal para determinar o exercício conjunto quanto a questões de particular importância. Nestes casos haverá por parte do tribunal uma tentativa de conciliação (é preferível uma decisão conjunta dos progenitores do que uma solução imposta a estes, ou pelo menos, a um deles, pelo Juiz) e caso esta falhe, o tribunal decidirá a questão, ouvindo o menor antes da decisão, independentemente da sua idade⁴². Esta solução é conforme à ideia do menor como titular de direitos e como pessoa que se vai desenvolvendo e autonomizando⁴³. Neste sentido, é bastante benéfica a alteração quanto à audição do menor, por dar relevância à opinião deste, por respeitar assim a sua personalidade.

Outra das alterações prende-se com a legitimidade dos progenitores para a prática de actos relacionados com a vida do menor. A propósito dos artigos 1901.º e 1902.º do C.P.C. e uma vez que as responsabilidades parentais não se resumem às relações internas, havendo por vezes que interagir com terceiros, a doutrina costuma referir três modelos passíveis de serem adoptados:

- a) Atribuir legitimidade a cada um dos progenitores para praticar qualquer acto sozinho;
- b) Permitir a actuação de um dos pais se o terceiro (qualquer pessoa de carácter público ou privado, que não é titular das responsabilidades parentais), que intervém no acto desconhecer a oposição do outro progenitor;
- c) E, finalmente, a exigência por parte do terceiro interveniente do consentimento de ambos os pais quando se esteja perante uma acto de particular importância.

⁴² No regime anterior era exigido que o menor tivesse, pelo menos, 14 anos.

⁴³ Como explica ROSA MARTINS “À medida que o filho cresce, a sua personalidade vai-se formando e, por conseguinte, manifestando, tanto nas coisas mais banais como nas coisas mais importantes”.

Embora a redacção do artigo 1902.º do C.P.C. tenha sofrido alterações, esta última solução mantém-se até aos dias de hoje no ordenamento jurídico português⁴⁴.

Trata-se de uma concepção das responsabilidades parentais “diárquica, igualitária, unisexo, indiferenciada ou plenamente bilateral”⁴⁵. As opiniões divergem quanto à posição adoptada pelo nosso ordenamento. A propósito, MOITINHO DE ALMEIDA defende que esta solução acarreta “gastos de tempo e dinheiro desnecessários”⁴⁶.

Mas, para MARIA CLARA SOTTOMAYOR, esta incerteza e gastos de tempo e dinheiro são males menores quando equiparados aos que podem advir para o menor da segunda solução apontada, ou seja, quando se permite a actuação de um dos pais se o terceiro interveniente no acto, desconhecer a oposição do outro progenitor. Para a Autora essa solução pode levar a actos e consequência irreversíveis, pondo em causa o interesse do menor. Além disso, em casos duvidosos, a incerteza pode ser suavizada se o terceiro exigir a intervenção de ambos os progenitores.

Assim, segundo o artigo 1902.º do C.P.C. quando apenas um dos progenitores pratique um acto relativamente ao menor a lei presume o acordo entre os pais, excepto se a própria lei exigir expressamente o consentimento de ambos ou quando se trate de um acto de particular importância. Esta foi a solução adoptada pelo legislador para fazer face à impossibilidade de os pais, devido às suas vidas, nomeadamente profissionais, estarem continuamente a acordar ou discordar quanto a todos os actos da vida do filho⁴⁷. Pense-se também na sobrecarga dos tribunais, se os pais recorressem a estes devido a actos de vida corrente, isto aliado ao facto de que estas questões não oferecerem riscos relevantes na vida do menor⁴⁸.

⁴⁴ Posição adoptada pelo nosso legislador desde 1977.

⁴⁵ PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código Civil* Anotado, Vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pág.389.

⁴⁶ Este Autor entende que a solução que permite a cada um dos pais a prática de quaisquer actos, desde que o terceiro que intervém no acto não conheça a oposição do outro progenitor.

⁴⁷ Cf. PIRES DE LIMA / ANTUNES VARELA, *Código ...*, cit. Pág.393)

⁴⁸ JOSÉ LEITE GARCIA, *O Instituto do poder paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da viabilidade prática do “exercício conjunto”*, Coimbra, 2008.

No entanto, tal não significa que o acto de particular importância tenha sempre que ser praticado conjuntamente, de forma material, por ambos os progenitores, pois basta que haja consentimento de ambos.

ANTUNES VARELA entende que o acordo dos pais pode ser manifestado expressamente, ou por um deles com o consentimento tácito do outro (no caso de ambos estarem presencialmente perante o terceiro) ou, no caso de apenas um deles estar presente, o terceiro terá de se assegurar desse acordo, nomeadamente indagando expressamente o declarante sobre o consentimento do outro progenitor⁴⁹. Quanto às declarações do progenitor interveniente no acto, também CASTRO MENDES considera que são suficientes, desde que não haja qualquer suspeição⁵⁰.

Quanto a esta questão de presunção, também em França, o artigo 372 – 2 do Código Civil consagra uma presunção de acordo dos pais quanto a actos usuais, com vista a facilitar o dia – a – dia da vida familiar⁵¹.

Em Espanha, o artigo 156 do Código Civil espanhol consagra uma presunção de que um dos pais actua com o consentimento do outro no *exercício ordinário da patria potestad*⁵².

Em Itália, há Autores que defendem que o prévio acordo de ambos os pais só é necessário para as questões de particular importância⁵³. Quanto aos actos de vida corrente, estes podem ser praticados por apenas um dos progenitores quando o progenitor que pratica o acto possa supor que, se consultasse o outro, este concordaria, podendo, assim, o terceiro bastar-se com a autorização de apenas um dos pais, salvo se houver um potencial desacordo entre eles⁵⁴.

De regresso ao nosso direito, o consentimento quanto a questões de particular importância não está sujeito a requisitos de forma, pelo que pode ser

⁴⁹ ANTUNES VARELA, *Alterações Legislativas do Direito ao Nome*, RLJ, ano 114.º e 117.º, pp. 162 – 163.

⁵⁰ CASTRO MENDES, *Direito da Família*, Lições do Prof. João de Castro Mendes ao curso jurídico de 1978 – 1979 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.

⁵¹ JEAN CARBONNIER, *Droit Civil, La Famille, l'enfant, le couple*, 20.ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1999.

⁵² MANUEL ALBALADEJO, *Compendio de Derecho Civil*, 12.ª Ed., Madrid, Edisofer, 2004, p.605.

⁵³ Uma vez que o terceiro parágrafo do artigo 316 do *codice civile* prevê a possibilidade de se recorrer ao juiz apenas nas questões de particular importância.

⁵⁴ PAOLO VERCELLONE, *Principio di Parità Tra Coniugi e Potestà dei Genitori*, in *Tratado di Diritto di Famiglia*, diretto da PAOLO ZATTI, Vol. II, Filiazione, a cura di GIORGIO COLLURA/LEONARDO LENTI/MANUELA MANTOVANI, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, pp. 1058 – 1060.

verbal, excepto se a lei ou o terceiro imponha a forma escrita. A imposição de forma escrita poderá trazer algumas vantagens: maior certeza e facilidade de prova.

Em suma, a lei presume (trata-se de uma presunção ilidível mediante prova em contrário, nos termos do artigo 350.º, n.º2 do C.C., embora quando o terceiro esteja de boa – fé o acto não possa ser impugnado, ou seja, para poder anular o acto, o progenitor discordante terá que provar que manifestou previamente o seu desacordo e também a má – fé do terceiro) o acordo dos pais apenas em relação a actos da vida corrente do filho, não havendo tal presunção quando se trate de um acto de particular importância ou a própria lei exija expressamente o consentimento de ambos.

6. O exercício das responsabilidades parentais

6.1. Na constância do matrimónio:

Durante o casamento dos pais, o exercício das responsabilidades parentais é exercido por ambos, de comum acordo (art. 1901.º, n.º1 e 2 C.C.)⁵⁵.

Da aplicação do princípio da igualdade, deriva que não poderá, em qualquer circunstância, admitir-se supremacia de qualquer um dos progenitores sobre o outro, na orientação da vida dos filhos menores; daí que quando não haja acordo quanto a questões de particular importância, qualquer um deles pode recorrer ao tribunal, que tentará uma conciliação (art. 1901.º, n.º2).

A direcção conjunta dos pais tanto pode dizer respeito a um problema preciso como a um conjunto de questões mais amplo, atinentes a qualquer aspecto do exercício das responsabilidades parentais.

A impossibilidade de acordo em “questões de particular importância”, legitima qualquer um dos progenitores a dirigir-se ao tribunal para conseguir uma decisão que ponha termo ao desacordo. Mesmo esta actuação judicial deve procurar, em primeiro lugar, conciliar os pais desavindos, na tentativa de

⁵⁵ Esta linha de orientação é hoje largamente aplicada no direito europeu. Quer nos países da Europa de Leste como nos da Europa Ocidental, a solução é a de atribuir o exercício das responsabilidades parentais a ambos os progenitores, em condições de plena igualdade, estabelecendo-se o comum acordo como forma normal desse exercício. Todavia, algumas legislações concedem ainda ao pai alguns poderes de decisão, em detrimento da vontade da mãe.

fazer renascer o comum acordo que é, sem dúvida, o processo preferido pela lei, de actuação dos pais.

A intervenção judicial reveste um carácter excepcional e isto por uma dupla ordem de razões: primeiro, porque se limita à resolução de conflitos nas questões de particular importância; em segundo lugar porque deve, antes de decidir, tentar conciliar os pais e fazê-los *buscar* eles próprios a solução.

A actuação do tribunal apresenta a característica de garantir a efectiva prossecução dos interesses do menor, uma vez que o processo próprio para regular aquela diferença de opiniões é de jurisdição voluntária, conforme dispõe o artigo 150.º da OTM.

A intervenção judicial limita-se, como já se fez referência, às «questões de particular importância» da vida do menor, confiando-se no bom senso e prudente arbítrio dos pais quanto às restantes, que se devem decidir na intimidade familiar.

Deseja-se que a intervenção judicial assuma fundamentalmente um papel orientador, evitando uma excessiva ingerência no domínio da vontade dos pais. O comum acordo dos pais é exigido em todos os aspectos da vida do menor, como já tivemos ocasião de referir, mas acordo não significa co-actuação simultânea de ambos os progenitores, em todos os aspectos do exercício das responsabilidades parentais. Essa exigência tornaria impraticável um normal desempenho da autoridade dos pais, pela completa impossibilidade da comparência de ambos os progenitores em todo e qualquer aspecto da vida do seu filho.

A regra constante do artigo 1902.º, n.º1 do CC determina que cada um dos pais pode agir, por si só (uma vez que se presume o acordo do outro), excepto quando a lei exija a intervenção simultânea de ambos ou se trate de acto de «particular importância».

Assim podemos considerar que actos como pedidos de bilhete de identidade, de passaporte⁵⁶, de certidões ou de diplomas, inscrições em estabelecimentos de ensino (públicos ou privados) ou ainda em associações desportivas (desde que a actividade escolhida não comporte perigo para o menor), são actos que podem ser praticados por apenas um dos progenitores.

⁵⁶ A utilização do passaporte já não deve ser considerado um acto da vida corrente, uma vez que a autorização para um menor se ausentar para o estrangeiro deve ser assinada por ambos os progenitores e não só por um, uma vez que a ambos incumbe velar pela segurança do filho.

Também os cuidados médicos, de rotina ou obrigatórios, podem ser demandados apenas por um só dos progenitores; mas já não qualquer tratamento médico ou intervenção cirúrgica de alguma gravidade⁵⁷.

O artigo 1902.º, n.º1 do CC visa facilitar, de modo considerável, o exercício das responsabilidades parentais, na medida em que a maior parte dos actos serão considerados juridicamente válidos, mesmo que efectuados por um único dos progenitores. Visa igualmente conferir aos terceiros a segurança que lhes é indispensável para a prática dos actos que lhes são solicitados apenas por um dos pais, pela inoponibilidade da falta de acordo entre eles e, por conseguinte pela inatacabilidade do acto jurídico praticado.

6.2. Em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens

“O exercício conjunto das responsabilidades parentais é imposto apenas quanto às questões de particular importância, deixando-se a decisão exclusiva dos actos da vida corrente para o progenitor com quem o filho se encontra.

As questões de particular importância serão sempre acontecimentos ou questões existenciais graves e raras na vida da criança, pelo que os progenitores apenas terão que cooperar episodicamente e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, o chamarão à responsabilidade de pais e à contenção necessária para essas ocasiões.”⁵⁸

Nos casos em que se opera uma modificação do casamento dos pais, ou porque se extinga (por divórcio ou declaração de nulidade ou anulação) ou porque haja separação (de direito ou só de facto), o destino dos filhos menores é devidamente acautelado, pela regulação do exercício das responsabilidades parentais que, nestes casos, se torna imperativa.

Nos termos do artigo 1906.º do C.C. as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são

⁵⁷ A doutrina francesa considera como acto usual, uma intervenção cirúrgica que apresente poucos riscos. Porém, é duvidoso que possamos encarar uma operação mesmo com poucos riscos, como um acto de normal importância, uma vez que sempre comporta um mínimo de risco.

⁵⁸ GUILHERME DE OLIVEIRA, *A Nova Lei do Divórcio*, Revista Lex Familiae, Ano 7, n.º13, 2010, Coimbra Editora.

exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

Porém, quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

Já o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, que não deverá, ao exercer as suas responsabilidades parentais, contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

O tribunal determinará a residência do menor e os direitos de visita de acordo com o interesse daquele, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, nomeadamente o acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.

Ao progenitor não guardião assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

Em suma, o tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.

7. O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais

“À supremacia de interesse da criança e à sua natureza de conceito indeterminado a ser preenchido pelo Juiz, corresponde, no plano processual, o princípio de que o processo de regulação é um processo de

jurisdição voluntária o que significa que não há, nele, um conflito de interesses a compor, mas só um interesse a regular, embora possa haver um conflito de opiniões ou representações acerca do mesmo interesse⁵⁹.

O crescimento de crises no seio familiar, como sejam a separação judicial de pessoas e bens, o divórcio, ou a separação de facto tem suscitado inúmeros problemas na gestão das relações familiares, nomeadamente na relação entre pais e filhos.

Na verdade, com o crescente número de casos de *dissociação familiar*⁶⁰ que chegam aos nossos tribunais, carecidos de intervenção ao nível da regulação das responsabilidades parentais, têm-se atribuído à acção da regulação das responsabilidades parentais o papel principal, no que diz respeito aos efeitos a regular pós extinção da relação matrimonial ou afectiva entre os pais.

A questão essencial prende-se com a ideia de comunhão, de exercício conjunto dos poderes – deveres, consagrados nos artigos 1788.º, 1885º a 1888.º do Código Civil e que integram tradicionalmente o poder paternal: as responsabilidades pessoais – respeito, guarda, segurança, educação, correcção e saúde -, as responsabilidades patrimoniais – alimentos e administração de bens – e a responsabilidade de representação.

É a cumulação destes poderes – deveres com a ideia de comunhão da sua irrenunciabilidade que apreende toda a essência das acções de regulação das responsabilidades parentais.

Se os progenitores já não se encontram ligados afectivamente, por razões que devem ser tanto quanto possível alheias a todo o relacionamento paterno – filial, surge, por conseguinte, uma necessidade urgente de salvaguardar, proteger e, em casos extremos de desacordo e desavenças entre progenitores, regular judicialmente aquelas relações entre progenitores e filhos. A este propósito, MARIA CLARA SOTTOMAYOR refere que “o legislador procurar regular com especial cuidado a questão das consequências do

⁵⁹ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, revista, aumentada e actualizada, Almedina, 2011, 5.ª edição, pág. 26.

⁶⁰ Estes casos de dissociação familiar respeitam não só aos casos de divórcio e separação de pessoas e bens, mas igualmente à separação de facto e declaração de nulidade e anulação do casamento, tendo todos estes casos em comum o facto de os pais não se encontrarem de acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais. Ressalvamos que estes casos que carecem de regulação das responsabilidades parentais abrangem igualmente os casos de adoptados, cujos adoptantes detenham o poder paternal.

divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens em relação aos filhos, vinculando o julgador à protecção destes últimos”.

O processo judicial de regulação de regulação das responsabilidades parentais, previsto nos artigos 174.º a 185.º da OTM, tem como finalidade a definição de um regime pós dissociação da família, de modo a regular o exercício dos poderes funcionais activos atribuídos legalmente aos progenitores, tendo em conta, em primeiro lugar o interesse do menor.

Pretende-se, por conseguinte, regular a guarda dos filhos, o direito de convívio⁶¹ e a obrigação de alimentos.

A questão da definição da atribuição da guarda do menor é uma questão prévia à própria regulação das responsabilidades parentais. Tal entendimento surge, não só do próprio artigo 1906.º do C.C., mas do próprio *espírito* de todo o processo de regulação das responsabilidades parentais, que tal como a expressão indica, pretende regular, estabelecer um regime adequado ao exercício dos, já mencionados, poderes – deveres pelos progenitores relativamente aos filhos menores.

Na verdade, é a partir da resolução desta questão prévia que será possível definir e fixar todo um conjunto de obrigações e deveres parentais, atento o interesse o menor, que poderá ser mais amplo ou mais restrito, consoante o modelo de guarda (guarda única, guarda conjunta e guarda alternada) adoptado *in concreto*.

Deste modo, resolvida a questão prévia da atribuição da guarda do menor em questão, o tribunal deverá ficar ou procurar fixar um regime equilibrado e adequado, considerando, num primeiro plano, o interesse do menor, mas sem nunca olvidar as funções e sentimentos dos próprios progenitores que devem continuar a poder privar e participar activamente na vida dos seus filhos, apesar da separação do casal.

O artigo 1905.º do C.C. e os artigos 177.º e 180.º da OTM traduzem integralmente esta necessidade de atender ao critério superior do interesse do

⁶¹ A designação mais correcta é a designação de *direito de convívio*, em vez da expressão comumente aceite “direito de visita”. De facto, o que se pretende não é uma mera visita do progenitor não residente ao filho, mas sim um continuar de uma comunhão afectiva entre ambos, um estreitar de laços, enfim um convívio entre ambos.

menor para fundamentar a decisão sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais⁶².

A real noção do critério *superior interesse do menor*, tem sido alvo de controvérsia e diversos ordenamentos jurídicos.

No nosso país, o princípio do superior interesse da criança encontra-se bem perceptível, nomeadamente, no instituto da adopção, na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em perigo e em todo o processo de regulação das responsabilidades parentais regulado da OTM.

O superior interesse da criança surge como elemento fundamental na regulação das responsabilidades parentais, adquirindo uma maior ênfase no que respeita á determinação e atribuição da guarda dos menores.

É, por conseguinte, um critério, que embora revista a forma de conceito indeterminado, eleva o menor a um ser com direitos e interesses próprios, procurando afastar-se a ideia de subjugação de dependência aos interesses dos próprios pais e, conseqüentemente, de todo o tipo de conflitos latentes que possam surgir entre os progenitores.

O interesse do menor, embora se consubstancie numa dificuldade prática acrescida, resultante da indeterminação, já referida, do critério, absorve ou deve absorver toda as orientações plasmadas no Código Civil quanto ao conteúdo do poder paternal, nomeadamente os artigos 1878.º (segurança, saúde, sustento e autonomia do menor), 1885.º, n.º1 (desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos) e 1878º, n.º2 (opinião dos filhos).

Quanto à tramitação processual propriamente dita, a regulação do exercício das responsabilidades parentais deve realizar-se quando estejam verificados os seguintes pressupostos:

- a) Existam filhos menores, e
- b) Os progenitores estejam divorciados, separados judicialmente de pessoas e bens ou tenha sido declarado nulo ou anulado o casamento (artigos 1905.º e 1906.º, ambos do Código Civil); ou

⁶² Neste sentido, entre outros, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, ANTÓNIO FARINHA e MARIA DE FÁTIMA ABRANTES DUARTE, cf., respectivamente, *Regulação ... ob. cit.*, pág. 15; *Organização Tutelar de Menores: contributo para uma visão interdisciplinar do direito dos menores e da família*, 2.ª Edição actualizada em legislação e jurisprudência, Coimbra, Almedina, 1992, págs. 326 e 327; e *O poder paternal: contributo para o estudo do seu actual regime*, reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1994, pág. 172.

- c) Os progenitores casados estejam separados de facto ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida (artigos 1905.º e 1906.º *ex vi* do artigo 1909.º, todos do Código Civil); ou
- d) Os progenitores unidos de facto estejam separados ou não tenham entre eles qualquer comunhão de vida (artigos 1905.º e 1906.º *ex vi* artigo 1911.º, n.º2, todos do Código Civil); ou
- e) Os progenitores não tenham qualquer convivência marital (artigos 1905.º e 1906.º *ex vi* artigo 1912.º, n.º1 do Código Civil).

A regulação do exercício das responsabilidades parentais pode ser requerida em processo que vise apenas a homologação de acordo extrajudicial sobre o exercício daquelas responsabilidades (artigo 174.º, n.º1 da Organização Tutelar de Menores) em que são requerentes ambos os progenitores e devendo ser instruído com o acordo de regulação das responsabilidades parentais subscrito por ambos ou por mandatário com poderes especiais, com a certidão de assento de nascimento da criança a que disse respeito.

Não existindo razões para proferir despacho de indeferimento liminar, é o processo remetido ao Ministério Público com vista a pronunciar-se sobre o acordo apresentado, podendo emitir parecer no qual se pronuncie pela homologação, pela recusa de homologação ou ainda promovendo que os requerentes sejam convidados a aperfeiçoar ou alterar o conteúdo do acordo quando entenda que alguma das questões não acautela o interesse da criança ou do jovem.

Posteriormente, caso o Juiz entenda que o acordo acautela o superior interesse da criança ou do jovem, homologa o acordo de regulação das responsabilidades parentais, condenando os requerentes no cumprimento do mesmo e nas custas respectivas, ordenando ainda a comunicação oficiosa ao registo civil.

O processo inicia-se com a apresentação do requerimento inicial no tribunal competente (artigos 146.º, alínea d), 149.º e 155.º, todos da OTM) incluindo o pedido genérico de regulação das responsabilidades parentais e como causa de pedir a filiação, a situação que justifica essa regulação, a existência de desacordo parental quanto a essa regulação, sendo indicados

como requeridos os progenitores da criança (se a iniciativa pertencer ao Ministério Público) ou o outro progenitor (se a iniciativa couber a um dos pais).

O Ministério Público tem legitimidade activa para instaurar a acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais em representação dos interesses da criança (artigos 3.º, n.º1, alínea a), e 5.º, n.º1, alínea b).

Processado o requerimento, é o mesmo concluso ao Juiz para proferir despacho designando dia para a conferência de pais, caso seja entendido que o tribunal é competente e não exista outro fundamento para indeferimento liminar (artigo 175.º da OTM).

Os progenitores são citados (ou notificados) para a conferência de pais, podendo o Juiz determinar a comparência da criança, avós ou outros parentes, mediante requerimento ou ao abrigo da iniciativa processual permitida pela natureza de jurisdição voluntária do processo (artigo 175.º, n.º1 da OTM).

Nos casos em que a criança esteja ao cuidado de terceiros, deve essa circunstância ser expressamente mencionada no requerimento inicial, requerendo-se igualmente a convocatória dessas pessoas para a conferência.

Os progenitores podem fazer representar-se no caso de estarem impossibilitados de comparecer ou residirem fora do círculo judicial a que pertence o tribunal, outorgando poderes especiais para intervir no acto não só a mandatário judicial mas também a ascendentes ou irmãos (artigo 175.º, n.º2 da OTM).

A conferência de pais visa obter o acordo entre os progenitores quanto ao exercício das responsabilidades parentais⁶³, sendo certo que são os pais, em regra, que estão em melhores condições para definirem e acautelarem o interesse do filho.

O Juiz assume um papel predominante na conferência, nomeadamente quanto ao esclarecimento dos progenitores sobre a natureza do processo, dos interesses em causa, sentido e finalidade da intervenção judicial, bem como a obtenção de consenso sobre o exercício das responsabilidades parentais e que corresponda e salvaguarde os interesses da criança.

⁶³ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º61/2008, de 31 de Outubro, o acordo dos pais incide apenas quanto à fixação da residência do filho (com qual dos progenitores ficará a residir), o montante dos alimentos a cargo do outro progenitor e a forma de os prestar e o regime do convívio/visitas (relações ou contactos pessoais entre o progenitor não residente e o filho menor), já que lhes é vedado estabelecer ou atribuir por acordo apenas a um deles as responsabilidades parentais.

O superior interesse da criança e a igualdade entre os progenitores são princípios fundamentais a observar no que respeita à regulação das responsabilidades parentais.

Tratando se processos de jurisdição voluntária, nestas providências tutelares cíveis, existe uma diferente modelação prática de certos princípios ou regras processuais cuja distinção tende a basear-se nos critérios de decisão do tribunal e no maior relevo atribuído ao princípio do inquisitório e em que existe um interesse fundamental tutelado pelo direito (o interesse superior da criança) acerca do qual podem formar-se posições divergentes que ao Juiz cumpre regular nos termos mais convenientes.

Assim, o julgamento realizado pelo Juiz não está vinculado à observância rigorosa do direito aplicável ao caso em concreto na medida em que tem liberdade de se subtrair a esse enquadramento rígido e rigoroso e de proferir a decisão que lhe pareça mais equitativa e conforme com o superior interesse da criança.

Na data que estiver designada a conferência de pais, se ambos não comparecerem, estando citados pessoalmente, são condenados em multa, caso não justifiquem a falta no prazo de dez dias⁶⁴ e a conferência é adiada, por uma só vez, por falta dos pais ou dos seus representantes (artigo 177.º, n.º3 da OTM).

No caso de apenas não comparecer um dos progenitores, estando citado pessoalmente, o Juiz condena o progenitor faltoso em multa caso não justifique a falta em dez dias. Nesta situação a conferência é adiada (dependendo do critério do Juiz) ou é ouvido o progenitor presente, exarando-se na acta da conferência de pais e as suas declarações (artigo 177.º, n.º2 da OTM).

Obtidas as declarações, o Juiz determina a realização de inquérito⁶⁵ e de outras diligências necessárias, decidindo em seguida, não sem primeiro ouvir o Ministério Público.

⁶⁴ Artigos 175.º, n.º2 da OTM, 153.º, n.º1 do C.P.C. e 27.º do Regulamento das Custas Processuais.

⁶⁵ O inquérito referido incide sobre a situação social, moral e económica dos progenitores (artigo 178.º, n.º3 da OTM) sendo conveniente a menção de que o seu objecto visa estabelecer critérios para o exercício das responsabilidades parentais em toda a sua extensão (residência da criança ou jovem, exercício das responsabilidades parentais, relações pessoais com o progenitor não residente e obrigação de alimentos a cargo deste); havendo acordo nalgumas

Se pelo contrário, tudo correr dentro da *normalidade*, os progenitores comparecerem na conferência ou se fizerem representar, o Juiz tenta obter o acordo quanto às questões em discussão. Se o obtém, é o mesmo consignado na acta da conferência de pais, é ouvido o Ministério Público sobre aquele e, caso se considere que o mesmo acautela o superior interesse da criança ou jovem, é proferida sentença de homologação.

Se não for possível obter de imediato esse acordo, admitindo-se que existem fortes possibilidades de o obter, o Juiz pode suspender a conferência estabelecendo, ou não, um regime provisório (artigos 157.º e 177.º, n.º4 da OTM).

*O regime provisório configura uma solução que pode favorecer a obtenção de acordo entre os progenitores, quanto à regulação das responsabilidades parentais, bem como ajuizar da utilidade e adequação do regime a estabelecer e a sua exequibilidade.*⁶⁶

Em qualquer altura do processo, e ainda que não seja suspensa a conferência de pais, o Juiz pode estabelecer um regime provisório⁶⁷ quando dispuser de elementos para o efeito e o mesmo acautelar os interesses da criança.

O regime provisório adequa-se também às situações em que os pais manifestam acordo sobre algumas questões, mas estão em desacordo quanto a outras, aproveitando o Juiz o consenso dos progenitores para fixar o regime provisório nas questões sobre os quais estão de acordo (artigo 1906.º do C.C.) e decidindo quanto às outras questões em que não exista acordo.

Nos casos em que não exista acordo e não se aplique o regime provisório, ou seja, nem se afigura que o mesmo seja obtido posteriormente, é ordenada a notificação dos progenitores para, no prazo de quinze dias, apresentarem as suas alegações (artigo 178.º, n.º1 da OTM).

questões deverá ser igualmente mencionada essa circunstância no sentido de delimitar as diligências relativas ao inquérito.

⁶⁶ Tomé d'Almeida Ramião, *Organização Tutelar de Menores, Anotada*, 9.ª Edição, pág.107.

⁶⁷ Os processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais podem correr em férias, assumindo carácter de processo urgente, se isso for entendido pelo Juiz e ponderada a circunstância da demora vir a causar prejuízo aos interesses do menor (artigo 160.º da OTM). Sabe-se, que por diversas circunstâncias, nem todas imputáveis à própria actividade do tribunal, alguns processos de regulação das responsabilidades parentais demoram muito tempo e, por isso, é evidente que os interesses do menor fiquem necessariamente prejudicados, uma vez que a sua situação jurídico – processual não é definida.

Com as alegações, cada um dos progenitores deve oferecer as suas testemunhas⁶⁸, juntar documentos e requerer as diligências necessárias onde sustentem a sua posição na causa (artigo 178.º, n.º2 da OTM.)

Findo o prazo para alegações, os serviços da segurança social⁶⁹ elaborará um inquérito sobre a situação social, moral e económica dos progenitores (artigo 178.º, n.º3 da OTM).

Para a fundamentação das decisões, o Juiz tem o poder de solicitar as informações e a realização de inquérito, com as finalidades previstas na lei, sendo as entidades públicas e privadas obrigadas a colaborar com os tribunais e prestando todas as informações de que disponham e lhes forem solicitadas (artigo 519.º do C.P.C.).

A realização de inquérito verifica-se sempre que seja indispensável, nomeadamente se forem insuficientes as informações que tenham sido solicitadas junto de outras entidades públicas e privadas (n.º 3 do artigo 519.º do C.P.C.).

Sempre que o tribunal entender necessário, podem ser realizados exames médicos e psicológicos. Porém, deve evitar-se a excessiva submissão do menor a estes exames, aproveitando para o efeito, relatórios e exames já existentes (artigo 147.º - B, n.º3 da OTM).

Nesta conformidade, pode ainda o Juiz nomear ou requisitar assessores técnicos, a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres. Estes devem prestar toda a sua colaboração junto do tribunal (artigo 147.º - C, nºs 1 e 2 da OTM).

Durante todo o processo, o juiz deve providenciar pela observância do princípio do contraditório⁷⁰, acautelando que as partes sejam notificadas da junção das informações, exames e pareceres constantes do processo, com vista a que aqueles possam pedir esclarecimentos, juntar outros elementos ou requerer a solicitação de informações que considerem necessárias.

Atendendo à especial natureza destes processos, o juiz deve indeferir, por despacho irrecorrível, todos os requerimentos que se mostrarem inúteis, de

⁶⁸ Os progenitores podem indicar três testemunhas por cada facto e oito na totalidade.

⁶⁹ Compete aos Centros Distritais do Instituto da Segurança Social I.P. a realização dos inquéritos e a assessoria técnica no âmbito dos processos tutelares cíveis (artigo 3.º, alínea p), do Decreto – Lei n.º214/2007, de 29 de Maio e Portaria n.º628/2007, de 30 de Maio).

⁷⁰ Artigo 147.º - E da OTM.

realização impossível ou com intuito manifestamente dilatatório (artigo 147.º - E, n.º2 da OTM).

A falta de alegações ou de apresentação de testemunhas por parte dos progenitores, determina a não realização da audiência de julgamento. O juiz determinará as diligências que entender necessárias, dando vista ao Ministério Público para parecer final e profere-se sentença (artigo 179.º, n.º1 da OTM).

Pelo contrário, se os pressupostos referidos anteriormente estiverem reunidos, haverá audiência de discussão e julgamento, perante juiz singular, admitindo-se apenas adiamento por uma só vez, por falta das partes, seus advogados ou testemunhas (conjugação dos artigos 179.º, n.º2, 152.º e 158.º, n.º 2 todos da OTM).

Na audiência de julgamento e tendo em conta que nesta altura, o processo estará munido de elementos probatórios que poderão alterar as posições iniciais dos progenitores, o juiz tentará obter a conciliação das partes, procederá ao seu interrogatório e serão prestados os depoimentos e declarações em julgamento.

Terminada a produção de prova, são produzidas alegações orais pelo Ministério Público e pelos advogados constituídos, podendo cada um deles usar da palavra por uma só vez e por tempo não excedente a meia hora (artigo 158.º, n.º1, alínea d) da OTM).

Encerrada a discussão, o juiz profere despacho no qual constará quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas e especificando os fundamentos decisivos para a convicção do julgador (artigo 653.º, n.º2 do C.C. *ex vi* artigos 304.º, n.º5, 1409.º, n.º1 do mesmo código e 150.º da OTM).

Este despacho é facultado para exame ao Ministério Público e a cada um dos advogados constituídos, pelo tempo que se revelar necessário para uma apreciação ponderada, atendendo à complexidade da causa. Realizada a apreciação, qualquer um deles pode reclamar contra a deficiência, obscuridade ou contradição da decisão ou contra a falta da sua motivação, pronunciando-se o juiz, de imediato, sobre essas reclamações.

Não havendo reclamações, o juiz profere sentença no prazo de quinze dias (artigo 1409.º, n.º3 do C.P.C *ex vi* artigo 150.º da OTM).

A sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais tem a estrutura formal de uma sentença cível⁷¹, com as devidas adaptações, tendo em conta a natureza de jurisdição voluntária destes processos e o objectivo que visa definir.

Portanto, a sentença é composta por:

- a) O relatório (exposição historiada mas concisa dos termos da providência);
- b) O saneamento do processo;
- c) As questões a resolver;
- d) A fundamentação de facto (enumeração dos factos provados);
- e) A fundamentação de direito; e
- f) O dispositivo (ou seja, a definição da residência da criança, do exercício das responsabilidades parentais, a determinação dos contactos pessoais com o progenitor não residente e a fixação da obrigação de alimentos a cargo deste⁷²).

Em suma, a sentença que fixa o exercício das responsabilidades parentais deve determinar a residência do menor com um dos progenitores, terceira pessoa ou estabelecimento de educação e assistência, o regime de convívio com o progenitor não residente, excepto se o interesse daquele o desaconselhe e, por último, a determinação da obrigação de alimentos a cargo do progenitor não residente (artigos 180.º da OTM e 1905.º a 1907.º, n.º3, 1911.º, 1912.º e 1918.º, todos do C.C.).

8. O incumprimento do exercício das responsabilidades parentais

No âmbito dos regimes de regulação das responsabilidades parentais acordados entre os progenitores ou decididos pelo Tribunal, consubstanciam-

⁷¹ Artigos 180.º da OTM e 653.º, n.º3, 659.º e 660.º, todos do C.P.C.

⁷² A propósito da fixação de alimentos a cargo do progenitor não residente, quando se desconheça a sua situação económica, a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores ainda não formularam uma posição unânime.

Considerando que devem ser fixados alimentos mesmo quando o paradeiro e condições económicas do progenitor sejam desconhecidas, foi proferido (entre outros) o [AC. STJ. De 15/05/2012](#).

Em sentido contrário, o [AC. RL de 06/12/2011](#) (relator Tomé Ramião), considerando que o artigo 2004.º do C.C. exige a demonstração das possibilidades do obrigado e, por isso, não permite a fixação de alimentos a cargo deste quando se desconheça a sua situação económica.

se diversos casos de incumprimento. É notório o aumento significativo de processos relativamente a incumprimentos.

Nesta conformidade, cremos ser evidente a incapacidade prática das instituições judiciais para conseguirem impor o regime acordado ou estabelecido, através dos vários meios coercivos que a lei coloca à sua disposição, o que acaba por deixar protelar situações de afastamentos injustificados de progenitores relativamente aos seus filhos.

Atento o interesse do menor, não sendo cumprido o regime estabelecido relativamente à regulação das responsabilidades parentais, exige-se apurar, o quanto antes, o ou os motivos de tal comportamento por parte do progenitor que está em falta e providenciar pela implementação das medidas necessárias a solucionar a situação em causa.

De facto, alegações de doenças súbitas, de recusas do menor em ir com o progenitor não guardião, ou até mesmo eventuais deslocações ditas inadiáveis para fora do local de residência do menor e do progenitor guardião, são apenas alguns dos exemplos que podem e, na grande maioria dos casos, fundamentam incumprimentos do direito de convívio e, em paralelo, incumprimentos da obrigação de alimentos pelo progenitor preterido ou afastado do convívio com o seu filho.

Ademais, cumpre-nos igualmente referir que, se até à entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31/10 os casos de incumprimento definitivo da prestação alimentícia eram solucionados através do recurso à acção executiva, nomeadamente pelo desconto no vencimento ou penhora de outros rendimentos do progenitor/incumpridor, actualmente, por força do disposto no artigo 189.º da OTM, o incumprimento da prestação alimentícia do menor constitui crime, *ex vi*, artigo 250.º do Código Penal.

Nos termos do artigo 181.⁰⁷³ da OTM, face ao incumprimento por parte de um dos progenitores do regime estabelecido, poderá o outro progenitor deduzir o respectivo incidente de incumprimento, requerendo, por conseguinte, que o tribunal tome as devidas providências para o cumprimento coercivo do que houvera sido acordado ou decidido.

⁷³ Este artigo estabelece a possibilidade de o tribunal condenar o progenitor incumpridor/requerido, não só no pagamento de uma multa até €249,90, mas também no pagamento de uma indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos.

Relativamente a estas medidas coercivas, é comum fazer-se intervir entidades policiais, procurando-se, muitas vezes, que estes agentes façam uma espécie de intermediação entre os progenitores na recolha e entrega do menor.

Porém, cremos que esta nem sempre é a solução mais adequada. De facto, esta medida não só acarreta uma carga negativa e potencialmente traumática associada à solução de intervenção de entidades policiais nestas situações, mas também que se pode revelar infrutífera, nos casos em que o progenitor, pura e simplesmente, se ausenta com o menor nos dias pré determinados para os convívios com o outro progenitor.

O tribunal poderá recorrer às diligências que julgue necessárias e, para além da sanção prevista no artigo 181.º, n.º 1 da OTM, entendemos que, consubstanciando o regime de visitas, um conjunto de obrigações de facto (positivo e negativo), infungíveis, poderá o julgador recorrer à instituição da sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829.º - A do Código Civil.

Neste sentido, HELENA GOMES DE MELO, JOÃO VASCONCELOS RAPOSO, LUÍS BAPTISTA CARVALHO, MANUEL DO CARMO BARGALHO, ANA TERESA LEAL e FELICIDADE D'OLIVEIRA, defendem a possibilidade de aplicação da instituição da sanção pecuniária compulsória, afirmando que “estando-se no âmbito de jurisdição voluntária, seja por via de decisão acordada, seja por via de decisão judicial, desde que aplicada com vista a promover e garantir a execução do regime de visitas e dissuadir o incumprimento, é lícita a sua inclusão no regime”⁷⁴.

Finalmente, a condenação do incumpridor como litigante de má fé constitui outro dos expedientes ao alcance do julgador para os casos de incumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais.

De facto, é frequente a alegação de factos artificialmente construídos de forma a criar uma justificação plausível para o incumprimento do regime estabelecido. De entre essas justificações, são comuns as alegações de falta de condições para receber o menor, incapacidade psíquica para cuidar e estar com este, a repulsa do menor em relação aos contactos com o outro progenitor e, em casos extremos, mas cada vez mais frequentes, as alegações de falsos abusos sexuais.

⁷⁴ Cfr. *Poder Paternal e responsabilidades parentais*, Quid Juris, 2009, pág. 121.

Tratam-se, na sua grande maioria, de casos em que um dos progenitores intenta instrumentalizar o menor contra o outro progenitor, procurando apenas prejudicá-lo, alegando motivos sem qualquer fundamento, protelando e dificultando a decisão do tribunal.

Neste contexto, facilmente se compreende a importância de, em casos extremos como os referidos, se recorrer à figura da litigância de má fé para sancionar o comportamento pouco cordial e mesmo desonesto do progenitor, que apenas tem como objectivo obstaculizar e afastar, paulatinamente, o menor do outro progenitor.

Todavia, com a nova lei, veio o legislador introduzir algumas novidades neste âmbito, prevendo, nomeadamente, a criminalização deste tipo de situações.

Atento aos inúmeros e sucessivos casos de desobediência aos regimes estabelecidos de regulação das responsabilidades parentais pós dissociação familiar, entendeu o legislador ser urgente “diminuir a ligeireza com que se desprezam as decisões dos tribunais e se alteram os hábitos e expectativas dos filhos, nesta matéria”, incumbindo, portanto, ao “Estado, através dos vários meios ao seu alcance, assegurar a defesa dos direitos das crianças, parte habitualmente silenciosa neste tipo de diferendos entre adultos, sempre que estes não cumpram o que ficar estipulado”. Assim, inseriu-se uma nova alínea no artigo 249.º, n.º1 do CP, passando a consagrar-se no âmbito do crime de subtracção de menores as situações de incumprimentos repetidos e injustificados do regime de regulação de responsabilidades parentais (al. c)) do artigo supra referido).

Note-se que, de entre os elementos constitutivos deste tipo de crime, abrange-se não só os casos de recusa de entrega do menor ao progenitor não guardião/residente para que possam cumprir os regimes de convívio/visita em causa, mas também os casos de atrasos e mesmo as situações em que o progenitor guardião/residente dificulta significativamente a sua entrega ou acolhimento ao outro progenitor.

Desta forma, tanto se incluem aqui as situações mais frequentes, em que o progenitor guardião/residente afasta ou obstaculiza clara e injustificada o convívio entre o progenitor não residente e o menor, como os casos em que é este último progenitor a não cumprir, igualmente injustificadamente, com os

deveres/obrigações que assumiu aquando do estabelecimento do regime vigente, quanto àquele menor, nomeadamente não estando presente nos dias e horas previstos para estar com o seu filho. Porém, compreende-se que os casos de doença ou motivos profissionais consubstanciem justificação plausível para o incumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais estipulado.

O legislador pretendeu assegurar a manutenção das relações entre os progenitores e o menor de forma a salvaguardar o convívio normal e regular entre a criança e, principalmente, o progenitor não residente, procurando que este participe de forma activa e presente no desenvolvimento físico e psíquico do seu filho.

Ressalvamos mais uma vez, que embora adopte uma noção ampla de incumprimento, este dispositivo legal só poderá ser accionado em situações de incumprimentos injustificados e sucessivos, devendo haver algum cuidado e minúcia redobrada, na apreciação destes casos, atendendo à moldura penal em causa: pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias. Este deve ser um dispositivo que deverá funcionar em casos extremos, em *ultima ratio*, dispondo o julgador de outros mecanismos, a que fizemos menção anteriormente, incumbindo-se ao Ministério Público a responsabilidade de apurar se de facto existem indícios suficientes para promover a respectiva acção penal, atentas as circunstâncias em causa. Ou seja, cabe ao Ministério Público uma maior ponderação e minúcia na apreciação de certos elementos constitutivos do tipo de crime, como os elementos “modo repetido e injustificado”, bem como “ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega e acolhimento”. É necessária alguma cautela na apreciação, atendendo aos interesses e matérias em causa.

9. Vicissitudes do exercício das responsabilidades parentais: Inibição e Limitação

Em determinados casos, a imposição de condutas e de deveres aos pais é suficiente para assegurar a prossecução casuística do interesse do menor.

Porém, existem determinadas circunstâncias em que a intervenção judicial apresenta um carácter mais radical, privando os progenitores do

exercício da sua autoridade: estamos perante os casos de inibição, regulados nos artigos 1913.º e 1915.º do C.C.

Assumindo um carácter de garantia para os filhos (e não de sanção para os pais), os fundamentos de inibição tanto podem reconduzir-se a factores de ordem objectiva (artigo 1913.º⁷⁵) como de ordem puramente subjectiva (artigo 1915.º⁷⁶). Isto é, a lei distingue entre inibição de pleno direito e inibição judicial, consoante se trate de inibição resultante de situações expressamente fixadas na lei ou decorrente de situações não concretamente definidas e a apreciar a final pelo tribunal.

Mas, tanto num caso como no outro, o verdadeiro motivo da privação do exercício da autoridade dos pais é o incumprimento dos deveres fundamentais para com os filhos. Não se atribui uma valoração relevante à culpa, mas realça-se a situação de efectiva incompatibilidade entre um normal desenvolvimento do filho e o exercício do poder paternal pelos seus pais.

São pressupostos da inibição a violação culposa dos deveres parentais para com os filhos e a gravidade do prejuízo que para estes resulte dessa violação e, ainda, a falta de condições do progenitor ou progenitores em cumprirem aqueles deveres.

Determinar o que é um grave prejuízo é uma questão delicada e muitas vezes sujeita a subjectivismos. Mas é essencialmente nessa determinação que se estabelecerá a diferença entre o estatuído no artigo 1915.º do C.C. e o artigo 1918.º do mesmo diploma legal.

⁷⁵ “1. Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício das responsabilidades parentais:

- a) Os condenados definitivamente por crime a que a lei atribua esse efeito;
- b) Os interditos e os inabilitados por anomalia psíquica;
- c) Os ausentes, desde a nomeação do curador provisório.

2. Consideram-se de pleno direito inibidos de representar o filho e administrar os seus bens os menores não emancipados e os interditos e inabilitados não referidos na alínea b) do número anterior.

3. As decisões judiciais que importem inibição do exercício das responsabilidades parentais são comunicadas, logo que transitarem em julgado, ao tribunal competente, a fim de serem tomadas as providências que no caso couberem.”

⁷⁶ “1. A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexistência, enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

2. A inibição poder ser total ou limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns.

3. Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se ao que nascerem depois de decretada.”

Tanto nos casos previstos no artigo 1913.^o como nos casos previstos no artigo 1915.^o, apenas um dos progenitores pode vir a ser inibido (artigo 1915.^o, n.º2, 2ª parte). Nesta situação, competirá ao outro progenitor a plenitude do exercício do poder paternal ou verá acrescido o exercício do poder paternal na parte correspondente à inibição (parcial) do outro. Porém, se ambos se encontrarem inibidos quanto à pessoa do filho, haverá lugar à tutela, nos termos do artigo 1921.^o, n.º1 alínea b) do C.C.

A incompatibilidade entre um normal desenvolvimento do filho e o exercício do poder paternal pelos seus pais poderá surgir de circunstâncias que afectam os pais, independentemente da sua actuação para com os filhos.

Estas circunstâncias implicam, que a esses progenitores seja, desde logo, vedado o exercício das responsabilidades parentais, sem necessidade de verificação das relações existentes com os filhos.

Tal acontece em relação aos condenados definitivamente por crimes a que a lei atribua esse efeito (artigo 1913.^o, n.º1 alínea a)), aos interditos e inabilitados por anomalia psíquica (artigo 1913.^o, n.º1 alínea b)), aos ausentes, desde a nomeação do curador provisório (artigo 1913.^o, n.º1 alínea c)), aos menores não emancipados (artigo 1913.^o, n.º2) e aos interditos e inabilitados por outra causa que não a anomalia psíquica (artigo 1913.^o, n.º2).

A cessação das causas que conduziram à inibição, determinam automaticamente o seu fim (artigo 1914.^o⁷⁷).

Se na inibição de pleno direito (*“ope legis”*), as relações entre pais e filhos são valoradas através de circunstâncias que afectam os pais, na chamada inibição *“ope juris”*, uma vez que nesta é ao grave prejuízo sofrido pelos filhos devido à actuação dos pais, que se atende.

O n.º1 do artigo 1915.^o estabelece uma cláusula geral em que, a par de comportamentos voluntários e culposos⁷⁸ se estatuem casos de incumprimento involuntário (inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões).

⁷⁷ O artigo supra referido refere-se apenas ao levantamento da interdição ou inabilitação e ao termos da curadoria. É evidente que é desnecessário referir-se ao termo da menoridade, já não seria supérfluo referir-se ao decurso de condenação, uma vez que o prazo máximo fixado pelo artigo 218.^o do Código Penal pode, nalguns casos ser inferior à pena fixada, ressurgindo o exercício das responsabilidades parentais ainda durante o cumprimento da sanção penal.

⁷⁸ A anterior redacção deste preceito remetia para o artigo 105.^o da OTM, onde se estabeleciam os seguintes fundamentos:

a) Incumprimento habitual dos deveres de educação e defesa com grave prejuízo de ordem moral ou material para os filhos;

A dupla valoração do comportamento dos pais e da gravidade do prejuízo sofrido pelos filhos implica que a inibição possa respeitar unicamente a um só dos progenitores ou só a algum ou alguns dos filhos⁷⁹ (artigo 1915.º, n.º2), abrangendo apenas as áreas afectadas (administração de bens e representação).

Ainda pelo mesmo motivo, a cessação das causas que lhe deram origem não determina o seu termo automático, devendo atender-se a determinados prazos de “garantia” e de “segurança”⁸⁰ antes do seu levantamento (artigo 1916.º, n.º1 e 2).

As limitações ao exercício das responsabilidades parentais podem respeitar à pessoa do menor (artigo 1918.º do C.C.) ou ao seu património (artigo 1920.º do C.C.).

O exercício das responsabilidades parentais é um poder funcional e, por isso, um poder vinculado e controlado.

Como já referido anteriormente, quando um progenitor ou ambos, culposamente ou não, se encontram em situação de não poderem exercer cabalmente as responsabilidades relativamente aos filhos menores, a lei estabelece providências destinadas à salvaguarda do interesse do menor, inibindo ou limitando o exercício das responsabilidades parentais.

Quanto ao impedimento de um dos pais para exercer as responsabilidades parentais, dispõe o artigo 1903.º do C.C. que: *“Quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência,*

-
- b) Incapacidade moral, física ou económica dos pais para cumprirem aqueles deveres, causadores de grave perigo moral dos filhos;
 - c) Maus tratos físicos, privação de alimentos e sobrecarga excessiva de trabalho, infligidos aos menores;
 - d) Incitamento ao crime e à corrupção;
 - e) Parte imoral notório de algum dos progenitores ou do cônjuge de algum deles;
 - f) Condenação dos pais em qualquer pena, como autores, cúmplices ou encobridores de crimes cometidos contra menores;
 - g) Convívio imposto pelos pais dos menores com pessoas em relação às quais se verifiquem as circunstâncias das alíneas c) a e);
 - h) Manifesta inaptidão dos pais para a administração dos bens dos filhos;

O Código Civil Francês (artigo 378.º - 1.º) segue ainda sistema semelhante, enunciando vários fundamentos de inibição, ao contrário do artigo 330.º do Código Civil Italiano que estabelece, como fundamento, o incumprimento genérico dos deveres fundamentais para com os filhos.

⁷⁹ Entende-se, por uma questão de precaução, que se estende a todos os que nasceram após ter sido decretada a inabilitação (artigo 1915.º, n.º3).

⁸⁰ Os prazos de pedidos de levantamento variam consoante o requerente. Se o requerente for o Ministério Público, o levantamento pode ser pedido a todo o tempo, se forem os pais, poderá ser pedido um ano após o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento.

incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor ou, no impedimento deste, a alguém da família de qualquer deles, desde que haja um acordo prévio e com validação do tribunal.”

No nosso entender, as expressões ausência e incapacidade referidas no citado preceito legal têm um sentido vulgar e não técnico – jurídico.

Ausência significa todo o paradeiro em lugar remoto ou desconhecido.

Incapacidade deve entender-se como qualquer facto que impossibilite um dos pais, ou ambos, de exercerem as responsabilidades parentais.

No que tange à expressão «outro impedimento decretado pelo tribunal», entendemos que a mesma se reporta às situações plasmadas no n.º1 do artigo 1913.º do C.C., que constituem casos de inibição de pleno direito do exercício das responsabilidades parentais.

No âmbito desta matéria uma dúvida que pode colocar-se é a de saber se a inibição de pleno direito, decorrente dos factos expressamente indicados na lei (artigo 1913.º C.C.), terá de ser objecto de uma decisão judicial concreta que a declare.

Ou seja, se um progenitor, no âmbito da competente acção cível, é declarado interdito por anomalia psíquica, a inibição do exercício das responsabilidades parentais deve logo ser declarada por esse mesmo tribunal e no âmbito do mesmo processo ou deve sê-lo em processo próprio a instaurar no tribunal com competência em matéria de família?

Na nossa opinião, resulta da redacção do n.º3 do artigo 1913.º do C.C. que a inibição das responsabilidades parentais deve ser decretada por tribunal com competência da área de jurisdição de família⁸¹.

⁸¹ A este propósito veja-se o Ac. RL, 2001.01.18, Salazar Casanova, proc.º n.º 6182, in www.dgsi.pt/jtrl, com o seguinte sumário: “ I – A instauração de acção de inibição do exercício do poder paternal, ainda que basicamente fundamentada no facto de a recorrente/mãe dos menores ter praticado homicídio premeditado em filho recém – nascido, precisamente porque implica uma apreciação jurisdicional, situa-se nos antípodas da inibição de pelo direito a que alude o artigo 1913º/1, alínea a) do CC.

II – A inconstitucionalidade deste preceito, face ao disposto no artigo 30.º/4 da Constituição da República, segundo o qual nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos, só se poderia suscitar se o tribunal decretasse automaticamente a inibição do exercício do poder paternal dada a condenação em processo-crime do progenitor por crime a que a lei atribuísse esse efeito.

III – O artigo 1915.º do C.C. abrange, na sua previsão, os casos de condenação dos pais em qualquer pena, como autores, cúmplices ou encobridores de crimes cometidos contra os filhos, situação que estava expressamente contemplada no artigo 105.º, alínea f) da OTM aprovada pelo Decreto – Lei n.º 44287, de 20 de Abril de 1962.

Em suma, importa definir em que situações se deve instaurar uma providência de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou providência nos termos dos artigos 1913.º, 1915.º ou 1918.º do C.C.

A utilização do processo tutelar, seja qual for a providência instaurada, está sempre condicionada à finalidade da defesa do interesse do menor.

Assim, quando existam dúvidas, defendemos que a regra deve ser a da instauração de acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Com efeito, nos termos dos artigos 147.º - A a 147.º - D e 177.º, n.º2 a 180.º da OTM, o juiz pode ordenar a realização das diligências que se mostrem necessárias à defesa do interesse da criança, tais como exames pedopsiquiátricos, relatórios sociais, audição do menor, etc.

Em face dos factos apurados e de acordo com o interesse da criança, o juiz pode decidir-se pela limitação do exercício das responsabilidades parentais relativamente a ambos ou apenas a um dos progenitores – cf. Artigo 180.º da OTM e artigos 1906, n.ºs 2, 5 e 7, 1907.º e 1908.º do C.C.

A acção de inibição das responsabilidades parentais, porque mais estigmatizante e traumatizante, quer para o progenitor em causa, quer para o menor, deve ser, em nosso entender, a excepção.

Contudo casos como os a seguir descritos, não deixam dúvidas de que a opção será a acção de inibição do exercício das responsabilidades parentais:

- Sempre que a paternidade da criança se encontra estabelecida apenas quanto a um dos progenitores e este não demonstra capacidade para o exercício dessas responsabilidades;
- Quando um dos progenitores faleceu ou se encontra ausente em parte incerta e o outro não tem capacidade para exercer as responsabilidades parentais relativas ao filho;
- Quando o menor tiver sido vítima de um crime de natureza sexual, por parte de um ou de ambos os progenitores ou de terceiro com a convivência de um deles ou de ambos;

IV – Mas este artigo 1915.º, para além das situações em que a inibição do poder paternal se justifica pela violação culposa dos deveres dos pais para com os filhos, abarca situações objectivas das quais resulte não estarem os pais em condições de cumprir os deveres que o próprio poder paternal impõem o que se compreende, pois estamos num domínio em que as medidas devem ser encaradas primacialmente em função do interesse dos filhos.”

- Nos casos enumerados nos nºs 1 e 2, do artigo 1913.º do C.C;
- Quando seja necessária a entrega de menor a estabelecimento de educação ou assistência;

Quanto ao último caso enunciado, é de salientar que com as alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31/10, desapareceu da redacção do artigo 1907.º do CC a menção a “*estabelecimento de educação ou assistência*”, mantendo-se tal menção apenas no artigo 1918.º do CC, preceito com a epígrafe Inibição e limitações das responsabilidades parentais.

Nesta conformidade, não pode deixar de entender-se que o legislador quis subtrair ao processo tutelar de regulação do exercício das responsabilidades parentais a possibilidade de entrega do menor a estabelecimento de educação ou assistência, impondo, para o efeito, a instauração de acção de limitação ou inibição de tais responsabilidades.

HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, *in A Criança e a Família – Uma Questão de Direito (s) – pág. 283, Coimbra Editora*, defendem que nos casos de menor gravidade em que haja a necessidade de limitar o exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente quando já foi aplicada ao menor, no âmbito do processo de promoção e protecção e por via de acordo, medida de apoio junto de outro familiar, a tramitação familiar a seguir deverá ser o modelo da regulação do exercício das responsabilidades parentais, privilegiando-se o consenso e, conseqüentemente, promover-se desde logo a realização de uma conferência antes da citação para contestar a acção, procurando-se desta forma que o processo possa findar com um acordo, homologado judicialmente.

Concordamos com o entendimento dos autores da obra supra referida e ainda no que diz respeito às situações mais graves (entrega do menor a terceira pessoa e/ou proibição de contactos de um ou de ambos os progenitores), aderimos incondicionalmente ao entendimento de que nestas situações a tramitação processual a seguir deverá ser a indicada nos artigos 195.º a 197.º da OTM.

10. Exclusão do exercício conjunto das responsabilidades parentais

No regime anterior, antes das alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, o tribunal não podia impor o exercício conjunto das responsabilidades parentais, desde que um dos progenitores se opusesse a tal.

Ora, não havendo acordo, o exercício das responsabilidades parentais cabia ao progenitor que detinha a guarda do filho.

O actual regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais no que respeita às questões de particular importância da vida dos menores, veio amenizar as desigualdades, por vezes bastante profundas, existentes entre os progenitores quanto à forma de exercerem essas responsabilidades, permitindo que o progenitor com quem o filho não reside habitualmente possa ter um papel activo na sua educação e desenvolvimento físico e psicológico.

No entanto, ao incentivar a manutenção de relações regulares e estreitas do menor com ambos os progenitores, o legislador fê-lo de forma cautelosa, criando uma norma que permite afastar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, sempre que o superior interesse da criança aconselhe que esse exercício seja apenas atribuído a um dos progenitores (artigo 1906.º, n.º2 C.C.⁸²).

Atendendo às razões subjacentes às alterações constantes da Lei n.º 61/2008, de 31/10 poderá entende-se que a recusa de um dos progenitores em exercer conjuntamente as responsabilidades parentais no que respeita às questões de particular importância da vida do filho constitui fundamento para afastar esse exercício?

Ora, o legislador quis combater as desigualdades que muitas vezes se verificavam no anterior regime, em que o progenitor que cuidava habitualmente do filho e exercia o poder paternal tomava todas as decisões relativas à vida da criança sem consultar ou informar o outro progenitor, sentindo-se este totalmente excluído da educação e crescimento do filho, contribuindo esta atitude, muitas das vezes, para o afastamento desse progenitor e,

⁸² “Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores”.

consequentemente, para o sofrimento da criança que se sente indesejada e abandonada.

Assim, entendemos que não pode relevar o afastamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais referentes às questões de particular importância para a vida do menor o comportamento do progenitor que, apenas por uma questão de comodidade ou egoísmo, devido a meras divergências de personalidade e de relacionamento com o outro, declara não querer exercer conjuntamente essas responsabilidades.

Ainda pelas razões que acabámos de apontar, entendemos que também na basta um qualquer grau de conflito entre os progenitores para afastar o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Só situações de forte litigiosidade deverão ser atendidas, pois só estas são passíveis de interferir no desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem que muitas vezes se vê confrontado com a necessidade de tomar partido a favor de um dos progenitores ou se sente culpado, julgando ser ele próprio o motivo das discussões entre eles.

Nesta medida, o papel dos tribunais é fundamental, contribuindo para o equilíbrio do exercício daquelas responsabilidades, sem esquecer que as alterações introduzidas pela Lei n.º61/2008 se pretendem exequíveis e não meramente ideais.

A título meramente exemplificativo apontamos como algumas causas que podem constituir impedimento para o exercício conjunto das responsabilidades parentais, as a seguir indicadas:

a) A prática de actos de violência doméstica:

A violência doméstica é hoje em dia um flagelo social, cada vez mais recorrente na nossa sociedade e nem todas as campanhas para a combater têm surtido o efeito pretendido.

O número de vítimas, na grande maioria mulheres, tem vindo a aumentar e a existência de filhos menores na relação torna a situação ainda mais complicada pois, dificilmente, a violência exercida sobre a mãe não afecta também os filhos.

Mesmo que as agressões físicas não sejam dirigidas aos menores, a sua existência relativamente à mãe irá necessariamente ter repercussões trágicas na vida daqueles, afectando-os psicologicamente.

Se não é razoável, nem justo, obrigar a vítima de violência doméstica a conviver estreitamente com o agressor, nomeadamente porque pode existir o perigo de voltar a ser agredida, a imposição de tal convívio é certamente contrária ao interesse dos filhos menores.

Deste modo, consoante as situações, mormente a sua gravidade e reflexos na vida dos menores, a violência do progenitor não guardião contra o outro, pode determinar o afastamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Nas situações em que a violência é dirigida contra o próprio menor, não temos qualquer dúvida de que o exercício conjunto das responsabilidades parentais deve ser afastado, tendo esta situação repercussões directas e necessárias no regime de visitas a estabelecer, designadamente impondo que as visitas se efectuem na presença de terceira pessoa.

b) O menor ter sido concebido em consequência de um crime de violação:

Não parece ser razoável obrigar a mãe do menor a ter contactos com o progenitor do filho, se este é fruto de um acto criminoso, punido por lei, a menos que aquele declare ser essa a sua vontade.

Também nestas situações, atendendo à sua delicadeza e à grande possibilidade de a vida da criança poder ser por elas afectada, o interesse do menor passará certamente pelo afastamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

c) Afastamento geográfico do progenitor com quem o menor não reside, aliado ao facto de os contactos entre ambos serem raros e espaçados no tempo:

Fixar um regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais não é viável pois, na maioria das vezes, a distância territorial constitui um factor de dificuldade de comunicação – perde-se tempo e espontaneidade – com maior probabilidade de surgirem conflitos, obrigando por isso o progenitor com quem o menor reside a reunir esforços acrescidos para educar e cuidar do filho.

Com efeito, a tomada de decisões conjuntas quanto a questões de particular importância na vida do filho pressupõe que haja entre os progenitores

alguma proximidade não só geográfica mas também afectiva e que o progenitor não guardião tenha uma convivência regular com o menor.

A falta desta convivência regular, porque o progenitor não guardião nela não investiu ou deixou de o fazer voluntariamente ou por razões de ordem profissional que se prolongam no tempo, constitui um obstáculo ao exercício conjunto de tais responsabilidades parentais, não só pelos motivos atrás referidos, mas também porque, muitas das vezes, acarretam “stress” para o progenitor que reside habitualmente com o menor, que se sente injustiçado por ter de discutir certos assuntos e obter o consenso do outro progenitor quando, a maior parte da vida do filho, deste cuidou sozinho e, não raras vezes, sem qualquer ajuda económica.

Entende-se que nas situações acima descritas o tribunal deve afastar o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância da vida do menor, mas fixar a obrigação para o progenitor guardião de informar o outro das decisões que tomar referentes àquelas questões, tais como as relativas à escolha do estabelecimento de ensino, aproveitamento escolar e situações graves de saúde do filho.

d) Ausência de um dos progenitores em parte incerta:

Como facilmente se compreenderá, estas são situações em que se deve afastar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, sob pena de o progenitor com quem o menor reside ver inviabilizada a possibilidade de exercer os poderes/deveres inerentes a tais responsabilidades, determinando a paralisia da vida do menor.

Algumas das situações supra – referidas podem ocorrer depois de já se encontrar fixado, por acordo ou decisão judicial, o regime de regulação das responsabilidades parentais,

O seu aparecimento constitui uma alteração das circunstâncias que presidiram à fixação do regime inicial, pelo que são susceptíveis de constituírem fundamento para um pedido de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais⁸³, nomeadamente no que concerne ao exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância da vida do menor.

⁸³ Art. 182.º, da OTM.

No mesmo sentido, se as razões que determinaram o afastamento do exercício conjunto das responsabilidades parentais deixarem de existir, nomeadamente quando deixar de se verificar o afastamento territorial do progenitor não guardião ou vier a ser conhecido o seu paradeiro, no caso de ausência em parte incerta, pode, com tais fundamentos, ser requerida a respectiva alteração do regime fixado.

Estes últimos factos podem também constituir fundamento para alterar o exercício das responsabilidades parentais não só quanto ao exercício relativo às questões de particular importância da vida do menor, mas também quanto ao regime das visitas.

Porém, alterar o regime de exercício único das responsabilidades parentais quanto a questões de particular importância da vida da criança para um regime de exercício conjunto dessas mesmas responsabilidades e estabelecer um regime de visitas regulares, relativamente a um progenitor que o menor, pode nem sequer conhecer em consequência de um afastamento prolongado, deve ser alvo de uma particular ponderação.

De facto, há que ter em conta diversos factores, entre os quais, os hábitos de vida do menor, o período de tempo em que o progenitor se manteve afastado do mesmo e, conseqüentemente, qual o tipo de relação afectiva entre ambos.

Entendemos que, sendo ténue essa relação, deverá o tribunal começar por fixar um regime progressivo quanto às visitas e, vindo a verificar-se uma aproximação entre o progenitor que esteve afastado e o menor, avançar então para o exercício conjunto das responsabilidades parentais, conforme estatuído no n.º1 do artigo 1906.º do C.C.

11. CONCLUSÕES

Ao longo da história da humanidade, sempre foi atribuído ao instituto da família um papel essencialmente protector, sendo universalmente aceite que os familiares são verdadeiros “protectores naturais”.

Contudo, o conceito actual de família não é o mesmo que existia no século passado. A noção de família moderna centra-se, contudo, no núcleo familiar de pai, mãe, irmãos e, eventualmente, outros familiares que vivam com aquele agregado familiar base.

Assim, facilmente se compreende que, quando há uma ruptura da relação conjugal (nomeadamente, separação de facto, separação de pessoas e bens e divórcio) as bases da instituição familiar sejam afectadas, causando, em regra, sofrimento, frustração, conflituosidade e, nos casos em que existem crianças no núcleo familiar debelado, sejam elas as principais vítimas.

Citado por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, **NICOLAS – MAGUIN** refere a este propósito, que *“a guarda converte-se após o divórcio, num elemento essencial: absorve a principal função parental e investe o seu titular numa superioridade real, jurídica e de facto”*⁸⁴.

Efectivamente, na maioria dos antigos processos de regulação do exercício do poder paternal, atribuía-se *ab initio*, a guarda dos menores a um único progenitor. Ora, tal procedimento estabelecia um corte agonizante e, na maioria dos casos irreversível do menor com o progenitor não guardião.

É precisamente esta sensação ou sentimento de superioridade por parte de um dos progenitores, que coloca o outro numa situação de fraqueza e de desequilíbrio em relação ao progenitor guardião.

A tão polémica introdução do regime regra da guarda conjunta (art. 1906.º do CC) pela Lei n.º 61/2008 veio dirimir algumas “injustiças”.

Esta solução (a introdução do regime regra da guarda conjunta) representa uma assunção clara de que, mesmo após a separação, ambos os progenitores se encontram numa situação de igualdade, isto é, de que são igualmente responsáveis pela educação e cuidado daquele menor.

Embora tenham surgido diversas críticas a este regime, há autores que defendem que, através do estabelecimento do regime do exercício conjunto

⁸⁴ Cf. MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício...*, *ob. cit.* p.199

das responsabilidades parentais, haverá uma diminuição dos níveis de conflituosidade entre os progenitores, havendo ao invés, uma maior cooperação entre ambos.

Face ao exposto, conclui-se que as alterações efectuadas pela Lei n.º 61/2008, de 31/10 foram extremamente importantes para um melhor cumprimento do interesse do menor, um conceito até hoje indeterminado, inerente a todo o regime das responsabilidades parentais, uma vez que tanto a lei o procura atingir, como as decisões dos pais e dos tribunais, o devem ter como meta.

Com a alteração da designação de “poder paternal” para “responsabilidades parentais”, veio autonomizar-se a importância sociológica das responsabilidades parentais dos progenitores quanto à vida da criança e a importância daquela na efectivação de tais deveres.

O exercício conjunto quanto a questões de particular importância como regime regra, mostra-se o mais adequado. E, embora não seja o ideal, da sua imposição legal podem resultar *bons frutos*, principalmente porque o legislador foi coerente e, procurando sempre um maior envolvimento entre os progenitores, reduziu o seu contacto ao mínimo.

Urge aproximar ambos os progenitores com o objectivo de servir o “superior interesse da criança” e não afastá-los através de processos litigiosos, em que cada um usa as “armas” que tem ao seu dispor, a seu bel-prazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Doutrina

ALBALADEJO, Manuel, *Compendio de Derecho Civil*, 12.^a ed., Madrid, Edisofer, 2004;

ALMEIDA, Moitinho de, *Efeitos da Filiação, in Reforma do Código Civil*, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981;

BOLIEIRO, Helena / GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito (s): visão prática dos principais institutos do direito da família e das crianças e jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, La Famille, l'enfant, le couple*, 20.^a ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1999;

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de, *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, 1.^a ed., Coimbra Editora, 2011;

DIAS, Cristina, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio (L 61/2008, de 31 de Outubro)*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009;

DUARTE, M. de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, 1.^a reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1994;

GARCIA, José Leite, *O Instituto do Poder Paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da viabilidade prática do “exercício conjunto”*, Coimbra, 2008;

GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, 2.^a ed., Lisboa, Quid Juris, 2009;

GONÇALVES, Luiz da Cunha, *Tratado de Direito Civil, em comentário ao Código Civil Português*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 1933;

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

MARTINS, Rosa, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Centro de Direito da Família 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

MELO, Helena Gomes de / RAPOSO, João Vasconcelos / CARVALHO, Luís Baptista / BARGALHO, Manuel do Carmo / LEAL, Ana Teresa / D'OLIVEIRA, Felicidade, *O Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, 2009;

MENDES, Castro, *Direito da Família*, Lições do Prof. João de Castro Mendes ao curso jurídico de 1978 – 1979 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, polic.;

MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

OLIVEIRA, Guilherme de, *A Nova Lei do Divórcio*, Revista Lex Familiae, Ano 7, n.º13, 2010, Coimbra Editora;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2008;

RAMIÃO, Tomé d' Almeida, *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada – jurisprudência e legislação conexa*, 7.^a Edição actualizada e aumentada, Lisboa, Quid Juris – Sociedade Editora, 2008;

RIBEIRO, M. Saldanha Pinto, *Divórcio: Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar*, Lisboa, Pé de Serra, 1999;

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*, 1.ª ed., Coimbra Editora, 2011;
SÁ, Eduardo, *O Poder Paternal*, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós – Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Centro de Direito da Família, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

SOTTOMAYOR, M. Clara, *Qual o Interesse da Criança? Identidade Biológica versus Relação Afectiva*, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós – Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Centro de Direito da Família, 12, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;
– *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4.ª ed. Revista, aumentada e actualizada (3.ª reimpressão da 4.ª ed. De 2002), Coimbra, Almedina, 2008;

VARELA, Antunes, *Alterações Legislativas do Direito ao Nome*, in RLJ, anos 114.º e 117.º;

VARELA, Román García / POVEDA, Pedro González / GOÑI, Miguel López – Muñiz / CUESTA, Ignacio Sierra Gil de la, *La Ley de Divorcio: experiencias de su aplicación*, Madrid, Colex, 1992;

VERCELLONE, Paolo, *Principio di Parità Tra Coniugi e Potestà dei Genitori*, in Tratado di Diritto di Famiglia, diretto da PAOLO ZATTI, vol. II, Filiazione, a cura di GIORGIO COLLURA / LEONARDO LENTI / MANUELA MANTOVANI, Milão, Dott., A. Giuffrè Editore, 2002;

Jurisprudência

Ac. STJ de 15 – 05 – 2012, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. RL de 06 – 12 – 2011, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. RL de 2001 – 01 - 18, disponível em www.dgsi.pt;

Ac. TRP de 05 – 06 – 2007, disponível em www.dgsi.pt;

Legislação

Constituição da República Portuguesa

Código Civil

Código de Processo Civil

Código Penal

Código de Processo Penal

Organização Tutelar de Menores