

A preferência maternal para crianças de tenra idade e os critérios judiciais de atribuição da guarda dos filhos após o divórcio

MARIA CLARA SOTTOMAYOR

“ There is but a twilight zone between a mother's love and the atmosphere of heaven.”

Tuter v. Tuter, 120 S.W. 2d 203, 205
(Mo. App 1938) *apud* Miller, *Joint Custody*,
FamLQ, vol. XIII: n° 3, 1979, p. 353.

“Nothing can be an adequate substitute for mother love - for the constant ministrations required during the period of nurture that only a mother can give because in her alone is duty swallowed up in desire; in her alone is service expressed in terms of love.”

Jenkins v. Jenkins, 181 N.W. 826, 827 (WIS. 1921) *apud* Uviller, *Fathers Rights and Feminism: The Maternal Presumption Revisited*, Harvard Women's Law Journal, vol. 1, 1978, p. 114.

“Deciding what is best for a child poses a question no less ultimate than the purposes and values of life itself.”

Robert H. Mnookin/ D. Kelly Weisberg -
Child, Family and State, Problems and Materials on Children and the Law, Boston, 1989, p. 641.

O significado da preferência maternal

A tradição da nossa jurisprudência, no que diz respeito à atribuição da guarda dos filhos após o divórcio, é seguir a preferência maternal para crianças de tenra idade, usando-se para este efeito um conceito muito amplo de tenra idade, que chega a abranger crianças de 8-10 anos¹. A jurisprudência invoca como fundamento regras de experiência provenientes daquilo que se pensa ser a natureza das coisas. A justificação mais frequentemente invocada para este efeito tem sido o Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 20/11/59: “A criança precisa de amor e compreensão para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade. Deve tanto quanto possível crescer sob a protecção dos pais e, em qualquer caso, numa atmosfera de afecto e segurança moral e material; a criança na primeira infância não deve, salvo em circunstâncias excepcionais, ser separada da mãe”.

Estas afirmações, situadas num contexto cultural dominado pelas teorias psicanalíticas e pelo privilegiar da relação mãe-criança como modelo único de identificação, dão origem a uma jurisprudência rígida e fixista que se afasta dos factos e das características particulares de cada caso concreto.

Seria pertinente discutir se o instinto maternal ou a capacidade das mães para cuidarem dos filhos de tenra idade é um impulso interno biológico, uma imposição social ou uma interacção de ambos os factores. Segundo Maria Rosa Grimaldi, a maior idoneidade das mulheres para desempenhar este papel deve-se a uma característica comum a todos os seres humanos – homens e mulheres² – ligada à capacidade para exprimir sentimentos e emoções, que a sociedade tem reprimido nos indivíduos de sexo masculino e enfatizado nas mulheres³. É natural que um recém-

¹ Embora a doutrina defenda a preferência maternal só para crianças até aos 5 anos de idade. Cfr. ABEL DELGADO, *O Divórcio*, 2ª edição, Livraria Petrony, Lda. Lisboa 1994, p. 192.

² Está provado que todos os seres humanos têm uma capacidade inata de sentir e reagir aos sentimentos. Cfr. MARIA ROSA GRIMALDI, *L'affidamento del minore al padre nella separazione e nel divorzio*, Il Diritto di Famiglia e delle Persone, Anno XXI - 1992, p. 863.

³ Diz MARIA ROSA GRIMALDI, *ob. cit.* p. 863, que a incapacidade masculina de cuidar dos filhos pequenos e o conseqüente desinteresse pelo cuidado destes são o

nascido ou uma criança de tenra idade, completamente dependente, se sinta melhor com um adulto que seja afectuoso, exprima sentimentos de ternura, tenha capacidade de sacrifício e de amor.

Contudo, para compreender cabalmente o fundamento desta orientação jurisprudencial, é necessário ter presente que ela reflecte as representações da família, os sistemas de valores e a ideologia do juiz. Nas suas decisões interferem, assim, factores extrajurídicos, relacionados com a personalidade, a experiência pessoal e a mentalidade deste. Talvez juízes de famílias tradicionais pensem nas suas próprias mães e tenham dificuldade em admitir que os homens sejam capazes de cuidar de uma criança de tenra idade, no dia-a-dia⁴⁻⁵.

A preferência materna está relacionada com uma sociedade caracterizada por uma rígida definição de papéis sexuais que teve origem no século XIX, no grupo restrito da burguesia⁶. Após a Revolução Industrial, alterou-se a estrutura da família. Esta deixou de ser uma unidade de produção para se transformar numa unidade de consumo e operou-se a chamada divisão social do trabalho, em que o homem trabalha fora de casa e a mulher realiza as tarefas domésticas e assegura o cuidado dos filhos. A doutrina da tenra idade⁷ surgiu neste contexto. A Revolução Industrial, com a deslocação dos homens para as fábricas, provocou a erosão dos velhos conceitos romanos e feudais do poder

produto de uma educação realizada no total menosprezo pelo desperdício que se produz, em metade da espécie, de uma qualidade humana essencial.

⁴ Cfr. JEFF ATKINSON, *Criteria for Deciding Child Custody in the Trial and Appellate Courts*, FamLQ, vol. XVIII, p. 16.

⁵ Num sentido diferente, existem alguns trabalhos científicos a demonstrar a importância da relação pai / filho desde o nascimento da criança e a capacidade dos homens para cuidar de crianças. Vide *The Role of the Father in Child Development*, C.M. Lamb, ed. 1976, PRUETT, *Quando papà deve fare de mamma*, Milano, 1988, ZANZI, *Papà a tempo pieno*, Milano, 1988, DELAISI DE PARSEVAL, *La part du père*, Seuil, 1981.

⁶ Cfr. LEITE DE CAMPOS, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina Coimbra, 1990, p.55.

⁷ A doutrina da tenra idade ou "*Tender Years Doctrine*", de origem anglo-saxónica, foi consagrada legalmente, pela primeira vez, no *Talfourd's Act* de 1839, que concedeu aos tribunais o poder de atribuir a guarda dos filhos menores de 7 anos à mãe e poderes discricionários para regular a guarda e o regime de visita relativamente a crianças mais velhas. Mais tarde, com o *Custody of Infants Act* de 1873, o tribunal pode confiar a guarda da criança à mãe até aos 16 anos e desaparece a restrição relativa ao adultério da mãe. Em 1886, o *Guardianship of Infants Act* autoriza a mãe a reclamar todas as crianças menores e não só aquelas que não atingiram os 16 anos. Vide HENRY H. FOSTER/ DORIS JONAS FREED, *Life With Father*, FamLQ, vol. XI, nº4, 1978.

absoluto do pai em relação à mulher e aos filhos⁸⁻⁹ e a valorização do instinto maternal. Foi mais tarde, no princípio do séc. XX, com as teorias de Freud sobre o desenvolvimento da criança e a importância da ligação

⁸ A ideia, segundo a qual, o pai é proprietário dos seus filhos remonta ao período Neolítico, quando os homens descobrem o seu papel na procriação. No período Paleolítico, a família estava centrada em torno das mulheres, porque o homem ainda não tinha consciência do seu papel na procriação. A divisão do trabalho parece uma cópia dos estereótipos modernos: o homem era o caçador enquanto as mulheres ficavam em casa a cuidar dos filhos e das funções domésticas. A autoridade do pai em relação à família, que começou no período Neolítico, continua ao longo das várias épocas da história. Sobre esta evolução histórica *vide* LAURANCE M. HYDE, Jr., *Child Custody in Divorce*, *Juvenile & Family Court Journal*, 1984/vol. 35, p. 1-3.

No Direito Romano, o *pater familias* detinha um poder absoluto e exclusivo sobre os filhos que se traduzia no direito de vida ou de morte, no direito de venda e no direito de exposição. Só a partir do Império de Constantino é que o pai pode ser punido como parricida, por matar o seu filho. Cfr. Marnoco e Souza, *História das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, Coimbra, 1908, p. 198-199. Mas mesmo durante o período Bizantino, a educação dos filhos era severa. Os pais não exprimiam sentimentos em relação aos filhos para que estes não ficassem inúteis e pecadores. Cfr. LAURANCE M. HYDE, Jr., *ob. cit.*, p. 2. No séc. IV, apesar de a *patria potestas* ter perdido o seu antigo carácter, dois elementos continuaram a caracterizá-la: só o homem era o seu titular e não cessava com o atingir de uma determinada idade por parte do filho. Cfr. MARIA ROSA GRIMALDI, *ob. cit.*, nota 4, p. 848. Quanto à posição da mulher, esta, qualquer que fosse a sua situação civil, estava sempre submetida a um poder. Se era solteira submetia-se à *patria potestas*, se fosse casada e o casamento fosse *cum manu*, a mulher ficava *loco filiae* na família do marido, ou seja, passava a ser considerada juridicamente uma filha do marido. A *manus mariti* era, segundo alguns autores, idêntica ao pátrio poder. Sendo solteira *sui iuris* ou viúva ficava sob a tutela permanente. Cfr. MARNOCO E SOUZA, *ob. cit.*, p. 175-180. A posição de preponderância do pai foi consagrada também nos Códigos modernos: ambos os pais eram titulares do poder paternal mas só o pai detinha o seu exercício. Entre nós, o papel reconhecido pela lei à mulher na educação dos filhos só se tornou igual ao do homem com a Constituição de 1976 e a Reforma do Código Civil de 1977, o mesmo se passando na Europa Ocidental, com as reformas dos anos 70.

⁹ Apesar da preponderância paterna, a essencialidade do papel da mãe era sempre salvaguardada durante o período de lactação, que se presumia durar três anos. Após este período, entendia-se que o pai era a pessoa mais apta para educar os filhos, depois da separação dos pais. No direito velho (*Ord.*, L.1, tit. 88, § 10), era até obrigatório para as mães, dissolvido o matrimónio por qualquer causa, criarem os filhos nos três primeiros anos. Cfr. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Português*, Livraria Clássica Editora, 1917, p. 189, § 321. No entanto, após esta idade, "apartado o matrimónio por alguma razão sem falecimento de algum dos pães - eram entregues os filhos ao pae, e por conta d'elle corriam todas as mais despesas, incumbindo à mãe a obrigação de os criar de leite sómente até à idade de 3 annos, quando pela sua qualidade lhe pertencesse a criação." Cfr. *Ord.* liv. 4º, tit. 99º. Esta obrigação de criar de leite somente compreende não só a amamentação do filho, como pensá-lo, lavá-lo, e outros

à mãe, juntamente com as assunções sociais sobre o papel da mulher, que se consolidou a preferência maternal para crianças de tenra idade. Às primitivas diferenças entre o homem e a mulher, biologicamente determinadas, juntaram-se outras provenientes do ambiente e das necessidades sociais. E assim se instauraram os estereótipos acerca dos papéis sexuais. Mas note-se que aquelas diferenças entre os sexos que são um produto cultural, variam de sociedade para sociedade, e dentro da mesma sociedade, de acordo com as épocas. Com a mudança da estrutura da sociedade e da família mudam também, embora muito lentamente, os papéis sexuais.

Actualmente, a sociedade tende a evoluir para uma interfungibilidade de papéis entre o homem e a mulher. Contudo, os juízes continuam a ter em mente o estereótipo doméstico da mulher, a crença segundo a qual o papel da mulher é no lar e o cuidado das crianças é um encargo físico e mental que cabe, por força da natureza, às mulheres¹⁰. Esta convicção dos

bons officios maternos da educação, em que não há despesas. Cfr. BORGES CARNEIRO. *Direito Civil*, liv. 1, t. 49, § 168, nº 30. A capacidade especial da mãe para cuidar dos filhos estava relacionada com a lactação, depois deste período, prevalecia o direito do pai a obter a guarda dos filhos. No séc. XIX, manteve-se este princípio. Vide a este propósito, o art. 1136º do Projecto do Código de Seabra que dispunha que os filhos menores de três anos se conservariam, em todo o caso, ao cuidado da mãe, até completarem aquela idade, e isto pela razão de que as mães são por natureza as mais competentes para cuidarem. mesmo dos filhos varões, durante o período da lactação. Cfr. DIAS FERREIRA. *Código Civil Portuguez Anotado*, vol. III, Imprensa Nacional, Lisboa, 1872, p.46. No mesmo sentido vide o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Lisboa de 8 de Março de 1870 publicado em nota ao art. 138º do Código de Seabra in DIAS FERREIRA. *Código Civil Portuguez Anotado*, vol. I, Lisboa, Imprensa Nacional, 1870, p. 182, em que se ressalva sempre à mãe o direito de cuidar dos filhos durante os três anos de lactação e, ainda, os acórdãos da Relação de Lisboa de 24 de Abril de 1890 e do STJ de 25 de Junho de 1890, Gaz. da Rel. de Lisboa, IV, p. 555 e 622 apud CUNHA GONÇALVES. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código civil português*. Vol. VI. Coimbra Editora, Coimbra, 1932, nº 201, nota 2, onde se encontra o princípio segundo o qual "não devem os filhos ser tirados à mãe durante o período de lactação, não dando ela motivo para tal procedimento." Só mais tarde, é que a jurisprudência passou a aplicar a doutrina da tenra idade para além do período de lactação. Passa-se a considerar prevalente o laço emocional da criança à mãe em detrimento da concepção do filho como propriedade do pai.

¹⁰ Vide, a título de exemplo, o Ac. da Relação de Lisboa, de 16-11-1977, publicado por ERNESTO DE OLIVEIRA, *Sumários jurídicos*, vol. XXXIX (1977-1979), p. 312, onde se afirma que a orientação jurisprudencial dominante segundo a qual uma criança de tenra idade deve, em regra, ser confiada à guarda e cuidados da mãe se explica "pela natureza das coisas, pelas realidades da vida quotidiana, por razões que se prendem com a própria natureza humana".

juízes, que corresponde também à concepção socialmente mais difundida, apresenta-se com um fundamento biológico e sociológico. O primeiro diz respeito à ligação particular criada entre a mãe e o filho, durante a gravidez, o parto e a amamentação¹¹. O aspecto sociológico, refere-se como vimos, ao facto de na nossa sociedade, o cuidado dos filhos ainda ser predominantemente confiado à mãe. Esta dupla circunstância contribuiria para criar laços psicológicos mais fortes e profundos entre a mãe e os filhos de tenra idade.

Mas, escavando mais fundo na razão de ser deste princípio, podemos ver nele também uma intenção de libertar os homens da tarefa de cuidar dos filhos. Na preferência maternal, aparentemente um princípio inocente e sentimental, estaria assim contida uma subordinação sistémica subtil das mulheres¹². Neste sentido, aquilo que parece favorecer a mulher representa uma mentalidade caracterizada pela subordinação desta a um estatuto de serviço doméstico e maternidade e uma desresponsabilização do homem em relação a estas funções, não mais adequada aos dias de hoje, em que normalmente ambos os pais exercem uma actividade profissional.

Quando o juiz atribui a guarda dos filhos em função do sexo, preferindo a mãe, está a relacionar a maternidade e a paternidade com valores e imagens tradicionais. O papel da mãe ligado ao sentimento, ao carinho e à intimidade da vida do lar e o papel do pai ligado à autoridade e à vida extrafamiliar. Desta ideia resulta a regra segundo a qual as crianças de tenra idade, porque necessitam de afecto, são confiadas à mãe e as mais velhas, ao pai, por que só este seria capaz de tratar da inserção social e da preparação profissional destas.

¹¹ A caracterização destes três momentos e da relação com as crianças nos primeiros anos de vida, como essencialmente femininos, é típica da sociedade ocidental, mas não de todas as sociedades. Segundo DELAISI DE PARSEVAL, *ob. cit.*, p. 283, o pilar ideológico da partilha de tarefas homem/mulher relativamente à procriação é a "dúvida paternal" oposta à "evidência" maternal. Limitou-se, conseqüentemente, a função de pai à de procriador e detentor da lei e a da mãe à da gravidez e do parto. Daí que se tenha salientado, na nossa cultura, sobretudo, o valor da maternidade e negligenciado o papel do pai, excluído destes momentos. Demonstrando os bloqueios culturais da paternidade ocidental, a participação do pai, em todas as fases da vida do filho, desde o momento da concepção e a identidade entre os processos físicos e psíquicos da maternidade e da paternidade, *idem* p. 279 e ss.

¹² TIMOTHY MACKLEM, *Notes, Sexual Bias in Custody Disputes, The Tender Years Doctrine: Roebuck v. Roebuck*, 45 A.R. 180, 148 D.L.R. (3rd) 131 (CA 1983), *Ottawa Law Review*, nº1, vol. 17, 1985, p. 175.

Era esta a imagem do homem e da mulher, contida no Código de Seabra e no Código Civil de 1966, antes da Reforma de 1977, segundo a qual, o homem era o chefe de família, defendia a pessoa e os bens da mulher e exercia o poder paternal, tendo a mulher, encarregada de cuidar dos filhos, no dia-a-dia, apenas o direito de ser ouvida. A lei não previa sequer qualquer sanção para a falta de cumprimento, por parte do pai, deste dever de consulta em relação à mulher. O papel real que a mulher tinha na educação dos filhos não era reconhecido pela lei.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1976 e com a consagração do princípio da igualdade (art. 13º, nº2) e a sua concretização no âmbito do casamento, da família e da filiação (art. 36º), esta imagem, há muito desajustada da realidade, não é a pressuposta pela lei. A mulher e o homem têm iguais poderes na direcção da vida familiar e no exercício do poder paternal e não há prefixação de papéis familiares (art. 1672º e art. 1901º do C.C.).

O que caracteriza a família actual é a reciprocidade dos afectos e daí, a tendência para a colaboração de ambos os sexos em todas as funções da família, sem se reduzir o homem a uma função de segurança económica e a mulher a uma função doméstica. Verifica-se uma tendência para uma fungibilidade de papéis no seio da família. Se o homem perde o monopólio da carreira profissional, a mulher perde o monopólio do sentimento e do afecto em relação aos filhos. Ao pai tradicional que tem uma relação distante com os filhos, pouco envolvido na educação destes e menos capaz de exprimir emoções, tende, hoje, a suceder, pelos menos nos estratos culturalmente mais evoluídos, um pai que assume desde o nascimento um papel activo relativamente aos filhos.

Contudo, relativamente à ausência de prefixação de papéis entre os cônjuges e à possibilidade da sua inversão relativamente ao modelo tradicional¹³, a lei, que teve neste ponto um objectivo sobretudo pedagógico ou educativo, ainda está adiantada em relação à realidade.

¹³ Esta interfungibilidade de papéis não traz qualquer consequência para a identidade sexual das pessoas. Sobre a diferença entre identidade sexual e estereótipos sexuais *vide* MARIA ROSA GRIMALDI, *ob. cit.* p. 862. A identidade sexual seria a soma das ideias e dos pensamentos mais íntimos sobre a própria identidade psíquica. O papel sexual refere-se mais ao comportamento de um indivíduo do que à percepção do seu ser biológico, deriva mais da influência sócio-ambiental do que da identidade sexual e funda-se implicitamente na divisão de papéis. O que achamos desejável, relativamente à nossa sociedade, é que não se substituam uns estereótipos por outros estereótipos, mas que cada

Para o movimento feminista gera-se assim, uma situação paradoxal. Por um lado, a vontade de combater a repartição rígida de papéis sexuais, para que a mulher não fique sobrecarregada com o encargo exclusivo das tarefas domésticas para além da actividade profissional que exerce na maioria dos casos. Por outro lado, um sentimento de justiça para com as mulheres que sacrificaram a sua vida pessoal e profissional pelos filhos, quer não trabalhando fora de casa, quer trabalhando apenas em tempo parcial, quer trabalhando a tempo inteiro, mas suportando sozinhas o cuidado dos filhos no tempo disponível, com a consequente redução de tempo livre para descansarem e para se valorizarem culturalmente. Em virtude desta circunstância, a mãe, não pelo facto de ser mulher, mas em virtude de ter cuidado dos filhos durante a constância do casamento, está em vantagem relativamente ao homem, na questão da atribuição da guarda dos filhos. Esta vantagem deixa de existir, como veremos, quando o pai prove que esse papel foi exercido por ele ou quando se consolidou, a partir de certa altura uma situação de facto de ausência da mãe, passando o pai, com sucesso, e durante um período de tempo razoável, a desempenhar o papel tradicionalmente atribuído à mãe, de tal forma que o desenraizamento da criança do ambiente social, familiar e afectivo onde se encontra com o pai, lhe causaria prejuízos psíquicos.

A preferência maternal como presunção judicial

As sentenças exprimem-se normalmente nos seguintes termos: A criança de tenra idade não deve, salvo circunstâncias excepcionais, ser separada da mãe. Este princípio tem a força de uma presunção judicial ilídível mediante a prova de incapacidade da mãe. A prova de incapacidade tem sido orientada sobretudo para o comportamento moral da mãe. A questão de averiguar a capacidade ou incapacidade da mãe, em vez de se centrar na relação afectiva desta com o filho e na qualidade dos cuidados e assistência prestados, desloca-se para a avaliação moral do carácter da

ser humano possa realizar a sua masculinidade ou feminilidade, em liberdade e à sua maneira, sem penalizar as pessoas que se afastam dos estereótipos, sejam eles quais forem. Não se pretende uma igualização entre o homem e a mulher, mas sim ter em conta a diferença - não a diferença socialmente imposta mas a diferença construída individualmente por cada um, a conjugação que cada um faz do que vem da natureza e do que absorve da sociedade.

mãe¹⁴. Esta solução para além de afastar a investigação judicial dos factores realmente pertinentes para o interesse da criança, apresenta ainda o perigo de reflectir a moral dupla da nossa sociedade em relação ao homem e à mulher. Por outras palavras, um comportamento considerado imoral se praticado por uma mulher, já seria considerado natural ou não censurável se praticado por um homem. O pai de uma criança que consiga provar o mau porte moral da mãe recebe a guarda dos filhos, sem ter que provar a sua idoneidade moral. O que se insinua, de uma forma inconsciente, nas decisões sobre a guarda dos filhos, são os valores e preconceitos dos juízes e a sua concepção de boa ou má mãe. No fundo, está aqui implícita a ideia de que uma mulher para ser uma boa mãe tem que corresponder à imagem tradicional de mulher casta, pois mesmo quando a criança é confiada à mãe em caso de adultério, refere-se explicitamente que tal se deve à tenra idade da criança, como se, no caso de a criança ser mais velha, o adultério ou a relação extraconjugal da mãe fosse um impedimento a que a guarda dos filhos lhe fosse confiada.

Noutros casos, a preferência maternal actua como uma presunção ilídível mediante a prova de que uma outra alternativa favorece mais o interesse da criança ou opera nos casos em que o pai e a mãe são igualmente idóneos para educar a criança.

¹⁴ Veja-se, a título de exemplo, o Ac. RL de 31-5-1968, onde filhos menores de 7 anos, devido à suspeita de a mãe ter amantes, são confiados ao pai. Cfr. Jur. Rel. 14-579 *apud* ABEL DELGADO, *ob cit.*, p. 193. O comportamento imoral exclui a mãe da guarda quando é de molde a afectar negativamente a criança e/ou quando se tratem de relações com várias pessoas do sexo oposto. Já pelo contrário, não será valorado negativamente quando a relação extramarital seja estável ou quando seja apenas um facto passado. Veja-se, neste sentido, o Ac. RL de 5 de Julho de 1974, BMJ, nº 239, 253: "Deve ser confiada ao pai, ressalvadas as visitas e férias a passar com a mãe, uma menor de três anos de idade, filha legítima, se a mãe a abandona a mercenárias, mesmo quando razões de trabalho tal motivaram, os avós maternos vivem em pouca harmonia, a mãe tem porte moral dúbio e a sua casa é rondada frequentemente por homens que com ela procuram relações de intimidade, enquanto o pai goza de consideração, tem boa situação económica, dedica à filha os momentos livres, tratando a avó paterna a menor com esmero, tanto mais que, do anterior convívio com a mãe, regressou a menor psiquicamente traumatizada."; o Ac. da RE, de 12-2-1981, BMJ, 306, 306: "Uma menor apenas deve ser retirada aos cuidados da sua mãe quando razões ponderosas tal aconselhem. A mancebia da mãe, por si só e desacompanhada de mau porte moral, não basta para afastar a filha do seu convívio." e o Ac. da RP, de 12-1-1984, B.M.J., 333, 523: "Tendo o menor cinco anos de idade, deverá ser entregue à mãe, não colhendo, em contrário, a circunstância de esta ter estado um mês e meio a viver em mancebia com um homem e sem procurar visitar aquele."

As diferenças entre estas três formas de aplicação da presunção não são realmente importantes, pois todas elas favorecem a mãe, em virtude do seu sexo e penalizam o pai no aspecto probatório. Não lhe basta provar a boa relação afectiva que tem com o filho, o tempo disponível que tem para cuidar deste e a continuidade do ambiente familiar e social da criança¹⁵. Na primeira forma de funcionamento da presunção, que é também a mais comum, o pai tem que denegrir o carácter e a capacidade educativa da mãe, provando um comportamento imoral ou irregular desta, o que aumenta a conflitualidade do processo. No segundo caso, a presunção coloca sobre o pai um ónus da prova mais leve. Não é necessário provar a incapacidade da mãe, basta a prova de que uma outra alternativa promove melhor o interesse da criança, mas favorece a mãe desde o início. No segundo caso, o juiz limita-se a avaliar a situação que cada um dos pais oferece ao filho e, só a *posteriori*, se todos os factores relativamente ao pai e à mãe forem iguais, é que aplica a preferência maternal, como uma espécie de desempate entre os pais.

A preferência maternal e o princípio da igualdade dos sexos

Quando os juízes decidem com base na preferência maternal para crianças de tenra idade estão a dificultar ao pai obter a guarda dos filhos, sendo irrelevante que ele prove factos que pesem a seu favor. Por outro lado, permitindo que esta presunção maternal só seja ilidida em caso de incapacidade da mãe, estão a colocar a questão da atribuição da guarda dos filhos fora do que realmente é pertinente para o interesse da criança. Sobretudo, quando se entende esta incapacidade referente a critérios de

¹⁵ Vide o Ac. da Relação de Évora, de 23.2.1989, publicado na CJ, Ano XIV, Tomo I - 1989, p. 255-256, em que o tribunal restitui a guarda de uma criança, do sexo masculino, nascida a 14-8-82, à mãe, apesar de aquela ter vivido com o pai e os avós paternos desde 1986, mantendo uma boa relação afectiva com o pai e tendo a mãe visitado poucas vezes o filho, embora a tal não se tenha oposto o requerente. O tribunal, relativamente ao pai, dispõe de factores favoráveis: bom ambiente afectivo em casa do pai, boas relações afectivas entre pai e filho, dedicação de muita atenção por parte do pai ao filho, tempo disponível para cuidar deste, em virtude de ser um trabalhador rural, assistência dos avós paternos durante a ausência do pai. Relativamente à mãe, o sexo desta conjugado com a idade da criança, foi o único factor referido pelo tribunal e que só por si foi suficiente para alterar o *status quo* da criança. O tribunal justificou a sua decisão afirmando que "O bom relacionamento da criança com o pai e a família deste não se sobrepõe aos benefícios resultantes da assistência materna em termos regulares."

avaliação moral do comportamento da mãe, critérios esses sempre mais rígidos para com a mulher do que para com o homem. Temos assim, um tratamento desigual do homem e da mulher, desfavorável a ambos, e sobretudo, um afastamento do verdadeiro critério de decisão que é o interesse da criança.

Entendemos também que a preferência maternal representa uma discriminação do homem no processo de decisão. Não sabemos até que ponto, para além de haver, nestas sentenças, um erro de fundamentação, há também um erro no fundo da decisão¹⁶. Mas, mesmo que a preferência maternal seja apenas um adorno decorativo da sentença, pois os factos do caso, só por si, conduziram à guarda maternal¹⁷, basta que o processo utilizado para decidir seja discriminatório relativamente ao pai da criança, para que a decisão seja revisível por um tribunal superior¹⁸. A pretensão

¹⁶ Haverá, sem dúvida, um erro na decisão, nos casos em que a guarda só seja atribuída à mãe por causa do seu sexo, sobrepondo-se às relações afectivas da criança com o pai e à continuidade do ambiente social da criança, como vimos no caso citado *supra* na nota 15.

¹⁷ A este propósito, *vide* o acórdão da Relação de Lisboa de 4-11-83, C.J., Tomo V, p. 104 e ss., em que a mãe saiu da casa de família por força de ofensas e ameaças do marido, deixando as filhas com este pois debatia-se "(...) com graves dificuldades económicas e de alojamento, que não lhe permitiam face à falta de ajuda paterna, manter consigo as crianças com um mínimo de condições. "O tribunal, neste caso, não avaliou negativamente o abandono do lar pela mãe, atribuindo a guarda das filhas a esta. Decisivos para esta solução foram, por um lado, o carácter do pai, revelado pelo seu comportamento relativamente à mãe das menores, o seu horário de trabalho, que não lhe permitia dar às filhas a atenção que estas necessitavam e a preferência maternal relativamente a crianças do sexo feminino. O tribunal, apesar de considerar outros factores que pesavam contra a entrega da guarda ao pai, e que só por si seriam suficientes para as filhas não lhe serem confiadas, parte da presunção a favor da mãe, fundamentando a sua posição no princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança: "As crianças de tenra idade não devem, salvo circunstâncias excepcionais, ser separadas da mãe." Achamos criticável nesta decisão o percurso lógico que conduz à solução final e o fundamento da decisão, os quais assentam sobretudo na preferência maternal, apesar de, como vimos, outros factores terem sido referidos. Por outro lado, consideram-se de tenra idade, duas crianças, que no momento da decisão têm respectivamente 8 e 10 anos, embora no momento em que o divórcio foi decretado, dois anos antes, tivessem 6 e 8 anos, sendo, de qualquer modo duvidosa a classificação destas como crianças de tenra idade.

¹⁸ Como o processo de regulação do poder paternal é um processo de jurisdição voluntária, o juiz tem o poder de decidir da forma que julgue conveniente e oportuna (art. 1410 C.P.C. e 150 O.T.M.). Contudo, deve respeitar as normas imperativas, nomeadamente as normas constitucionais. Se no processo de decisão o juiz utilizou o sexo dos pais como um factor decisivo, há um defeito no fundamento da decisão, violador do art.

do pai de obter a guarda dos filhos é igualmente digna quando comparada com a da mãe. Os juízes não devem, portanto, utilizar o sexo dos pais – o facto de ser mulher ou homem – para tomar uma decisão. Basta, para promover o interesse da criança, a análise dos factos do caso, sem ser necessário invocar a preferência maternal, através da qual, rotineiramente, os juízes decidem os casos de atribuição da guarda dos filhos.

Para saber o peso do sexo na decisão importa fazer uma interpretação da sentença e reconstituir o processo de raciocínio do tribunal, pondo a claro o alcance das ideias expressas e separando os fundamentos que estão na base da resolução daquilo que é só “adorno decorativo”. O sexo pode ter sido o único facto considerado na decisão ou, tendo sido ponderados outros, pode ter desempenhado um papel meramente decorativo ou, pelo contrário, ter-se revestido de importância decisiva, constituindo o factor principal ou predominante dessa decisão. Contudo, dada a dificuldade de destriça destas situações na prática, uma vez que a ponderação de factores depende da discricionariedade do juiz e é em grande parte subjectiva, a solução mais conveniente e coerente com o princípio da igualdade e com a exigência de transparência nas decisões, é a inadmissibilidade da utilização do sexo como um factor nas decisões de guarda.

No entanto, a este propósito, é importante referir que, apesar da entrada das mulheres no mundo do trabalho e de uma tendência para uma maior participação dos homens na vida do lar, ainda são estas que asseguram predominantemente o cuidado dos filhos de tenra idade¹⁹. Os homens, após o divórcio, conscientes da sua falta de disponibilidade em educar os filhos ou completamente desinteressados destes, acordam, quase sempre, em os deixar à guarda e cuidados da mãe. Noutros casos,

13, nº2 e do art. 36, nº3 da C.R.P. Depois de esgotados os respectivos recursos ordinários, resta o recurso para o Tribunal Constitucional da decisão judicial violadora da Constituição. No entanto, o direito português não admite, em princípio, a fiscalização da constitucionalidade das decisões judiciais. Para uma contestação da ausência de controlo da conformidade dos actos jurisdicionais à Constituição e para uma determinação dos meios de controlo e dos efeitos das decisões judiciais inconstitucionais no nosso sistema jurídico-positivo *vide* PAULO OTERO, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lex, Edições Jurídicas, Lisboa, 1993, em especial, as p. 120 e ss...

¹⁹ *Vide* MARIA EDUARDA DE RAMIREZ, MARIA TERESA PENHA, PEDRO LOFF, Relatório do Instituto de Apoio à Infância, *Criança Portuguesa que Acolhimento?*, Rede Europeia de Crianças, Comissão das Comunidades Europeias, Novembro de 1988, p. 63.

que julgamos, apesar de não dispormos de estatísticas a este respeito, minoritários em termos quantitativos, estão realmente interessados em obter a guarda dos filhos. No entanto, são desincentivados pelo papel de conselho dos advogados e dos juízes na formação do acordo, devido à expectativa de que os juízes confiam geralmente as crianças à mãe²⁰.

Os chamados “novos pais”²¹, interessados em cuidar dos filhos, logo após o seu nascimento, exercendo uma função equivalente à maternidade, são um fenómeno sociológico ainda raro mas com tendência a aumentar, sobretudo entre os casais mais jovens da classe média, em que ambos exercem uma actividade profissional²².

Apesar da vontade de construir uma sociedade em que o homem e a mulher tenham igualdade de oportunidades e partilhem as tarefas tradicionalmente atribuídas à mulher, enquanto este fenómeno não for generalizado, não se pode sobrepor o ideal à realidade. Ou seja, aquilo que se pretende construir para o futuro, não pode ser utilizado como critério subjacente à decisão, enquanto não for confirmado pela realidade. O princípio da igualdade só pode ter consequências efectivas (no sentido de que a probabilidade do homem e da mulher de obter a guarda se torne igual) quando os homens participarem igualmente na vida do lar e no cuidado dos filhos. Apesar da tendência para uma maior colaboração do homem, enquanto, de facto, o homem e a mulher não forem iguais neste aspecto, também não se pode ficcionar que o são, para decidir com base nessa suposição. A abolição da preferência maternal, enquanto instrumento de mudança relativamente aos papéis sexuais, tem que ser substituída por um critério que reflecta a realidade. E, como vimos, na nossa sociedade ainda são as mães que assumem quase exclusivamente a responsabilidade pelo cuidado dos filhos de tenra idade, reduzindo-se o papel do homem a uma função de ajuda pontual.

²⁰ Neste sentido, diz JOHN ECKLAAR, *Regulating Divorce*, Clarendon Paperbacks, Oxford 1991, p. 134, que as decisões judiciais são traduzidas pelos advogados e transmitidas para os clientes sob a forma de conselho.

²¹ HUGHES FULCHIRON, *Autorité Parentale et Parents Désunis*, CNRS, Paris 1985, p. 20-21.

²² Vide JACQUES COMMAILLE, *Familles sans Justice?*, Le Centurion, 1982, p. 223, onde o autor salienta o papel fundamental das classes médias na evolução das atitudes e práticas familiares.

Critérios para decidir a atribuição da guarda dos filhos

Historicamente, através da aplicação da preferência maternal, o interesse da criança tem tido, entre nós, um significado relativamente certo: o menor é confiado, em regra, à guarda e cuidados da mãe. As decisões relativas à guarda dos filhos são relativamente previsíveis e só raramente assumem um carácter litigioso. Hoje, com as críticas à preferência maternal, que começam a aflorar na doutrina²³ e na jurisprudência²⁴, é possível que venha a aumentar o número de conflitos entre os pais quanto à atribuição da guarda dos filhos.

Com o abandono da preferência maternal, resta aos juízes decidir de acordo com a orientação da lei - o interesse do menor (art. 1905º, nº2) - e investigarem meticulosamente todos os factos da causa. O interesse do menor é um conceito indeterminado, que *carece de preenchimento valorativo*. Como tal, é susceptível de abarcar diferentes conteúdos conforme a época, a sociedade, a família em causa e cada criança concreta²⁵.

²³ A doutrina portuguesa não aceita acriticamente a preferência maternal, manifestando mesmo uma opinião expressa contra tal preferência. Cfr. PEREIRA COELHO, *Casamento e Família no Direito Português*, in *Temas de Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1986, p. 25. O autor verifica que "a jurisprudência está firmemente orientada no sentido de confiar o menor à mãe, na convicção (porventura às vezes insuficientemente formada) de a solução ser mais conforme ao interesse do menor". Cfr. LEITE DE CAMPOS, *ob. cit.*, p. 310, onde o autor afirma "que não há qualquer razão, resultante da natureza das coisas, da psicologia, etc. que leve a confiar sistematicamente os filhos de tenra idade às mães. A paternidade e a maternidade têm igual dignidade, facto pelo qual o pai tem a mesma legitimidade para aspirar à guarda dos filhos, seja qual for a idade destes (exceptuando-se o caso destes ainda serem lactentes e serem alimentados pelo leite materno)". Cfr. RUI M. L. EPIFÂNIO/ ANTÓNIO H.L. FARINHA, *Organização Tutelar de Menores (Decreto Lei nº 314/78, de 27 de Outubro)*, Contributo para uma Visão Interdisciplinar do Direito de Menores e Família, Almedina Coimbra, 1992, p. 329, em que os autores são de opinião que "(...) a função maternal, cujo exercício contínuo importa assegurar, poderá eventualmente ser exercida por uma pessoa diferente da mãe biológica, seja pelo pai, seja por terceira pessoa que se haja encarregado da guarda, cuidados e educação do menor."

²⁴ Vide as sentenças comentadas *infra* no texto: a decisão do Tribunal de 1ª instância de Ponte de Lima, publicada em *Corpus Iuris*, Ano II, Dezembro de 1993, nº 21, p. 20 e ss. e o Ac da Relação do Porto, de 17 de Maio de 1994, publicado na CJ, Ano XIX, Tomo III - 1994, p. 200 e ss.

²⁵ Nas palavras de CARBONNIER, *Les Notions a Contenu Variable dans le Droit Français de la Famille*, in *Les Notions a Contenu Variable en Droit*, Études publiées par Chaïn Perelman, et Raymond Vander Elst, Bruxelles, 1984, p. 110, é esta a originalidade

Para evitar a desorientação judicial nesta matéria é importante indicar regras que auxiliem o juiz na decisão. Neste sentido, o critério que nos parece mais correcto e conforme ao interesse da criança, é que esta seja confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia, o chamado *Primary Caretaker*²⁶ ou figura primária de referência, um critério neutro em relação ao sexo, criado pela jurisprudência americana. Esta regra permite ter em conta a continuidade da educação e das relações afectivas da criança.

Uma vez que na nossa sociedade, ainda são, como vimos, as mães, a cuidar dos filhos de tenra idade, é natural que na maioria dos casos sejam as mães a preencher estes requisitos. Quando, pelo contrário, seja o pai o *Primary Caretaker*, será este a obter a guarda dos filhos. Defende-se até que, a longo prazo, este critério funciona como um incentivo para os homens colaborarem no cuidado dos filhos de tenra idade²⁷.

Este critério é de difícil aplicação, nos casos, limitados aos casais de um estrato cultural mais elevado, em que ambos os pais participaram igualmente, durante a constância do casamento, na educação da criança²⁸. Terá que se recorrer, então, ao critério da preferência da criança, quando esta a queira e possa exprimir, à qualidade das relações afectivas com os pais, à capacidade de cada um dos pais para consentir que a criança se

da técnica legislativa dos conceitos indeterminados, quando aplicada ao direito da família: "a originalidade de não ser, como noutros lugares, pelo menos exclusivamente, um instrumento de adaptação racional, mas incluir uma parte de variabilidade sentimental."

²⁶ O critério a favor do *Primary Caretaker* foi definido por uma famosa decisão do Supremo Tribunal de West Virginia (*Garska v. McCoy*, 68, 278, S.E. 2d, 1981, p. 362) da seguinte maneira: O *Primary Caretaker* é aquele progenitor que tem a primeira responsabilidade pelo desempenho *inter alia* dos seguintes deveres de cuidado e sustento de uma criança: (1) preparação e planeamento de refeições, (2) banho, higiene, vestuário; (3) compra, limpeza e cuidado com as roupas; (4) cuidados médicos, incluindo enfermagem e transporte para os médicos; (5) planos para interacção social com amigos depois da escola, por exemplo, transportar a criança para a casa dos amigos ou para encontros de escuteiros.; (6) planeamento de cuidados alternativos, i.e., 'babysitting', infantários etc.; (7) deitar a criança na cama à noite, atender à criança a meio da noite; acordá-la de manhã; (8) disciplina, i.e. ensino de boas maneiras e de hábitos de cuidados pessoais; (9) educação religiosa, moral, social e cultural etc.; (10) ensino de capacidades elementares, i.e., ler, escrever e contar.

²⁷ Vide MARTHA FINEMAN, *Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking*, Harvard Law Review, vol. 101, nº4, 1988, p. 770 e ss.

²⁸ Vide o Relatório do Instituto de Apoio à Infância, *ob. cit.*, p.63, cujos autores afirmam que têm a percepção de que o homem culturalmente mais evoluído assume mais frequentemente a plenitude da paternidade desde o nascimento.

relacione com o outro²⁹. No entanto, a criança pode ser demasiado pequena para exprimir uma preferência ou não o querer fazer, a qualidade das relações afectivas é difícil de medir e a capacidade de consentir relações da criança com o outro progenitor, pode ser simulada ou ser idêntica relativamente a ambos os pais. Estes casos são aqueles que geram uma maior agonia para o juiz. Em última análise, a decisão, desde que fundamentada e tenha seguido um procedimento lógico e conforme aos princípios gerais de direito, terá que ser apenas um acto de decisão subjectivamente recto, do qual o juiz dará contas apenas perante a sua consciência³⁰.

Quando apesar de ter sido a mãe a cuidar dos filhos de tenra idade, se mais tarde, numa fase mais adiantada da vida do filho, o pai também colaborou igualmente na educação deste, existindo entre ambos, no momento presente, uma boa relação afectiva, o juiz deverá ter em conta a situação actual, decidindo de acordo com os critérios acima referidos: preferência da criança, relação afectiva desta com os pais e continuidade. O critério do *Primary Caretaker* foi desenvolvido de forma a aplicar-se a crianças mais velhas³¹ e também deve servir como critério nestas

²⁹ Este último critério é mesmo apontado pela lei como uma forma de concretização do conceito de interesse do menor. A Lei 84/95 de 31 de Agosto, acrescentou ao art. 1905º, nº1 e ao art. 1905º, nº2 do C.C., o interesse do menor em manter com o progenitor a quem não seja confiado, uma relação de grande proximidade. Trata-se de uma norma semelhante à *friendly parent provision* do direito norte-americano e que surge na sequência da necessidade sentida, pela comunidade internacional, de garantir aos menores o direito a manter regularmente relações pessoais com ambos os pais. Cfr. o art. 9º, nº3 da Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da criança, de 1989. Sobre este critério vide MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho Após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995, p. 107-109 e 314-315.

³⁰ ENGLISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª edição, Lisboa, p. 201.

³¹ CAROL BRUCH (vide a proposta de Carol Bruch, in The American Law Institute, Conference on the Law and Public Policy of Family Dissolution, Conference Materials (January, 4, 1990), University of Wisconsin Law School, Marygold S. Mellism, § 5.06.) defende a aplicação deste critério para crianças de todas as idades e modifica a lista de factores enunciada em *Garska v. McCoy*, de forma a abranger as crianças mais velhas: orientar interações sociais tais como clubes, grupos de jogos, recreação após a escola, participação em desportos e visitas a amigos; repartição e supervisão das ocupações diárias; providenciar e supervisionar a educação da criança, incluindo a educação religiosa, moral, cultural e social e assistência nos trabalhos de casa; fornecer conselho e apoio ao processo de desenvolvimento e ao bem-estar emocional da criança;

decisões, se a colaboração de um dos pais na educação dos filhos foi predominante relativamente ao outro ou se passou a ser a partir do momento da separação de facto do casal, dependendo o peso deste último factor do período de tempo em que a criança viveu num ambiente estável e gratificante, da adaptação da criança a esse ambiente e da necessidade de manutenção do mesmo³². Este princípio não é uma sanção para o progenitor que colabora menos na educação do filho ou que, por razões profissionais ou outras, se afasta do filho. O que se pretende é proteger, na medida do possível, o interesse da criança, já perturbada pela alteração que o divórcio dos pais gera na sua vida. Consequentemente, o que é relevante discutir não é a discriminação dos sexos mas a melhor forma de descobrir o interesse da criança, que não pode ser usada como instrumento numa guerra de sexos. O discurso sobre os direitos do homem a não ser prejudicado na guarda dos filhos menores e o discurso sobre os direitos da mulher que sacrificou a sua vida profissional pela educação dos filhos, não pode nunca afastar-se do objectivo único nestas decisões relativas à guarda dos filhos - decidir o destino de uma criança de acordo com aquilo, que do ponto de vista desta e dos seus interesses, representa a solução mais adequada. Não esquecendo, que a melhor forma de defender este interesse é uma decisão por acordo de ambos os pais. A forma como a decisão é comunicada ao filho é mais importante do que a decisão em si. Daí a importância do papel do juiz como mediador na tentativa de que estas questões, como aliás se consegue na maioria dos casos, sejam decididas por acordo dos pais. Com a consequência, também vantajosa para a criança, de que uma decisão consensual se apresenta mais eficaz, ou seja, aumenta a garantia do seu efectivo cumprimento.

A jurisprudência mais recente e a preferência maternal

Actualmente, parece-nos que a preferência maternal, afastada apenas nos casos de incapacidade da mãe, já não está a ser seguida.

planear e supervisionar interacções com outros membros da família, incluindo irmãos e membros da grande família.

³² Sobre este último ponto *vide* as decisões referidas nas notas 34 e 35, as quais se basearam na confirmação de uma situação de facto de ausência da mãe, no horário de trabalho flexível do pai por contraposição à mãe que trabalhava a tempo inteiro noutra cidade e pela necessidade de não impor à criança uma mutação na estabilidade do seu quadro de vida actual.

Na fundamentação das sentenças, os juízes começam por fazer, antes da análise dos factos, uma referência genérica ao papel que o homem e a mulher desempenham na sociedade e na família e ao gradual desaparecimento da figura do pai tradicional, arredado da educação dos filhos e da figura da mãe tradicional cuja função exclusiva era a de se dedicar em casa, à educação dos filhos. O pano de fundo das decisões já não é o Princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, “tão usado e abusado” pela nossa jurisprudência, mas os arts. 7º, nº1 e 9º nºs 1, 2 e 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que consagram uma igualdade de tratamento dos pais e o direito da criança a relacionar-se com ambos³³. As decisões judiciais publicadas têm recebido, assim, nos últimos dois ou três anos, uma inversão de sentido³⁴. Estas decisões reflectem já o novo espírito do tempo. No entanto, o juiz não se deve impressionar demasiado com a mudança de papéis sexuais, pois na maioria dos casos, como vimos, são predominantemente as mães que cuidam das crianças de tenra idade. Importa antes, averiguar, no caso concreto, quem é que cuida da criança no dia-a-dia e não presumir, só porque a estrutura da família está a mudar, que ambos os pais participam igualmente na educação dos filhos.

Nas decisões que vamos comentar em seguida, os homens que são levados a exercer uma função de substituto maternal por força das circunstâncias, adquirem a seu favor uma situação de facto que a jurisprudência reconhece.

No acórdão da Relação do Porto, de 17 de Maio de 1994³⁵, a criança, antes da separação, devido à ausência forçada da mãe por motivos

³³ Vide o Ac. da Relação de Coimbra, de 2 de Novembro de 1994, publicado na CJ, Tomo V, - 1994, p. 36.

³⁴ Talvez, as novas gerações de juízes não se orientem pelo critério da preferência maternal, sendo possível que nas decisões dos tribunais de 1ª instância, se desenhe uma tendência contra a presunção a favor da mãe. Vide a decisão do Tribunal de 1ª instância de Ponte de Lima, publicada em *Corpus Iuris*, Ano II, Dezembro de 1993, nº 21, p. 20 e ss. Vide também a este propósito o estudo de JESSICA PEARSON/ MARIA A. LUCHESI RING, *Judicial Decision-Making in Contested Custody Cases*, Journal of Family Law, vol. 21, nº4, 1982-1983, p. 719 e p. 724, o qual confere apoio empírico à ideia segundo a qual a chave para compreender a comportamento dos juízes nos casos de atribuição da guarda dos filhos é a sua idade. Juízes acima dos quarenta anos aderem geralmente à “*Tender Years Doctrine*” enquanto que juízes de idade inferior a quarenta sustentam pontos de vista mais flexíveis.

³⁵ Vide o Ac da Relação do Porto, de 17 de Maio de 1994, publicado na CJ, Ano XIX, Tomo III - 1994, p. 200 e ss.

profissionais, já ficava com o pai durante toda a semana, e depois da separação de facto continuou a viver com este, com quem mantinha uma boa relação afectiva, tendo este tempo disponível para dedicar à criança. A mãe trabalhava a tempo inteiro noutra cidade, onde vivia numa casa arrendada e tem uma ligação amorosa com um colega de trabalho. A favor do pai jogava a situação de facto criada antes da separação, a continuidade na educação e no ambiente social e familiar da criança, a assistência e a boa relação da menor com os avós paternos. A mãe invocou a seu favor os sacrifícios que fez pela filha e a boa relação afectiva que tem com esta, factores a que o juiz não atribuiu importância, nem sequer para aumentar a duração do direito de visita da mãe.

Analisando a fundamentação desta decisão, ela não partiu de uma presunção a favor da mãe. Todavia, mesmo sem ter sido expressamente referido na sentença, ainda poderia estar presente na mente dos juizes a imagem da mãe de “ bom porte moral” e dona de casa.

A fundamentação da sentença pode não ter revelado o peso real destes factores na decisão: a relação extraconjugal da mãe e o facto de trabalhar a tempo inteiro. Inconscientemente, na mente do juiz, estes factores podem insinuar-se como critérios de exclusão da mãe, pelo facto de esta não corresponder à imagem tradicional de mãe dona de casa. Quanto à relação afectiva da menor com a mãe, o juiz limitou-se a afirmar³⁶, meramente de passagem, “que a menor deverá ter (e, pelos vistos até tem) uma boa relação afectiva à sua mãe”. Os danos causados ao filho com a mudança de ambiente, apesar de referidos como fundamento da decisão, foram presumidos, mas não provados.

Por outro lado, refere-se que o pai impedia a relação de visita da menor com a mãe, em virtude da relação amorosa que esta mantinha com um colega de trabalho. O juiz não ponderou este factor na decisão. Com a Lei 84/95 de 31 de Agosto, o art. 1905º, nº 2 passa a impor que este factor seja valorado negativamente.

A criança tem portanto, um bom relacionamento afectivo com ambos os pais. O factor que distinguiu a situação de ambos foi a estabilidade do ambiente social e familiar em que a criança está inserida e a adaptação da criança a esse meio. Pesou contra a mãe o facto de trabalhar

³⁶ *Idem* p. 202.

a tempo inteiro, ter uma ligação e de viver noutra cidade, o que provocaria na criança uma ruptura no quadro habitual da sua vida³⁷.

Admitimos que esta decisão tenha sido correcta - devido à adaptação da criança ao ambiente em que estava inserida e pelo facto de o pai ter cuidado dela durante a constância do casamento - mas não podemos deixar de chamar a atenção para o facto de que as ligações extra-matrimoniais da mãe não podem ser factores de exclusão da guarda dos filhos. E o facto de ela ser profissionalmente activa só deve ser tido em conta se o pai, em contrapartida, tiver um horário de trabalho mais flexível.

Outro aspecto criticável desta decisão são os argumentos invocados pelo juiz para não aumentar a duração do direito de visita da mãe. Afirmase na referida sentença, o seguinte: a mãe, funcionária pública, precisa de liberdade e relaxamento emocional durante as férias, introduzindo a criança um elemento perturbador na sua vida, o que prejudicaria ambas; a própria menor sofreria por não poder gozar, em períodos de paragem da actividade escolar, de férias no lugar em que habitualmente reside.

Penso que estes argumentos não são válidos. Por um lado, numa sociedade de pessoas adultas e responsáveis, cada um tem consciência das suas necessidades e hierarquiza os seus valores como bem entende. Por outro lado, se a criança pudesse passar um mês de férias com a mãe, conforme o requerimento desta, a menor não ficaria impedida de gozar férias no local onde reside, pois as férias escolares têm uma duração superior a um mês e, de qualquer forma, é duvidosa a asserção de que uma criança precisa de passar férias no local onde vive.

Esta decisão apresenta, no entanto, a vantagem de abolir alguns lugares comuns da jurisprudência: Uma criança de seis anos não é considerada de tenra idade; a identidade de sexo entre a criança e o progenitor a quem a criança é confiada não é considerada um elemento essencial para a formação do carácter e para a educação da criança³⁸.

³⁷ Veja-se a este propósito as palavras do juiz quando refere que a mãe não pode oferecer à filha a estabilidade que lhe oferece o pai, em virtude de estar "só, profissionalmente activa, com uma ligação." CJ, Tomo III, p.202.

³⁸ Defendendo este critério *vide* o ac. da Relação de Lisboa de 4-11-83, CJ, Tomo V, p. 105, onde se diz que "(...) num período mais alargado da infância, as crianças, designadamente as de sexo feminino, devem ser confiadas de preferência à mãe. (...) "primeiro porque como mãe e mulher, melhor as orientará, dando-lhes uma atmosfera de segurança moral que de momento não gozam."

O mesmo se passa na decisão do Tribunal de 1ª instância de Ponte de Lima³⁹, em que a criança, um rapaz de 8 anos de idade, foi confiada ao pai. A decisão funda-se também na situação de facto criada: a criança, após a separação de facto do casal, ficou a viver com o pai. Não se atribuiu qualquer peso ao facto de ser a mãe quem cuidava do filho antes da separação de facto do casal nem à boa relação afectiva que se afirmou existir entre a mãe e o filho. Pesou contra a mãe o facto de trabalhar a tempo inteiro e viver noutra cidade com outro homem e os filhos deste. Quanto ao primeiro aspecto, o juiz afirma expressamente que o pai em virtude de maior lassidão do seu horário de trabalho tem maior disponibilidade para o filho⁴⁰. A relação extramatrimonial da mãe apenas foi referida como um facto que constava do relatório social, mas no momento de ponderar os vários factores pertinentes para a decisão, não foi tida em conta, e bem, embora possa ter influenciado de uma forma mais ou menos consciente o juiz. O factor decisivo foi o bom enraizamento do menor no ambiente escolar que frequenta, o excelente relacionamento afectivo que o menor tem com o seu pai e a circunstância de toda a sua vida social, afectiva e familiar - esta em grande parte - se centrar em Ponte de Lima, onde o menor tem vivido, tem crescido, criado as suas amizades, brincado e sido acompanhado educativamente pelo requerido⁴¹. Também esta decisão rejeita a ideia de que a mãe é, em tese geral, o progenitor mais apto a cuidar dos filhos, chamando a atenção para o facto de o tribunal aferir, de acordo com os elementos únicos de cada caso, o progenitor mais apto a oferecer o carinho, o afecto e o amor de que carece um menor⁴².

O afastamento da jurisprudência relativamente à preferência maternal também se revelou nas acções de alteração de regulação do poder paternal. No acórdão da Relação de Coimbra de 2-11-94⁴³, o tribunal decidiu alterar a regulação do poder paternal a favor do pai, separando a criança, uma menina de seis anos, bem desenvolvida e saudável do ponto de vista somático, da mãe, com quem tem uma boa relação afectiva. Esta decisão baseou-se num parecer do Instituto de Medicina Legal⁴⁴ sobre a

³⁹ Citada *supra* na nota 34.

⁴⁰ *Idem* p. 27.

⁴¹ *Idem* p. 27.

⁴² *Idem* p. 27.

⁴³ Citado *supra* na nota 33.

⁴⁴ Neste parecer, os peritos concluíram, acerca da mãe da criança, que "do ponto de vista da franca psicopatologia existem indicadores que apontam para um fanatismo de

personalidade da mãe e de uma tia da menor, que com estas vivia. O juiz afirma que a menor está bem quer com o pai quer com a mãe⁴⁵. Utilizou, como factor de desempate, a psicopatologia da mãe e os danos que, com forte probabilidade, tal situação causaria à criança, no futuro. A decisão assentou, não num dano actual, mas numa previsão relativamente a um dano futuro. Não se atribuiu qualquer peso à boa relação afectiva da criança com a mãe nem ao grau de adaptação da criança ao ambiente social (vizinhos, escola, amigos) em que estava inserida. Pensamos que era necessário comparar os danos que seriam causados à criança por um desenraizamento relativamente ao ambiente social e familiar ao qual estava adaptada com os danos provocados pela psicopatologia da mãe. No contexto da modificação da regulação do poder paternal, a necessidade de estabilidade por parte da criança constitui um obstáculo à transferência da guarda, factor que pesa a favor do progenitor com quem a criança tem vivido até ao momento. Consequentemente, defendemos uma interpretação restritiva do conceito de circunstâncias supervenientes, fundamento destas acções, segundo o art. 182º, nº1 da O.T.M. Não é qualquer alteração de circunstâncias que fundamenta a alteração da regulação do poder paternal, mas apenas aquelas alterações que tenham na pessoa da criança uma repercussão grave e actual. A noção de estabilidade das condições de vida da criança, do seu ambiente físico e social e das suas relações afectivas introduz uma zona de consenso dentro do conceito de interesse da criança⁴⁶. Tal factor implica, por consequência, uma limitação da discricionariedade judicial nas decisões de alteração do regime de exercício do poder paternal relativamente às decisões iniciais.

Conclusão

A preferência maternal para crianças de tenra idade, que se generalizou na jurisprudência, como critério para decidir o destino dos filhos

religiosidade e eventual paranóia, com evidente prejuízo da saúde mental que se reflecte negativamente sobre a filha." *Idem* p. 38.

⁴⁵ *Idem* p. 37.

⁴⁶ O interesse da criança é identificado pelos especialistas das ciências sociais e humanas com a estabilidade do ambiente físico, social e afectivo do menor. Cfr. I. THERRY, *La référence à l'intérêt de l'enfant, Du divorce et des enfants*, Travaux et Documents, Chaier nº 11, Presses Universitaires de France, 1985, p. 59.

menores após o divórcio ou a separação dos pais, remonta à época pós-Revolução Industrial, relacionada com o estereótipo da mulher dona de casa e mãe e do homem como a segurança económica da família. Está também relacionada com o reconhecimento de maior poder à mulher dentro da família. Na família patriarcal, desde a época feudal até à Revolução Industrial, os filhos, após o período de lactação, em caso de separação dos pais, eram confiados à guarda do pai. Esta situação era discriminatória em relação à mulher, pois a lei não reconhecia o papel que a mulher de facto tinha na educação e no cuidado dos filhos.

Actualmente, numa sociedade em que os estereótipos tendem a mudar (fungibilidade de papéis entre o homem e a mulher), reclama-se que a preferência maternal para crianças de tenra idade é discriminatória em relação ao homem que esteja interessado em obter a guarda dos filhos.

Com efeito, o procedimento seguido para chegar à solução do caso concreto, quando assenta numa preferência maternal, constitui uma discriminação do homem, embora se trate de uma discriminação inconsciente e não intencional, um resquício da divisão social do trabalho instaurada com a Revolução Industrial e que tende a ser ultrapassada pela fungibilidade de papéis que caracteriza a família moderna. Contudo, apesar da tão propalada fungibilidade de papéis, as mulheres continuam, predominantemente, a cuidar dos filhos de tenra idade. Daí que, as mães sejam ainda, na maior parte dos casos, a figura primária de referência na educação e na formação dos filhos. Consequentemente, mesmo abandonando a preferência maternal, a maioria das crianças, após o divórcio, continuam a ser confiadas à mãe.

Todavia, entendemos que o sexo não é uma categoria admissível como critério de decisão. Propomos, antes, um critério neutro em relação ao sexo, o qual permitirá aos homens que participaram de forma predominante na educação dos filhos, durante a constância do casamento ou após a separação de facto do casal, obter a guarda dos filhos.

Os critérios de solução devem ser: a preferência da criança, a relação afectiva desta com os pais e a continuidade do ambiente familiar e social da criança. Os meios para investigar estes factores são os exames psiquiátricos à personalidade dos pais e dos filhos e à dinâmica das suas relações mútuas, a audição dos pais e dos filhos, o inquérito social, a prova testemunhal acerca de qual dos pais dedica mais tempo, atenção e carinho aos filhos no dia-a-dia, cuida da sua saúde, instrução, vestuário, alimentação, vida social etc.

Dada a dificuldade de medir a relação afectiva da criança com os pais, quando as diferenças entre ambos são subtis, tendo presente a falta de meios do aparelho judiciário para investigar estas questões e não sendo possível ouvir a criança (em virtude de esta ser de tenra idade, recusar-se a participar no processo ou de esta participação lhe causar prejuízos psíquicos⁴⁷), resta-nos, como critério de mais fácil aplicação, o princípio da continuidade. Será favorecido o progenitor que tenha sido a figura primária de referência ou com quem a criança tenha vivido depois da separação de facto do casal, desde que esta situação de facto se tenha prolongado durante um período de tempo suficiente de forma a que uma mudança no ambiente social e familiar da criança perturbe o seu equilíbrio e a sua estabilidade emocional. Nos casos em que ambos os pais tenham desempenhado o papel de figura primária de referência, estejam ligados afectivamente de forma semelhante à criança e não haja uma situação de facto a beneficiar nenhum deles, o juiz deverá ter em conta a preferência da criança, a assistência prestada pelos avós, a vontade e capacidade de cada um dos pais para permitir relações próximas e contínuas da criança com o outro. O juiz deverá ponderar todos estes factores, e ainda outros que resultem da investigação feita, e decidir em conformidade com o interesse do menor. A solução a dar ao caso concreto contém inevitavelmente uma parcela de discricionariedade. Mas para se limitar o risco de que no julgamento de insinuem, embora de forma inconsciente, preconceitos de diversa ordem, o tribunal deve fundamentar cuidadosamente a sentença, descrevendo os factos da causa e revelando o raciocínio que o conduziu à conclusão. Por isso se torna cada vez mais importante exigir dos tribunais uma fundamentação completa, clara e transparente das suas decisões e que estes mostrem uma cadeia de fundamentação racionalmente comprovável, controlável e assim discutível⁴⁸. Como diz Larenz, a meta da fundamentação judicial é precisamente convencer as partes e os que buscam o direito, da correcção da resolução encontrada (no sentido da sua conformidade à lei e ao Direito)⁴⁹.

⁴⁷ Sobre este ponto *vide* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *ob. cit.*, p. 93 e ss.

⁴⁸ Cfr. WILFRIED SCHLUTER, *Das Obiter dictum*, 1973, p. 97 *apud* LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 432, nota 95.

⁴⁹ Cfr. LARENZ, *ob. cit.* p. 432, nota 95.