

Universidade Católica Portuguesa
Faculdade de Direito – Escola de Lisboa
Março 2016

O DIREITO DO FILHO A MANTER UMA RELAÇÃO DE
GRANDE PROXIMIDADE COM AMBOS OS
PROGENITORES

Maria do Mar Frazão Félix da Costa

Dissertação elaborada no âmbito do
Mestrado Forense, sob orientação da
Professora Doutora Rita Lobo Xavier

Agradecimentos

À Professora Doutora Rita Lobo Xavier, pela prontidão com que me acolheu, pela inteligência, experiência, paciência e sentido de humor com que me orientou;

Ao Professor Dr. Henrique Antunes, pelo exemplo de professor que é, e pela sapiência e humildade que o caracterizam;

À Biblioteca da Procuradoria Geral da República, principalmente à Teresa e à Isabel pelo carinho e simpatia com que tantas vezes me receberam;

À PMBGR, por me ensinarem e acompanharem nos primeiros passos do mundo do Direito;

À Luísa, que sem saber nem querer, despoletou a minha vontade e interesse em estudar esta área;

Às Britinhas, por me acompanharem desde sempre e por encherem a minha vida com tanta alegria;

Ao meu pai, académico extraordinário, exemplo de trabalho e dedicação, resiliência e inteligência;

Ao Gonçalo, por todo o apoio e incentivo, pela coragem que me deu e pela presença que tem na minha vida,

o meu MUITO OBRIGADA!

Não podemos mudar o vento, mas podemos ajustar as velas do barco para chegar onde queremos.

Confúcio

Índice

Abreviaturas

Introdução

Capítulo I: Enquadramento de Direito Internacional e Constitucional

1. A CED Criança
2. Recomendações CE
3. A Criança na Constituição Portuguesa

Capítulo II: Responsabilidades Parentais e sua Regulação no Contexto de Divórcio

1. Responsabilidades parentais no Código Civil
2. Regulação das responsabilidades parentais no contexto do divórcio
3. Residência única e direito de visita do progenitor não residente
4. O interesse do filho como critério determinante nas decisões no âmbito das responsabilidades parentais
5. Novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível – Lei 141/2015 e Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei 142/2015

Capítulo III: O recurso pelos Tribunais à teoria do “Síndrome da Alienação Parental” (SAP)

1. Análise jurisprudencial
2. Conceito de Alienação Parental
3. Crítica de Clara Sottomayor à aplicação pelos tribunais da teoria do SAP
4. Considerações sobre a posição exposta
5. O direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores

Capítulo IV: A tutela do direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores no contexto de residência única

1. No Direito Civil
2. No Direito Penal

Conclusão

Bibliografia

Lista de Siglas e Abreviaturas

ART./ARTS	ARTIGO/ARTIGOS
AL./ALS	ALÍNEA/ALÍNEAS
CC	CÓDIGO CIVIL
CEDC	CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA
CFR	CONFERIR
CRP	CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA
CP	CÓDIGO PENAL
CPC	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
ED	EDIÇÃO
N.º	NÚMERO
OTM	ORGANIZAÇÃO TUTELAR DE MENORES
P.	PÁGINA
SAP	SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL
SS	SEGUINTE
RGPTC	REGIME GERAL DO PROCESSO TUTELAR CIVIL
VOL	VOLUME

Introdução

No contexto de um divórcio, os cônjuges que têm filhos menores em comum devem proceder à regulação das responsabilidades parentais. Neste âmbito, um dos pontos a definir é a residência do filho.

Sempre que é determinada a residência única, isto é, quando o filho fica a residir com um dos progenitores e o outro tem o designado direito de visita, surge a questão do relacionamento entre ambos que, muitas das vezes, acaba por não ser próximo.

Esta questão costuma ser abordada na perspectiva dos progenitores e dos seus direitos relativamente aos seus filhos. Neste trabalho, propomo-nos a inverter esta premissa, salientando-se o facto de estarmos perante o direito constitucionalmente tutelado do/a filho/a a ter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores, direito que é reconhecido no interesse deste, em consideração do desenvolvimento da sua personalidade a todos os níveis, na pressuposição que aquele relacionamento é determinante para um crescimento harmonioso e equilibrado.

No primeiro capítulo, visa-se o enquadramento internacional e constitucional os direitos da criança pela Convenção Universal dos Direitos do Criança e pela Constituição da República Portuguesa. A importância da Convenção traduz-se no facto de constituir um ponto de viragem no olhar sobre a criança enquanto sujeito de direitos. A C.R.P. consagra um conjunto de direitos fundamentais sobre as relações familiares de onde decorrem princípios delineadores do ordenamento jurídico português quanto à questão de que nos ocupamos.

No segundo capítulo, procurar-se-á contextualizar as responsabilidades parentais no Código Civil, através da apreciação das várias disposições que regulam a menoridade, tanto na parte geral como na especial do Código. Iremos debruçar-nos sobre as reformas legislativas que, ao longo dos anos, foram concretizadas no que ao exercício das responsabilidades parentais diz respeito, designadamente, quanto à residência dos filhos menores, o direito de visita do progenitor não residente e concretização do superior interesse da criança.

No terceiro capítulo, será analisada a tendência dos tribunais relativamente à aplicação da teoria do “síndrome de alienação parental”. Para tanto, foi realizado um resumo da teoria, analisados vários acórdãos dos tribunais portugueses que a aplicam

e exposta a crítica da Professora Maria Clara Sottomayor à mesma e à sua aplicação pelos tribunais. Tentar-se-á demonstrar que, sem por em causa o interesse superior da criança em ter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores, o conceito de alienação parental pode contaminar uma avaliação estritamente jurídica da situação.

No quarto capítulo, serão explicitados os meios de tutela do direito em causa neste trabalho, tanto de natureza civil como de natureza penal, e a posição de alguma doutrina referente às reformas legislativas ocorridas.

Procurar-se-á concluir no sentido da conveniência de uma perspectiva centrada no direito do filho no lugar de uma avaliação dominada pela garantia dos interesses dos progenitores.

Capítulo I: Enquadramento internacional e constitucional

1. Convenção dos Direitos da Criança¹

A Convenção é o único tratado de direitos humanos que foi ratificada por todos os Estados-membros das Nações Unidas, com excepção apenas, da Somália e dos Estados Unidos da América².

Por força do artigo do artigo 8.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, a Convenção integra o direito interno, “funcionando como instrumento interpretativo das disposições da CRP e da lei ordinária que consagram direitos da criança, contribuindo desta forma para a densificação criativa e dinâmica de tais direitos”³.

Diferentemente do que acontece com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, a Convenção tem mais que uma força moral, “é um tratado que uma vez ratificado, se torna vinculativo, designadamente impondo aos Estados-Parte a obrigação de adequar o Direito Nacional aos princípios e normas da Convenção”⁴.

Com a Convenção de 1989 e outros instrumentos legais quer internacionais quer internos, foi possível positivar um conjunto de direitos inerentes à criança que até então não tinham uma garantia efectiva. A partir de então, a criança deixa de ser encarada como um ser passivo ou um mero receptáculo das normas ensinadas pelos progenitores, mas um sujeito constitutivo do seu processo de socialização, com o estatuto de sujeito de direito, titular de direitos e liberdades fundamentais, entre os quais se destacam os direitos de participação, consagrados no artigo 12.º da CDC, que confere às crianças o direito a serem ouvidas em todos os processos que lhes digam respeito e a que a sua opinião seja tomada em conta^{5 6}.

¹ Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 44/25, de 20 de Novembro de 1989. A Convenção foi ratificada por 193 países. Em Portugal, foi assinada a 26 de Janeiro de 1990.

² Vide, *Yanghee Lee, The international Journal of Children's Rights*, Volume 18, No 4, 2010.

³ Vide, Helena Bolieiro, O Direito da Criança a uma Família: Algumas Reflexões, *in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, 2010, p.101

⁴ Vide Rosa Martins, Responsabilidades Parentais no Século XXI: A Tensão entre o Direito de Participação da Criança e a Função dos Pais, *in Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, 2008, p.32

⁵ Vide, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 6ª Edição, 2014, p.58 e 59

⁶ Como mais adiante nos debruçaremos, no direito interno, o direito à audição da criança, independentemente da sua idade, está previsto no artigo 1901.º do Código Civil, na alínea c) do artigo

A Convenção é assim muito mais do que uma lista de direitos de que a criança é titular, consagra um novo *status* da criança que se baseia no reconhecimento de que é uma pessoa e de que tem o direito de viver uma vida de dignidade enquanto sujeito de direitos⁷.

Reconhece-se assim à criança o direito de, pessoal e livremente, participar e/ou opinar e/ou decidir, de forma activa na construção da sua vida, do seu futuro⁸, de acordo com a sua idade e maturidade, o que é melhor para o seu crescimento saudável (conforme artigo 12.º e 14.º da Convenção).

Com efeito, a Convenção para além de consagrar a criança como um sujeito activo nos termos mencionados, identifica, em múltiplos artigos, a exigência do respeito por parte dos Estados Partes dos direitos e deveres dos progenitores, do direito dos filhos a uma família e à relação com os dois progenitores, nomeadamente, no artigo 5.º; no artigo 7.º onde é consagrado o direito do filho a ser educado pelos seus pais; no artigo 8.º onde é concretizado o direito à sua identidade através de, entre outros, do direito a preservar as suas relações familiares; no artigo 9.º onde é consagrada a garantia da não separação dos filhos dos pais (salvo se, no interesse dos filhos); no n.º 3 o reconhecimento do respeito pelas relações familiares da criança separada de um ou dos dois pais; no artigo 18.º onde é salientada a responsabilidade comum na educação dos filhos (artigo que põe o acento tónico no interesse superior da criança).

Visa-se, pois, o desenvolvimento pessoal nas suas vertentes afectiva, emocional, intelectual e a satisfação integral dos direitos da criança e não os interesses dos seus progenitores, os quais apenas devem ser atendidos se e na medida em que corresponderem aos do filho⁹.

4.º e artigo 5.º da Lei 141/2015 e na alínea j) do artigo 4.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei 142/2015 de 8 de Setembro.

⁷ Vide, Jean Zermatten, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, in *The International Journal of Children's Rights*, Volume 18, No 4, 2010.

⁸ Vide Alcina Costa Ribeiro, *Autonomia da Criança no Tempo de Criança*, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010, p.19

⁹ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11.04.2012, Processo 612/09.7TMFAR.E1, disponível em www.dgsi.pt (a propósito do artigo 9.º n.º 3 da CEDC)

2. Constituição da República Portuguesa

A CRP tutela nos seus artigos 36.º, 67.º e ss a família, dispondo especificamente nos artigos 69.º e 70.º de uma proteção constitucional exclusiva às crianças, demonstrando assim uma preocupação do legislador constitucional em relação a estas, considerando-as “como sujeitos de direitos (e sujeitos de direitos fundamentais), repudiando o modelo autoritário da completa submissão dos filhos menores aos pais”¹⁰.

Os direitos da criança são hoje direitos humanos já juridicamente reconhecidos como direitos fundamentais¹¹.

Assim, o Estado vinculado positivamente pelos direitos fundamentais tem o dever de proteger o interesse dos filhos,¹² “tendo em vista o seu desenvolvimento integral”¹³.

O artigo 36.º n.º 3 consagra expressamente um dos princípios mais importantes no que ao nosso tema diz respeito e que ao longo deste trabalho irá ser abordado, a igualdade de direitos e deveres dos progenitores quando à manutenção e educação dos filhos.

Os filhos têm o direito à educação e à sua manutenção por parte dos pais. Este, consiste no direito dos filhos de os pais lhes fornecerem sustento, dentro das suas capacidades económicas, até que estejam em condições de o fazer sozinhos¹⁴.

Os filhos não devem ser separados dos pais, quer em termos de residência quer em termos de direito de convívio, estando implícito que os pais são quem se encontram na melhor posição para definir os interesses dos filhos. Os pais têm, por isso, o primado na determinação do interesse dos filhos.

¹⁰ Vide, Rosa Cândido Martins, Poder Paternal Vs Autonomia da Criança e do Adolescente *in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, p.65 e ss; Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição da República Anotada, Coimbra Editora, p.708

¹¹ Vide, Armando Leandro, Direitos da Criança e Comunidade, *in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, 2010, p.61

¹² Vide, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição da República Anotada, p.708

¹³ Vide, Anabela Miranda Rodrigues, O Superior Interesse da Criança, *in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, p.37

¹⁴ Neste sentido, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *em Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2007, p.565

A Constituição admite que os filhos sejam separados dos pais como última *ratio*, restringindo os direitos dos filhos a manter uma relação de grande proximidade com os progenitores, impondo ao Estado, no artigo 69.º um dever de protecção das crianças e admitindo inclusivamente uma decisão que ordene a separação destes.

Para o Juiz Conselheiro Jubilado Laborinho Lúcio, muitas das orientações relativas aos direitos da criança, quer nacionais quer internacionais, “cometem o mesmo pecado original. É que todas elas acabam (...) por partir dos direitos já constituídos para a criança, e não (...) da criança para os seus direitos a reconhecer e a constituir. (...) ensaiemos, desde logo, coerentemente, um caminho que, podendo concorrer positivamente com outros do mesmo modo valiosos, parta da criança ao encontro dos direitos, começando por inverter, assim, desde logo metodologicamente, o sentido da sua relação recíproca, e superando desse modo, o modelo que assenta na estratégia de adaptar à criança os direito já previstos para todos, em termos gerais”¹⁵.

¹⁵ Vide Laborinho Lúcio, *As Crianças e os Direitos – O Superior Interesse da Criança*, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, 2010, p.179 e 180

Capítulo II: Regulação das responsabilidades parentais no contexto de divórcio

1. Responsabilidades Parentais no Código Civil

a) Na Parte Geral do Código Civil

O Código Civil consagra na Parte Geral (artigos 122.º e seguintes), o regime jurídico do suprimimento da incapacidade de exercício dos menores. É consagrada a capacidade genérica de gozo, isto é, o poder de ser titular da generalidade dos direitos e estar adstrito à generalidade das vinculações reconhecidas pela ordem jurídica, a incapacidade de gozo – medida de direitos e vinculações de que o menor não pode ser titular e a que não pode estar adstrito. De igual forma é consagrada a incapacidade de exercício – medida de direitos e vinculações que uma pessoa não pode exercer e cumprir por si, pessoal e livremente¹⁶.

No entanto, a incapacidade de exercício não é absoluta, na medida em que, “o funcionamento do instituto das incapacidades de exercício deve adaptar-se à promoção do desenvolvimento integral das crianças e dos jovens, concedendo-lhes espaços de autodeterminação, para preparar o seu pleno ingresso no tráfico jurídico”¹⁷.

O tratamento jurídico da questão da infância, resume-se, no direito civil tradicional, aos conceitos jurídicos de menoridade e incapacidade de exercício, sendo a questão da autonomia das crianças considerada secundária e reduzida ao aspecto patrimonial e laboral (artigo 127.º), num quadro legislativo dominado pelo dever de obediência (artigo 128.º). O instituto da incapacidade de exercício tem uma origem patrimonial visando, em primeiro lugar, a protecção patrimonial do incapaz, proprietário de bens, e da integridade do património familiar, e, em segunda linha, a protecção da segurança no tráfico jurídico¹⁸.

¹⁶ Vide Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral Direito Civil I, Introdução e Pressupostos da Relação Jurídica*, Universidade Católica Editora, 2009, p.136

¹⁷ Vide, Maria Clara Sottomayor, *in Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, 2014, p. 268

¹⁸ Vide, Maria Clara Sottomayor, *Temas de Direitos das Crianças*, Almedina, 2014, p.58

Como nos ensina Menezes Cordeiro, o dispositivo dos artigos 122.º e seguintes, aparentemente relativo a incapacidades de âmbito genérico, só tem aplicação no domínio do Direito das Obrigações e, mesmo aí, no campo dos negócios mais significativos¹⁹.

b) Na Parte Especial do Código Civil – Livro de Direito da Família

A Lei 61/2008 introduziu profundas alterações no Livro IV do Código Civil relativo ao Direito da Família, designadamente nas relações entre pais e filhos, como se demonstrará ao longo do capítulo.

Até à Lei 61/2008 a expressão utilizada para referir a actividade de representação dos menores era “poder paternal”. Este diploma fixou uma nova terminologia denominada por exercício das responsabilidades parentais, conduzindo ao desaparecimento da ideia tradicional de poder paternal passando ambos os progenitores a ter uma capacidade igual de decisão relativamente aos assuntos do menor. “A fixar, por essa via, e sem reservas, a ideia de igualdade, e abolindo as referências explícitas e directas a um poder paternal/maternal nitidamente identificador de um género predominante”²⁰.

Esta mudança tem como razão de ser o facto de traduzir melhor a ideia de que os progenitores, em absoluto pé de igualdade e em razoável concertação com o/a filho/a menor, se encontram investidos de uma missão de prossecução dos interesses deste, sentindo-se ambos responsáveis e implicados pelo seu bem-estar, exercendo, para o efeito, poderes legalmente conferidos²¹.

Foi colocado o acento tónico na forma e conteúdo do exercício do poder paternal, independentemente do facto de o filho residir com um ou outro progenitor. Daí que esta alteração acompanhe a substituição da expressão poder paternal por responsabilidades parentais. Não obstante o filho residir com um dos progenitores, ambos são responsáveis pelo respectivo desenvolvimento físico, intelectual e moral²².

¹⁹ Vide, António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil, Parte Geral, 3ª edição, 2011, p.473.

²⁰ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.06.2012 Processo 33/12.4TBBRR.L1-8 e disponível em www.dgsi.pt

²¹ Vide, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, em A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos, 2009, p.155

²² Vide, Helena Gomes Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Batista Carvalho, Manuel do Carmo Bargado, Ana Teresa Leal; Felicidade Oliveira, em Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, 2009, Quid Juris, 2ª Edição, p.47

“A expressão poder paternal estava em contradição com a concepção de família consagrada na Constituição e no Código Civil: a família participativa e democrática, baseada na igualdade entre os seus membros e em deveres mútuos de colaboração”²³.

Pretende-se, assim, focalizar o instituto na criança e nos seus superiores interesses como sujeito de direitos e não nos direitos dos progenitores, devendo estes assumir as suas responsabilidades com o respeito pleno dos direitos daquela, de modo a assegurar-lhes um sã e harmonioso crescimento²⁴.

Opera-se, deste modo, uma evolução relativamente àquilo que já no âmbito da legislação anterior e da doutrina mais tradicional, se entendia ser o conteúdo e as características dos direitos pessoais familiares, verdadeiros “*direitos-deveres*” ou também chamados “*poderes funcionais*”, atribuindo um poder ao seu titular, mas impondo, ao mesmo tempo, um verdadeiro dever a esse mesmo titular²⁵.

A doutrina²⁶ e da jurisprudência consideram assim o exercício das responsabilidades parentais um poder funcional, na medida em que, o que está em causa é um poder que está submetido altruisticamente ao interesse da criança²⁷.

“Trata-se de um poder dever, entendendo-se que os deveres dos progenitores devem estar antes dos seus poderes. Sendo um poder de proteção (e não tanto de direção), na medida em que, a prossecução do interesse do filho menor de idade deve ser sempre o fim do instituto”.²⁸ São, designadamente, poderes-deveres de velar pela segurança e saúde dos filhos menores (artigo 1878.º n.º 1), de dirigir a sua educação (artigos 1878.º n.º 1 e 1885.º), de decidir a sua formação religiosa (artigo 1886.º), deveres de respeito, auxílio e assistência (artigo 1874.º n.º1), poder de orientação da vida dos filhos, mas com respeito pela opinião destes, de acordo com a sua

²³ Vide, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 6ª Edição, 2014 p.280

²⁴ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.03.2013, Processo 3500/10.0TBBRR.L1-6 e disponível em www.dgsi.pt

²⁵ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.03.2013, Processo 3500/10.0TBBRR.L1-6 e disponível em www.dgsi.pt

²⁶ A título de exemplo Vide, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, em A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos, 2014, p.155

²⁷ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.03.2013, Processo 228/11.8TBBCL.G1, e disponível em www.dgsi.pt

²⁸ Vide, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, em A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos, Coimbra Editora, 2009, p.156

maturidade (artigo 1878.º n.º 2) etc. Estará, assim, em melhores de exercer as responsabilidades parentais quem melhor satisfizer os interesses dos filhos.

Por fim, importa referir uma outra alteração relativa ao artigo 1901.º, n.º 3 do CC, pois anteriormente “previa que o Tribunal ouvisse o filho maior de catorze anos. A lei deixa de estabelecer uma idade mínima para o direito do filho a ser ouvido, supondo-se que o Tribunal deverá ter em conta a sua opinião de acordo com a “maturidade” e “autonomia” exigidas para o assunto a decidir. Este preceito concilia-se com a consideração do menor de dezoito anos como titular de direitos, nomeadamente, de direitos de personalidade, e como pessoa em processo progressivo de desenvolvimento e autonomização”^{29 30}.

Torna-se assim explícita a consideração dos menores de dezoito anos como “sujeitos” de direitos e a preponderância da responsabilidade dos progenitores quanto à relação social e jurídica de cuidado sobre a função estritamente jurídica de representação como suprimento da sua incapacidade de exercício³¹.

2. A regulação das responsabilidades parentais no contexto do divórcio

2.1. Objectivos principais

O artigo 1906.º do Código Civil é a disposição mais importante em termos de regulação de responsabilidades parentais no direito português.

No contexto do divórcio e havendo filhos menores é necessário definir as referidas responsabilidades, a questão dos alimentos, da residência e o exercício das responsabilidades parentais.

²⁹ Vide, Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Lei 61/2008 de 31 de Outubro, Almedina, 2010, p.64

³⁰ Com a lei n.º 141/2015 de 8 de Setembro, a criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração na determinação do seu superior interesse. A audição da criança está agora integrada no processo de regulação das responsabilidades parentais.

³¹ Vide, Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Lei 61/2008 de 31 de Outubro, Almedina 2010, p.63

O conteúdo das responsabilidades parentais vem explanado no artigo 1878.º do CC ³²:

1. *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.*
2. *Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida.*

“Não se trata de um conjunto de faculdades de conteúdo egoístico e de exercício livre, ao arbítrio dos respectivos titulares, mas de um conjunto de responsabilidades de conteúdo altruísta que tem de ser exercido de forma vinculada, de harmonia com o direito, consubstanciadas no objectivo primacial de protecção e promoção dos interesses dos filho, com vista ao seu desenvolvimento integral” ³³.

De salientar que com a introdução da Lei 61/2008, não há distinção no exercício das responsabilidades parentais entre famílias em que houve divórcio ou separação. Há sim, uma “vontade de generalizar o exercício em comum das responsabilidades em relação a todas as famílias” ³⁴.

Um dos critérios introduzidos pela mencionada lei na regulação das responsabilidades parentais é a disponibilidade de cada um dos pais para promover a relação da criança com o outro (n.º 5) ³⁵.

O objectivo de promover a relação da criança com ambos os progenitores tem conduzido, desde a década de 80 do século XX, a que as ordens jurídicas procedam a

³² Este conceito de responsabilidades parentais foi baseado na definição esplanada na Recomendação n.º R 84 sobre Responsabilidades Parentais aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa definidas como “o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens.

³³ Vide, Armando Leandro, Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões da Prática Judiciária *in* Separata do Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto, p.119.

³⁴ Vide, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª Edição, 2014 p.281

³⁵ A professora Maria Clara Sottomayor considera “a preferência pelo progenitor mais generoso em permitir a relação da criança com o outro incentiva o conflito entre os pais”, *in* Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 6ª Edição, 2014 p.199

reformas sucessivas da legislação civil relativa à regulação das responsabilidades parentais ³⁶.

Em Portugal, o interesse da criança a uma relação de proximidade com ambos os pais foi introduzido na lei, em 1995 (Lei 84/95 de 31 de Agosto), juntamente com a possibilidade legal de homologação de acordos que consagrassem o exercício conjunto das responsabilidades parentais ³⁷.

Este objectivo não será, certamente, alcançado com guerras e litígios entre os seus progenitores, tanto mais que a lei quer, hoje mais do que antes, que os pais se mantenham solidários e responsáveis pelo destino dos filhos que não podem ser vítimas inocentes dos seus comportamentos menos correctos, os quais têm sempre repercussão no desenvolvimento dos laços de afectividade e parentalidade ³⁸.

Com a já referida Lei 61/2008, passou a ser o imposto como regra pelo artigo 1906.º n.º 1, o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativo às questões de particular importância para a vida do/a filho/a, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, de forma a promover o igual compromisso de ambos os progenitores na vida do/a filho/a.

Antes de mais, dado o carácter indeterminado da noção de questões de particular importância, cumpre perceber e concretizar o que são.

A lei não resolve esta questão pois há uma multiplicidade de situações possíveis em cada seio familiar, cabendo, assim, à jurisprudência e à doutrina o importante papel de concretização do conceito.

“A delimitação entre actos correntes e actos de particular importância é difícil de estabelecer em abstracto, pois existe entre estas duas categorias uma ampla zona cinzenta formada por actos intermédios, que tanto podem ser classificados como actos

³⁶ Vide, Clara Sottomayor, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina 2014, p.67

³⁷ Vide, Clara Sottomayor, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2014, p.67

³⁸ Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-01-2014, Processo 1551/12.0TMPRT-DP1 e disponível em www.dgsi.pt.

correntes ou como actos de particular importância, conforme costumes de cada família concreta”³⁹.

Para Paulo Guerra, são questões “existenciais e graves e raras que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”⁴⁰.

Para Guilherme de Oliveira, “as questões de particular importância serão sempre acontecimentos ou questões existenciais graves e raras na vida da criança pelo que os progenitores apenas terão que cooperar episodicamente e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, os chamarão à responsabilidade de pais e à contenção necessária para essas ocasiões”⁴².

A lei aqui privilegia “actuações de boa fé e de cooperação entre os ex-cônjuges impondo-lhes deveres mútuos de informação sobre o filho (...)”⁴³.

No caso de não haver acordo quanto às questões de particular importância, o Tribunal poderá intervir, conforme o disposto nos artigos 1906.º n.º 1 e artigo 1901.º n.º 2 do CC. A doutrina e a jurisprudência têm entendido que a intervenção judicial deverá “ser uniforme e limitada por razões de segurança jurídica” considerando que o são, nomeadamente: a escolha em estabelecimento de ensino público ou privado, as intervenções cirúrgicas que impliquem risco para a vida ou integridade física da criança, o exercício de uma atividade laboral por parte da criança ou adolescente, as saídas para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo.⁴⁴

³⁹ Vide, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio, 6ª Edição, 2014 p.322

⁴⁰ Vide, Paulo Guerra, As Responsabilidades Parentais – as Quatro Mãos que Embalam o Berço, in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, p.238.

⁴¹ Para o Autor citado e na obra citada, p.242, a definição deste conceito é gerador de muitas dúvidas e subjectividades, competindo à jurisprudência a sua concretização.

⁴² Vide, Guilherme de Oliveira, A Nova Lei do Divórcio, in *Lex Familiae* Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Ano 7 n.º 13 (2010), p.5-32

⁴³ Vide Eliana Gersão, Transformação Social, Divórcio e Responsabilidades Parentais, in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio, p.234.

⁴⁴ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18-10-2011 e disponível em www.dgsi.pt, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 6ª Edição, 2014, p.312 e ss.

2.2 Fixação da residência

Relativamente a este ponto, cumpre antes de mais assinalar outra alteração da Lei 61/2008, a substituição do conceito de guarda pela expressão residência⁴⁵.

“A determinação da residência da criança junto de um dos progenitores não pode significar apenas o estabelecimento do local e da pessoa com quem a criança coabita no dia-a-dia. Tem que significar, também, a prestação de cuidados básicos e o exercício dos direitos-deveres de educação e protecção da criança no quotidiano, caso contrário, estaria a esvaziar-se a função fundamental do progenitor que desempenha o papel de cuidador primário ou de pessoa de referência da criança, o que não pode ter sido a intenção da lei, sob pena de contrariar a coerência axiológica do sistema assente na prioridade do interesse da criança”⁴⁶.

No contexto do divórcio ou de separação, o tribunal, confrontado com a decisão da fixação da residência do menor, dispõe de dois modelos, a optar consoante o caso: a residência única com um dos progenitores e inerente direito de visita ao outro progenitor; ou residência alternada, ora com um progenitor ora com o outro progenitor.

No primeiro modelo, o progenitor confiado com a residência tem o poder-dever de fixar a residência do(s) filho(s) e de ficar responsável pela maioria das obrigações e necessidades deste(s) ficando o progenitor sem a residência assim com direito de visita, muitas vezes, estabelecido no regime de fins de semana de quinze em quinze dias, um dia durante a semana de quinze em quinze dias e metade das férias.⁴⁷ Este regime tem como possível consequência e risco uma insuficiente relação entre o progenitor sem a residência e o/a filho/a, dado o escasso convívio entre ambos.

Em relação ao segundo modelo, a residência conjunta ou alternada, surge no contexto de desagrado pela residência anteriormente referida, na medida em que,

⁴⁵ De referir que, pese embora esta alteração já ter oito anos, muitos tribunais ainda não se actualizaram nesta matéria, a título de exemplo, Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 14.01.2014, Processo 21/05.7TBVLP-A.P1; Acórdão Tribunal da Relação do Porto de 19.06.2012, Processo 1516/06.0TMPRT.2.P1; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.02.2015, Processo 1463/14.2TBCLD.L1-8; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.12.2015, Processo 6001/11-6TBCSC.L1-6 e disponível em www.dgsi.pt

⁴⁶ Vide, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª Edição, 2014, p.27.

⁴⁷ Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22.02.2015; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.10.2013, Processo 2450/07.2TMLSLB.L1-7 e disponível em www.dgsi.pt

pretende garantir o direito do/a filho/a em relacionar-se com os dois progenitores de igual forma: igualdade de direitos e responsabilidades entre os progenitores⁴⁸.

“A possibilidade de cooperação entre os pais, após o divórcio, nasceria assim, nesta visão optimista, da transformação profunda das relações familiares tradicionais, da banalização do divórcio, de uma cultura centrada nos direitos da criança e de uma sociedade de tendências igualitárias”⁴⁹.

Clara Sottomayor critica a imposição da residência conjunta por parte do Tribunal quando não há acordo dos progenitores. Considera que a expressão “exercício conjunto das responsabilidades parentais” utilizada no artigo 1906.º do CC, se refere, apenas, à questão jurídica de saber a quem compete a tomada de decisões relativas aos assuntos de particular importância da vida da criança, estipulando a lei que os pais devem decidir de comum acordo estas questões. Contudo, este princípio do exercício conjunto não abrange a fixação de uma residência dupla da criança nem significa a imposição legal de uma relação frequente desta com ambos os pais. O exercício conjunto das responsabilidades parentais nada tem a ver com a relação com o convívio da criança com ambos os pais, mas apenas com a exigência legal de que as decisões mais relevantes, no domínio da educação e da saúde da criança, sejam tomadas por ambos os progenitores. Deste princípio, não se pode deduzir qualquer decisão legislativa favorável à partilha do tempo da criança entre ambos os pais, nos moldes de uma alternância de residência.⁵⁰

Não iremos debruçar-nos de forma mais aprofundada sobre este tópico, na medida em que, foge ao escopo do nosso trabalho: quando a residência conjunta é estabelecida, o problema da proximidade com ambos os progenitores fica resolvido. O objecto do nosso trabalho pressupõe a existência de uma proximidade do/a filho/a com os dois progenitores quando aquele/a vive apenas com um deles, isto é, no âmbito da residência única.

⁴⁸ Vide, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª Edição, 2014, p.222

⁴⁹ Vide, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª Edição, 2014, p.224

⁵⁰ Vide, Clara Sottomayor, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2014, p. 70 e 71.

3. A residência única e o direito de visita do progenitor não residente

“O direito de visita neste contexto, significa a possibilidade de o progenitor sem a residência e a criança se relacionarem e conviverem entre si, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal, no dia-a-dia, em virtude da falta de coabitação”⁵¹.

“O direito de visita do progenitor não residente, não representa uma faculdade, um direito subjectivo do parente do menor, mas antes um direito a que estão associados deveres, nomeadamente o dever de se relacionar com o/a filho/a com regularidade, em ordem a promover o seu desenvolvimento físico e psíquico”⁵².

Neste tópico, levanta-se o problema de o progenitor com que o filho não reside e no “típico” sistema de residência única em que este tem apenas uns dias por mês com o/a filho/a, a relação entre estes tornar-se insuficiente e incapaz de satisfazer as necessidades tanto de filho/a como de progenitor. É uma relação com um curto período temporal, acabando, assim, por não criar uma ligação suficientemente forte e podendo provocar a sensação no/a filho/a de que o progenitor não residente não é seu responsável.

Estando o filho/a a residir com um dos progenitores, é importante para que não sintam a separação dos progenitores como um abandono e não cresça vendo no progenitor com quem não reside um estranho. Assim, o regime do direito de visita possibilita a manutenção das relações do menor com o outro progenitor, as quais se desejam e pretendem tão intensas quanto possível, permitindo ao menor enriquecer os seus sentimentos, o seu afecto e a sua compreensão em relação ao pai como à mãe”⁵³.

Direito de visita significa assim o direito de o progenitor que não reside com o/a filho/a se relacionar e conviver com ele, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal em virtude da falta de coabitação dos pais.⁵⁴

⁵¹ Vide, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª Edição, 2014 p.108

⁵² Neste sentido, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31.01.2006, Processo 4027/05 e disponível em www.dgsi.pt

⁵³ Vide Acórdão da Relação do Porto de 18.05.2006, Processo 0632170 e disponível em www.dgsi.pt

⁵⁴ Vide Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2010, Processo 1169/08.1TBCSC-A.11-1 e disponível em www.dgsi.pt

Este direito “é um direito-dever, um direito-função, um direito a ser exercido não no exclusivo interesse do seu titular, mas, sobretudo, no da criança. Não é, pois, um direito de carácter absoluto, visto que está subordinado ao interesse da criança”⁵⁵.

“Diz-se assim que a relação familiar é triangular, isto é, de pai, mãe e filho e não de pai-filho e mãe-filho, o que implica que, em certos casos de separação dos pais, se deve estabelecer um regime de visita o mais amplo possível, em ordem a propiciar ao menor uma vivência tão aproximada quanto possível daquela relação triangular”⁵⁶

4. O interesse do filho como critério determinante das decisões no âmbito das responsabilidades parentais

“Toda a intervenção relativa a menores deve ter em conta o superior interesse da criança ou jovem. O princípio surge consagrado na Convenção dos Direitos da Criança (...), e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República (...), cujo artigo 3.º n.º 1 dispõe que “todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”⁵⁷. O artigo 4.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, em consonância com a legislação internacional, tem como epígrafe “Princípios Orientadores da Intervenção”, sendo a alínea a) o interesse superior da criança e do jovem – *a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto.*

Relativamente às responsabilidades parentais, o artigo 1906.º n.º 7 do CC dispõe que o *Tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor*

⁵⁵ Vide, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 19.05.2009, Processo 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, relator Arnaldo Silva

⁵⁶ Vide, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.10.2013, Processo 2450/07.2TBMLSB.L1-7 e disponível em www.dgsi.pt

⁵⁷ Vide, Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2010, Processo 1169/08.1TBCSC-A.11-1 e disponível em www.dgsi.pt

incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores (...).

Por fim, o CC no artigo 1978.º n.º 2 dispõe que: *na verificação das situações previstas no número anterior o tribunal deve atender prioritariamente aos direitos e interesses do menor.*

A Lei 61/2008 introduziu esta profunda alteração no n.º 7 do artigo 1906.º impondo explicitamente ao tribunal o dever de decidir tendo sempre como base o interesse do menor, concretizado na manutenção de uma relação de grande proximidade com os dois progenitores e o de que as responsabilidades parentais sejam partilhadas.

“Estes novos preceitos procuram concretizar o objectivo de evitar que o divórcio ou a separação dos pais provoque o afastamento de um dos progenitores em relação ao filho, debilitando o respectivo relacionamento afectivo, o que ocorreria mais frequentemente com o pai. A ideia subjacente é a de que, no interesse do filho, ambos os progenitores devem manter-se comprometidos com o desenvolvimento, questão que não se deverá deixar na livre disponibilidade dos progenitores”⁵⁸.

Trata-se de um conceito necessariamente indeterminado de forma a que abranja toda a multiplicidade de crianças e famílias, tendo que ser concretizado no caso concreto, em face de cada criança.

“O interesse do menor corresponde a um conceito amplo e aberto, a preencher casuisticamente dada a variedade de situações susceptíveis de ocorrer (...). É em função de cada caso concreto a regular que se determina o interesse do menor. (...) De um modo geral, a prossecução do interesse do menor, em caso de ruptura de vida dos progenitores, tem sido entendida em estreita conexão com a garantia de condições sociais, morais e psicológicas, à margem da tensão e dos conflitos que eventualmente oponham os progenitores”⁵⁹.

O Juiz Conselheiro Jubilado Laborinho Lúcio olha para o interesse da criança como “o conjunto dos seus direitos já conhecidos, e com o seu reconhecimento como

⁵⁸ Rita Lobo Xavier, *Recentes alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, 2010, p.65

⁵⁹ Vide, Helena Gomes Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Batista Carvalho, Manuel do Carmo Bargado, Ana Teresa Leal; Felicidade Oliveira, em *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, *Quid Juris*, 2ª Edição, 2009, p.64 e 65

sujeito de direitos. O respeito, aí pelo superior interesse da criança coincidirá, então e em absoluto, com o respeito pelos direitos da criança”. Reconhece, no entanto, que não é suficiente, sob pena de estarmos perante um “sujeito abstracto de direitos”. Para o autor, “o superior interesse da criança identifica-se com a sua dimensão naturalística, aí se tornando gerador de novos direitos da criança. Será aí o interesse superior da criança a assumir a sua dimensão de fonte de direitos da criança”⁶⁰.

Para Clara Sottomayor, o “critério carece de ser definido pelo legislador para vincular mais fortemente o juiz à lei e evitar decisões distintas para os casos semelhantes, solução inaceitável num Estado de Direito e que viola os direitos dos cidadãos à igualdade e à segurança jurídica”⁶¹. Diferentemente, o interesse da criança poderá falhar na sua missão de proteger as crianças.

No entanto, concretizar através de regulação normativa o conceito de interesse da criança, dada a panóplia de diferentes situações e famílias, poderá ser perigoso pois poderá acontecer o caso de regulando tudo, passar a nada regular. O direito inglês adoptou um conjunto de factores que, aquando da decisão, o juiz deve ter em conta, designadamente, os desejos e sentimentos da criança, de acordo com a sua maturidade e idade; as necessidades físicas, emocionais e educacionais; o efeito provável, na criança, de uma alteração das suas circunstâncias; a idade, sexo, formação cultural e todas as características que o tribunal considere relevantes; os danos que a criança tenha sofrido ou esteja em risco de sofrer; a capacidade dos pais e de terceiras pessoas para satisfazer as necessidades das crianças⁶².

De acordo com Lamborinho Lúcio, adoptar como o critério mais ponderoso o superior interesse da criança não é sinónimo da “adopção acrítica da posição trazida pela criança, mas sim, a ponderação do seu ponto de vista, da sua opinião, cuja importância reforça ainda mais a necessidade de lhe dar voz e de a ouvir. Mas sempre tendo em conta que a opinião da criança constitui um dos dados da equação e que a ponderação, com saliência, do seu superior interesse, nunca deixará a uma essencial

⁶⁰ Vide Laborinho Lúcio, *As Crianças e os Direitos – O Superior Interesse da Criança*, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, 2010, p.186

⁶¹ Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 2014, 6ª edição, p.45

⁶² Neste sentido, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª edição 2014, p. 45

concordância prática com outros interesses legítimos concorrentes. Quer isto dizer que é possível, em concreto, encontrar nas circunstâncias do caso, motivos bastantes para proceder a concordâncias práticas de interesses antagónicos, sendo que o principal, de entre eles, é o superior interesse da criança”⁶³.

Jean Zermatter reconhece neste conceito duas funções essenciais, um “de controlo garantindo que o exercício dos direitos da criança seja correctamente vivido; e de solução, enquanto instrumento ao serviço dos decisores para que sejam encontradas as boas decisões relativas à criança”⁶⁴.

Contudo, na prática, esta noção apesar da sua dimensão retórica, que gera um aparente consenso, tem-se revelado um critério pouco útil, porque abrange uma variedade de sentidos pois diferentes decisões podem ser justificadas como sendo no “interesse da criança”, prestando-se a interpretações subjectivas, dependentes da pessoa que interpreta⁶⁵.

Apesar desta indeterminação conceptual que pode levar a cabo a várias interpretações subjectivas e assim, necessitando de concretização doutrinal e jurisprudencial de forma a chegarmos a uma melhor compreensão do que é o interesse da criança, o interesse do filho é o de ter uma presença igual, estável e permanente de ambos os pais na vida dele (interesse este que só poderá ser afastado em situações excepcionais conforme os já referidos artigos 9.º da CDC, 36.º da CRP e 40.º do RGPTC).

Em último lugar, uma nota em relativa à formulação do n.º 5 do artigo 1906.º, na medida em que, o juiz ao decidir a residência do filho e os respectivos direitos de visita terá que ter em consideração para além do interesse já mencionado, o possível acordo dos pais. Ora, com esta redação parece que o legislador olha para o acordo dos pais como um meio para uma melhor decisão. Nas palavras de Clara Sottomayor, “parece ter retirado força jurídica ao acordo dos pais (...). Verifica-se, portanto, uma

⁶³ Vide Laborinho Lúcio, *As Crianças e os Direitos – O Superior Interesse da Criança*, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, 2010, p.190

⁶⁴ Vide Jean Zermatten, *L'Intérêt Supérieur de l'Enfant, De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique, Working Report, Institut International des Droits de l'Enfant*, 2003, p.11.

⁶⁵ Neste sentido, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª edição 2014, p. 46

contradição entre as normas da OTM, que continuam a considerar o acordo como um modo de regulação distinto da decisão judicial e o artigo 1906.º n.º5, que parece sugerir que o juiz não pratica um acto de homologação ou de recusa de homologação do acordo, seguido de decisão judicial, na segunda hipótese, mas decide sempre a questão através de uma sentença reguladora, podendo divergir do acordo dos pais, em função de outras circunstâncias”⁶⁶.

**Regime Geral do Processo Tutelar Cível: Lei 141/2015 de 08 de Setembro
Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo: Lei 147/99 de 01 de
Setembro com as alterações da Lei 142/2015 de 08 de Setembro.**

No seguimento desta incerteza e subjectividade conceptual referente ao conteúdo do “interesse da criança”, foram aprovadas as Leis 141/2015 e 142/2015, ambas de 8 de Setembro de 2015, promovendo-se assim uma densificação do conceito de superior interesse da criança, que importa aqui analisar.

Lei 142/2015

Artigo 4.º

Alínea a) - *Interesse superior da criança e do jovem – a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afecto de qualidade e significativas (...)* (sublinhado nosso)

Alínea g) - *Primado da continuidade das relações psicológicas profundas – a intervenção deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afectivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante.* (sublinhado nosso)

⁶⁶ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 6ª edição, 2014, p.30

No que ao nosso tema diz respeito, o legislador aditou a valorização da continuidade das relações de afecto de qualidade significativas e acrescentou a alínea g).

Lei 141/2015

Esta Lei regula o processo aplicável às providências tutelares cíveis e respectivos incidentes.

O artigo 4.º da Lei enumera os princípios orientadores das providências tutelares cíveis remetendo para os princípios estabelecidos na Lei 142/2015 acrescentando, designadamente, a obrigatoriedade da audição e participação da criança quando esta manifeste capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade.

O artigo 40.º da presente Lei estipula os pilares que o juiz terá que ter corresponder aquando da elaboração da sentença sendo que terá que ser mormente de acordo com o interesse da criança, fixando-se naquela a residência da mesma (n.º 1).

Este artigo enfatiza a ideia de *partilha de tempo* entre progenitores *com a criança* (n.º 2) e apenas admite a suspensão do regime de visita quando ponderado *o superior interesse da criança e o interesse da criança na manutenção do vínculo afectivo com o visitante, por um período que se revele estritamente necessário* (n.º 3).

Da conjugação destes dois regimes podemos concluir uma clara intenção do legislador de concretização do conceito de “superior interesse da criança”. O interesse da criança, enquanto critério das decisões que a esta lhe dizem respeito, manifesta-se em várias vertentes, designadamente, na manutenção das relações afectivas que existiam antes do divórcio/separação concretizado na valorização de partilha do tempo entre progenitores como existia à data do divórcio/separação.

Capítulo III: O recurso pelos Tribunais à Teoria do Síndrome de Alienação Parental

Os tribunais portugueses, confrontados com os sucessivos incumprimentos do regime de visita estipulado, têm determinado a existência da Teoria de Alienação Parental (doravante designado por SAP), muitas vezes de forma pouco fundamentada e sem obedecer a critérios de natureza jurídica.

O Direito das Crianças tem uma relação muito próxima com outras ciências humanas e médicas, designadamente, com a psicologia e a psiquiatria. O juiz, chamado a decidir, terá sempre um papel difícil pois não sendo especializado em nenhuma destas áreas terá que decidir, tendo que as ter em conta. É neste contexto que se levanta o problema que pretendemos aqui tratar.

Os tribunais, ao decidirem sobre o exercício das responsabilidades parentais, deverão fazê-lo com base nos critérios estabelecidos pela lei, devendo subsumir os factos aos critérios legais, de acordo com a prova produzida.

Citando Rita Lobo Xavier, a decisão do juiz é uma decisão eminentemente “jurídica” no que diz respeito à verificação das afirmações sobre factos, à sua interpretação, à ponderação dos mesmos, à escolha da solução que previsivelmente serve melhor a finalidade da “norma” no caso concreto⁶⁷.

O juiz deverá formular a sua convicção nas áreas onde não é especializado através da prova pericial. Este meio de prova, consagrado nos artigos 388.º e ss do CC e 467.º e ss do CPC, “é realizada por pessoas idóneas conhecedoras de factos que exigem conhecimentos especiais estranhos ao tribunal (...). Os peritos farão uma percepção ou apreciação técnica em áreas onde são especializados”⁶⁸.

Contudo, “a decisão de um juiz não deixará de ser “jurídica”, mesmo incluindo elementos proporcionados por profissionais não juristas com quem partilha idênticas preocupações e o objectivo de contribuir para a concretização do “superior interesse da criança”, para a efectivação dos seus direitos e para o seu crescimento harmonioso e integral”⁶⁹.

⁶⁷ Neste sentido, Rita Lobo Xavier, in *Separata de Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, 2008, p.21

⁶⁸ Vide Acórdão do STJ de 22.09.2009; Processo 161/05.2TBVLG.S1 e disponível em www.dgsi.pt;

⁶⁹ Neste sentido, Rita Lobo Xavier, in *Separata de Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, 2008, p.21

Mas, tal como Clara Sottomayor afirma, “a função judicial não pode consistir numa delegação de poderes nos técnicos que elaboram os relatórios periciais” para a tomada das decisões judiciais.

Faremos neste capítulo uma breve demonstração de decisões dos tribunais em que se teve em conta o SAP quando confrontados com a decisão de atribuição das responsabilidades parentais.

1. Conceito de alienação parental

Trata-se de um conceito nascido nos EUA em 1985, criado por Richard Gardner, médico psiquiatra americano. Caracteriza-se pela existência de uma campanha efectuada, no âmbito de divórcio, por um dos progenitores em relação a outro progenitor com o intuito de denegrir a imagem desse mesmo progenitor, criando, muitas vezes, situações irreparáveis como a falta de vontade do filho de estabelecer relações saudáveis com o progenitor denegrido e a destruição do vínculo afectivo quanto ao outro progenitor.

Segundo o seu criador, verifica-se um contributo da criança na campanha feita pelo progenitor alienante para denegrir o outro ⁷⁰.

Nos casos mais conflituosos, podem surgir falsas alegações de abuso sexual.

Para estarmos perante um caso de Síndrome de Alienação Parental é essencial olhar para os factos do caso concreto de forma a não ser aplicado acriticamente pelos tribunais ⁷¹.

2. Apreciação Jurisprudencial

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.01.2010, Processo 1625/05.3TMSNT-C.L1-7

Tratava-se de um pedido de alteração da regulação das responsabilidades parentais formulado pelo pai da criança contra a mãe. O Tribunal *a quo* decidiu no

⁷⁰ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p. 164

⁷¹ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p. 164

sentido de alterar o regime originário passando o pai a exercer as responsabilidades parentais. Da decisão a mãe interpôs recurso, tendo a decisão sido confirmada pelo tribunal da Relação.

Na sua fundamentação, o Tribunal descreve e enquadra o SAP e indica os três tipos de situações relacionadas com a interferência no regime de visita, grave – postura não sistemática que o progenitor que tem a custódia adopta e mediante a qual nega a prática de visita, de modo indirecto ou mediante estratégias passivas; o SAP – traduzida na intenção expressa de um progenitor, que detém a guarda da menor, de dispor este contra o outro progenitor, de modo a que o filho venha a elaborar uma atitude de confronto injustificado para com aquele (...); o síndrome da mãe maliciosa – distúrbio que também pode ser associado ao pai, consistindo na tentativa de o progenitor castigar o seu ex-cônjuge, sem justificação, interferindo no regime de visita e acesso do outro progenitor à criança, com um padrão estável de actos maldosos contra este, sem que este se justifique por qualquer outro distúrbio mental, embora possa concorrer com ele.

Embora o Tribunal descreva estas três situações, não enquadra, propositadamente, a mãe num distúrbio em particular, considerando que a conduta da mãe se coaduna com “um pretendido afastamento do menor do convívio com o pai, sem que tenha ficado demonstrado a existência de motivos justificativos para tanto (...)”.

O Tribunal entendeu que a conduta do progenitor dirigida a gerar e obter um real e efectivo afastamento do menor em relação ao outro progenitor que não guarda, não pode deixar de ser algo que deve ser prevenido, mas sobretudo combatido, e necessariamente ponderado, em conjunto com as respectivas competências parentais, na intervenção do tribunal, com vista à alteração do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais antes definido.

O Tribunal julgou tendo em consideração as características dos progenitores cumprindo assim o disposto no artigo 1906.º do Código Civil.

Foi assim julgado improcedente o recurso interposto, mantendo-se a residência do menor e o exercício das responsabilidades parentais a cargo do progenitor.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11.04.2012 processo 612/09.7TMFAR.E1

Tratava-se de um pedido de regulação das responsabilidades parentais formulado pelo pai da criança contra a mãe, atenta a inexistência de, à data, qualquer acordo.

O Tribunal da Relação decidiu no sentido de confirmar a decisão do tribunal *a quo* de atribuir as responsabilidades parentais, em exclusivo, ao progenitor da criança.

Na sua fundamentação, o Tribunal após descrever em que consiste o SAP verificou a existência de uma situação de “Alienação Parental”, por parte da mãe, iniciada dois anos antes da data instauração do processo. Consequentemente, a mãe foi indicada como progenitora alienante, e foi determinado que, dada a prova apresentada em juízo, designadamente, “o impedimento de visita, não informação ao progenitor sobre o infantário ou escola da criança, imputação de falsas acusações de abusos sexuais, denegrir a imagem do pai perante terceiros e diante da criança, faltas ao tribunal, à Segurança Social e aos exames periciais determinados” estaria perante um caso de SAP, traduzido “na firme vontade da progenitora em afastar o progenitor da vida da filha.”

O Tribunal, valorizando a necessidade de a menor conviver igualmente com ambos os progenitores, concluiu que a mãe representava, na altura, um factor de perturbação emocional, traduzindo-se numa verdadeira ameaça para o bem estar da criança, na medida em que, não tinha “discernimento para garantir a concretização do direito fundamental de visita do pai à filha.”

Face à confirmação da atribuição das responsabilidades parentais ao progenitor, foi incumbido a este, as decisões sobre os actos da vida corrente da criança e as de particular importância. Foi, ainda, fixado um regime de visita à mãe, de forma a que seja garantido a manutenção dos laços afectivos existentes, advertindo para o fim imediato da instrumentalização da criança por parte da mãe.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.07.2014 Processo 1020/12.8TBVRL.P1

Tratava-se de um pedido de regulação do exercício das responsabilidades parentais formulado pelo pai relativo aos seus três filhos menores. Para tal, o tribunal solicitou uma avaliação pericial do Requerente e da Requerida, aqui progenitor e progenitora.

O tribunal *a quo* decidiu no sentido de atribuir as responsabilidades parentais ao progenitor, decisão esta que foi impugnada pela mãe e que aqui se analisa. Na sua fundamentação, o Tribunal teve presente a perícia requerida que diagnosticou à progenitora o SAP, comprometendo assim as suas capacidades parentais.

Neste relatório pericial e, tendo em conta os interesses dos menores, foi sugerido a convivência diária com o progenitor até à recuperação integral da progenitora, sob pena de “os efeitos se tornarem irreversíveis na estrutura do “*self*” dos menores, que mais tarde, tornará, os mesmos frustrados, numa vivência e “mentira” e de culpabilização pelos conflitos interparentais, que em nada combinam com a evolução saudável dos menores.”

Na apreciação do recurso, o tribunal fez uma breve descrição do SAP, procedendo a uma explicação exaustiva dos critérios identificadores de presença do referido síndrome ⁷².

Assim, o Tribunal reconhece que o SAP é alvo de enorme controvérsia, que “ainda” não é considerada uma doença psiquiátrica mas afigura-lhe que “estamos na presença de algo com efectiva existência, de um fenómeno social que existe e obedece a um certo padrão de comportamento que se deixa tipificar, sendo susceptível de ser estudado (...).”

Face ao exposto, concluiu-se que “tal realidade existe, é nociva para os interesses dos menores e deve se superada nos casos concretos em que ela se verifica, não podendo os tribunais agir como se tal realidade não existisse.”

⁷² Campanha para denegrir o progenitor alienado; Racionalizações fracas, absurdas, ou frívolas para descrédito do pai alienado; Falta de ambivalência; Fenómeno do pensador independente; Apoio automático ao progenitor alienador; Ausência de sentimentos de culpa relativamente à crueldade e/ou exploração do progenitor alienado; Presença de encenações encomendadas e Propagação de animosidade aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado.

O pensamento jurídico que conduziu a esta decisão teve como suporte o relatório pericial, através da avaliação psicológica dos progenitores e dos filhos menores. Tendo em conta este relatório, o tribunal procurou nos factos provados em juízo, formar a sua convicção.

O Tribunal concluiu pela improcedência do recurso interposto pela mãe, confirmando a intenção de atribuir o exercício das responsabilidades parentais ao progenitor.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.09.2014 Processo 346/07.7TBCDL.L1-7

Tratava-se de um pedido de alteração das responsabilidades parentais formulado pelo pai da criança contra a mãe num processo já iniciado onde foi homologado por sentença um acordo de regulação das responsabilidades parentais. Atento o constante incumprimento por parte da mãe do regime de visita estabelecido previamente, o pai requereu que lhe fossem atribuídas as referidas responsabilidades.

O Tribunal *a quo* indeferiu este pedido. O progenitor interpôs recurso para pugnar pela sua revogação e que aqui se analisa.

Foi instaurado processo de Promoção e Protecção na sequência de uma queixa-crime de abusos sexuais. Foi junto aos autos o relatório de avaliação elaborado no âmbito do referido processo.

O Tribunal considerou assim que “a recorrida empenhou-se até ao limite no aviltamento do pai do menor, recorrendo à arma mais eficaz do arsenal da construção doutrinal teorizada por *Richard Alan Gardner* sob a designação de “síndrome de alienação parental (...) com o único propósito de impedir o normal fluir da parentalidade”.

Acrescenta ainda que “tudo o que a mãe do menor fez foi tornar patente que não satisfaz o critério plasmado no n.º5 do artigo 1906.º do CC, (...) que identifica o interesse da criança com a disponibilidade de cada um dos pais promover a sua relação com o outro, acolhendo a cláusula do direito norte-americano designada por *friendly parent provision*”.

Com base no exposto, o Tribunal julgou procedente o recurso, revogando o despacho impugnado a fim de prosseguir os seus termos, regulando-se o exercício das responsabilidades parentais em harmonia com o superior interesse do menor.

3. Crítica Clara Sottomayor à aplicação pelos tribunais da teoria da SAP

Clara Sottomayor é uma grande crítica da aplicação da teoria do SAP no contexto da regulação das responsabilidades parentais, tendo-se pronunciado sobre o tema em apreço, ao longo dos anos, por variadíssimas vezes.

No seu mais recente livro, aprecia criticamente cada um dos critérios sustentados pelo autor da teoria do SAP, enuncia as possíveis consequências do acolhimento do SAP pelos Tribunais e propõe soluções para os casos de recusa da criança em conviver com o progenitor. Não iremos expor aqui as críticas detalhadas a cada critério mas enumeraremos os principais argumentos que conduzem à rejeição da teoria pela autora em causa.

O primeiro ponto a referir (e a principal crítica) é o facto de não estarmos perante uma teoria cientificamente testada, isto é, de não haver base científica nem “aceitação pela comunidade académica e que os pretensos critérios diagnósticos são nulos lógica e cientificamente porque não se relacionam com nenhuma patologia identificável”⁷³.

Em segundo lugar, Clara Sottomayor considera que os juízes, em vez de se centrarem no progenitor “alienado”, tentando perceber as causas da recusa da criança em se relacionar com ele, por exemplo, verificando, se é ou foi uma pessoa agressiva, se a criança testemunhou algo de violento, se foi humilhada ou desrespeitada, põem como foco principal o progenitor dito “alienador”.

Em terceiro lugar, a mesma autora refere que os critérios de diagnóstico do SAP têm um carácter indeterminado e circular, na medida em que, não demonstram uma relação de causa e efeito entre alienação e manipulação da criança levada a cabo pela mãe. “O facto de uma criança rejeitar radicalmente um dos pais não prova que o outro procedeu a uma lavagem ao cérebro da criança, como presume a tese da SAP”⁷⁴.

Clara Sottomayor relembra que, “os tribunais, no exercício da função de administrar a justiça e de proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, não devem

⁷³ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.167

⁷⁴ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.169

confiar de modo acríptico em teorias da Psicologia”⁷⁵. Acrescenta, ainda, que “os tribunais devem, portanto, analisar rigorosamente e com sentido crítico estes relatórios (realizados pelos psicólogos e técnicos no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais)⁷⁶, em vez de delegarem a função decisória nos peritos”⁷⁷.

Para a autora, “a rejeição da criança em relação a um dos pais existe como um “fenómeno observável” detectado nos tribunais aquando dos processos de regulação das responsabilidades parentais contexto de divórcio”

Relativamente à solução proposta para suprir o SAP – transferência da guarda para o outro progenitor – Clara Sottomayor considera que “viola o direito dos pais não serem separados dos seus filhos, salvo quando não cumpram os seus deveres fundamentais (art.º 36.º n.º 6 CRP) e o direito da criança à família e à manutenção dos seus laços afectivos com a pessoa de referência, consagrado no art.º 69.º n.º 1 da CRP, que reconhece o seu direito ao desenvolvimento integral”⁷⁸

A autora acrescenta ainda que a “fundamentação no mau-trato psíquico praticado pela mãe, consubstanciado na manipulação da criança, consiste numa acusação sem provas feita contra a mãe, uma vez que os Tribunais e os peritos tendem a presumir a existência de manipulação a partir da recusa da criança, por aplicação automática da SAP, sem prova rigorosa de todos os factos do caso”⁷⁹.

Clara Sottomayor conclui, reiterando que “a SAP está marcada por uma subjectividade ideológica e sexista, desprovida de qualquer carácter científico e que assenta na diabolização das mulheres, bem como na negação da violência de género e do abuso sexual de crianças. Na prática, a SAP tem funcionado não como uma teoria médica, porque tal nunca foi aceite, mas como uma construção *psícojurídica*, sem base científica, para conseguir a guarda dos/as filhos/as para o pai”⁸⁰.

⁷⁵ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.165

⁷⁶ Parênteses nosso.

⁷⁷ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.170

⁷⁸ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.185

⁷⁹ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.185

⁸⁰ Neste sentido, Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, Almedina, 6ª edição, 2014, p.171

A autora não rejeita, porém, a existência de progenitores que instrumentalizam os seus filhos “e que se comportam com falta de ética na altura do divórcio” mas considera que “não se pode tomar a parte pelo todo, nem usar a força policial e judicial para resolver problemas relacionais”⁸¹.

4. Considerações sobre a posição exposta

Aceitamos, na generalidade, a posição crítica sustentada por Clara Sottomayor relativamente à elaboração da referida teoria e à forma como alguns tribunais aplicam o SAP. Não a seguimos, porém, na totalidade.

É verdade que o juiz terá que decidir com base em critérios jurídicos e não psicológicos, devendo auxiliar-se (como prevê o CPC) em matéria de prova de peritos, isto é, de psicólogos e psiquiatras, assistentes sociais e dos demais técnicos que têm a razão nestas áreas (que o juiz à partida não tem) para formular a convicção do Tribunal. A decisão última é sempre do juiz que terá que ser tomada com base em critérios jurídicos sendo, no Direito das Crianças, o critério decisório mais importante o do superior interesse da criança.

Para Clara Sottomayor, o interesse da criança concretiza-se na manutenção da residência da criança na pessoa de referência (a autora descreve como a pessoa que garante os cuidados básicos), sendo este um critério de atribuição das responsabilidades parentais.

Por fim, rejeita a teoria da ameaça como solução, isto é, a alteração da residência da criança por o seu fundamento (maus-tratos psíquico praticado por um dos progenitores) consistir na generalidade numa “acusação sem provas (...) uma vez que os Tribunais e os peritos tendem a presumir a existência de manipulação a partir da recusa da criança por aplicação automática da SAP”⁸².

Parece-nos, antes de mais considerações que a situação ideal seria a de ambos os progenitores serem para a criança as “pessoas de referência”, concretizando-se nesta medida o princípio da igualdade entre progenitores e, para a criança, o direito

⁸¹ Neste sentido, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª edição, 2014, p.203

⁸² Neste sentido, Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, Almedina, 6ª edição, 2014, p.185

desta a ter uma relação de grande proximidade com ambos, bebendo do que de cada um tem de melhor.

Não se verificando esta possibilidade, havendo de facto um progenitor que é a “pessoa de referência”, a criança deverá residir com esta, assegurando o correspondente direito de visita, de forma a que o superior interesse da criança esteja plenamente protegido.

Contudo, parece de assinalar que, a pessoa de referência, como em alguns dos casos analisados anteriormente, arruinam/prejudicam a relação do/a seu/ua filho/a com o outro progenitor, criando aversão na criança relativamente ao outro progenitor, levando a que esta prescindia do convívio com aquele.

O interesse do/a filho/a também é que essa relação não seja estragada por constantes impedimentos e obstáculos à manutenção da relação de qualidade do/a filho/a com o progenitor com quem o/a filho/a não vive. O/a filho/a tem direito a criar uma boa imagem dos seus progenitores, apesar das dissidências entre estes, sendo essencial ao seu desenvolvimento que conviva tanto quanto possível com ambos ⁸³.

Não defendemos a aplicação da teoria da ameaça, isto é, que a criança seja proibida de residir e contactar com o progenitor que, de forma reiterada, prejudicou o direito do seu filho a ter uma relação com o outro progenitor mas certamente não defendemos que este tipo de actuação, com possíveis consequências irreversíveis, sejam impunes.

O Tribunal, recorrendo aos meios de prova disponíveis ⁸⁴, terá que inverter o processo, não se podendo de forma alguma manter o comportamento enunciado.

⁸³ Vide Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 23.10.2012, Processo 2450/01.2TMLS.L1-7. e disponível em www.dgsi.pt

⁸⁴ De referir que estamos no âmbito de um Processo de Jurisdição Voluntária, razão pela qual o juiz tem amplos poderes relativamente aos meios de prova à sua disposição

4. O Direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores

Como vimos, o interesse do/a filho/a enquanto critério de decisão na regulação das responsabilidades parentais está interligado com a existência de uma relação próxima com ambos os progenitores.

Por essa razão, o legislador impõe ao juiz que é chamado para tomar a decisão relativa à regulação do exercício das responsabilidades parentais que decida favorecendo *amplas oportunidades de contacto com ambos os progenitores e de partilha de responsabilidades entre estes* (artigo 1905.º n.º 7).

Ao juiz cabe a análise do que é objectivamente o interesse da criança no caso concreto, terá que “encontrar a solução que melhor favoreça um equilibrado e são desenvolvimento da criança e não a solução que mais agrade a um ou aos dois progenitores. Para se aferir o modelo que melhor favoreça o bom desenvolvimento da criança não pode deixar de se tomar em conta as características concretas de ambos os progenitores e da própria criança, endógenas e exógenas, não perdendo de vista o relacionamento e a capacidade de diálogo que os progenitores apesar de separados, conseguem manter”⁸⁵, concretizando-se assim o critério normativo de avaliação da *disponibilidade manifestada por cada um para promover relações habituais do filho com o outro* (artigo 1905.º n.º 5).

O critério *supra* referido permite ao tribunal, a partir dos elementos de facto de que tenha conhecimento, aperceber-se, por exemplo, do grau de hostilidade⁸⁶ de um dos progenitores em relação ao outro que lhe faça antever, com relativa segurança, que aquele progenitor, se passar a residir com o/a filho/a, porá obstáculos à relação

⁸⁵ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.04.2015, Processo 1463/14.2TBCSC.L1-8 e disponível em www.dgsi.pt

⁸⁶ A título de exemplo de falta de disponibilidade para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.11.1990, Processo 0035811 e disponível em www.dgsi.pt : “Um progenitor que, sem mais, impede o filho de contactar com o outro progenitor alimentando-lhe sentimentos de aversão, procede por forma moralmente reprovável e justifica um juízo negativo quanto à sua idoneidade para assumir a guarda do menor. Um pai que, sem fundamento, denotando egoísmo e interesse pessoal, faz crer aos filhos que a mãe destes não é uma boa mãe e os incentiva a não terem contactos com ela, não pode ser considerado um progenitor que assegure o ideal desenvolvimento da personalidade dos filhos a nível afectivo, psicológico e moral”.

deste com o outro e, assim, sustentar, à partida, a determinação da residência do/a filho/a com um ou outro progenitor”⁸⁷.

No fundo, o direito do filho a uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores é uma concretização da norma do n.º 6 do artigo 36.º da CRP, segundo a qual os filhos não podem ser separados dos pais, podendo estes tê-lo junto de si quer em termos de residência, quer em termos de exercício de um amplo e regenerador direito de convívio⁸⁸.

O direito da mãe conviver com o seu filho é igual ao do pai conviver com o seu filho, e verdadeiramente, só são relevantes se resultarem do direito que o menor tem de conviver com ambos, porque terão sempre, em todas as situações que estar subordinados aos direitos e interesses dos menores⁸⁹.

Pelo exposto se conclui que a regulação do exercício das responsabilidades parentais, na vertente da residência do menor deve ser vista na perspectiva, não de um bem dos progenitores, mas essencialmente, como um direito do filho⁹⁰. Os direitos dos progenitores só serão atendidos se, e na medida em que corresponderem ao interesse do/a filho/a menor.

⁸⁷ Vide, Helena Gomes Melo; João Vasconcelos Raposo; Luís Batista Carvalho; Manuel do Carmo Bargado; Ana Teresa Leal; Felicidade Oliveira, em Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, Quid Juris, 2ª Edição, 2009, p. 68

⁸⁸ Vide, Helena Bolieiro, O Direito da Criança a uma Família: Algumas Reflexões, *in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, 2010, p.190 e191

⁸⁹ Vide Acórdão da Relação do Porto de 18.05.2006, Processo 0632170 e disponível em www.dgsi.pt

⁹⁰ Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24-05-2007, Processo 237/07-3 e disponível em www.dgsi.pt

Capítulo IV: A tutela do direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores.

1. No Direito Civil

Ao considerarmos o direito de visita do progenitor com quem o/a filho/a não reside um corolário da concretização absoluta do interesse do menor, é forçoso concluir pela necessidade de uma tutela deste direito eficiente e oportuna.

A tutela deste direito do filho menor, isto é, a possibilidade de o progenitor vítima do comportamento do outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa e indemnização a favor do filho ou do requerente ou de ambos é das maiores dificuldades que os nossos tribunais enfrentam ⁹¹.

O artigo 41.º do RGPTC regula a tramitação subsequente ao incumprimento. Nos termos deste artigo, não sendo cumprido o acordado ou o decidido, pode⁹² o progenitor afectado ou o Ministério Público requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo.

No caso de violação do direito de visita, os meios disponíveis são os seguintes:

- a) execução coerciva com entrega do menor (artigo 41.º n.º 1 RGPTC);
- b) condenação com remisso em multa até vinte unidades de conta e, verificando-se os respectivos pressupostos, indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos (artigo 41.º n.º 1 RGPTC);
- c) convocação dos progenitores para conferência de pais para o progenitor “incumpridor” alegar o que tiver por conveniente (artigo 41.º n.º 3 RGPTC);

O artigo 41.º nada refere quanto às razões que levaram ao incumprimento no caso concreto. O n.º1 dispõe que havendo incumprimento poderá o progenitor requerer o cumprimento coercivo e a condenação em multa. Levanta-se a questão de saber se é necessário aqui a formulação de um juízo objectivo de censura ao

⁹¹ Vide Acórdão Tribunal da Relação de Guimarães de 06.01.2011, Processo 2255/08TBGMR-G1 e disponível em www.dgsi.pt

⁹² De referir que a formulação do n.º 1º do artigo 41.º é confusa, na medida em que, se prevê que o próprio tribunal requeira officiosamente ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a respectiva condenação.

comportamento do progenitor que impediu a sua concretização.

Deverá existir incumprimento das responsabilidades parentais relevante, no que ao direito de visita diz respeito, quando o progenitor que incumpriu tiver criado intencionalmente uma situação reiterada, grave e culposa, que permita assacar-lhe um efectivo juízo de censura,⁹³ avaliável assim na conferência de pais convocada pelo juiz.

Cumpre ainda reflectir sobre a razão pela qual existiu incumprimento. Havendo incumprimento de um regime acordado ou decidido anteriormente pelos progenitores, não será este indício suficiente de que o acordado/decidido não é adequado ao caso concreto? O artigo 42.º da mesma lei prevê no caso de incumprimento, a alteração ao anteriormente estabelecido, se o pedido foi considerado fundado ou necessário (n.º 4) - que acontecerá dado o incumprimento. Nestes termos, havendo incumprimento por parte de um dos progenitores de um regime previamente estabelecido, o direito do/a filho/a a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores está posto em causa, sendo fundamento de possível alteração do regime, acautelando assim o superior interesse da criança a uma relação equilibrada e próxima com os seus progenitores.

2. No Direito Penal

A Lei 61/2008 trouxe uma mudança importante na tutela deste direito nos artigos 249.º e 250.º do Código Penal.

Ao artigo 249.º foi aditado a alínea c) referente ao não cumprimento de *modo repetido e injustificado do estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento.*

Foi introduzida a tipificação do crime de violação da obrigação de alimentos no artigo 250.º CP.

Os bens jurídicos que estão aqui em causa são as responsabilidades parentais

⁹³ Vide Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2010, Processo 1169/08.1TBCSC-A.L1.1 e disponível em www.dgsi.pt

relativamente ao(s) filho(s) ⁹⁴.

“Sendo o regime de convivência estabelecido por meio de sentença judicial ou por decisão do conservador do registo civil com valor de sentença, o comportamento descrito poderia envolver um crime de desobediência. De todo o modo, com esta alteração o bem jurídico posto em causa estará para além do valor da obediência a uma autoridade, traduzindo a particular “mundividência ideológica e cultural” subjacente à “reforma” do regime sobre a regulação das responsabilidades parentais, que considera de “interesse público” o envolvimento de ambos os progenitores na vida do menor, a partilha de responsabilidades entre ambos, a grande proximidade do filho com ambos os progenitores, cada um devendo promover relações habituais do filho com o outro” ⁹⁵.

Para Rita Lobo Xavier, esta solução penal é excessiva, na medida em que, poderá transportar este tipo de conflitualidade para a jurisdição penal e não parece favorecer as crianças atingidas por este problema” ⁹⁶.

Com a Lei de 2008, o tipo do crime passou a conter as condutas de atraso ou criação de dificuldades na entrega e no acolhimento do menor, no entanto, esta recusa, atraso ou criação de dificuldades só são relevantes quando consubstanciarem uma conduta repetida (reiterada no tempo) e injustificada (o juiz não considerar fundamentada). Assim, para Paulo Pinto de Albuquerque, esta alteração “simultaneamente restringiu e alargou o tipo da recusa da entrega do menor”. Por fim, “acresce que o atraso e a criação de dificuldades têm de possuir um carácter “significativo”, no sentido de que prejudicam de modo irreversível o regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais” ⁹⁷.

O direito da mãe a conviver com o seu filho é igual ao do pai a conviver com o seu filho e, verdadeiramente, só são relevantes se corresponderem ao do direito que

⁹⁴ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2010, p.738

⁹⁵ Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei 61/2008 de 31 de Outubro, Almedina, 2010, p.71

⁹⁶ Rita Lobo Xavier, Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei 61/2008 de 31 de Outubro, Almedina, 2010, p.72

⁹⁷ Vide Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário do Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Universidade Católica Editora, 2010, p.739

este tem de conviver com ambos, porque os direitos dos pais terão sempre, em todas as situações, que estar subordinados aos direitos e interesses do/a filho/a.

Por essa razão, o incumprimento repetido do exercício das responsabilidades parentais por parte da mãe terá, se for necessário, que conduzir à alteração das responsabilidades parentais. O/a filho/a não é propriedade privada da sua mãe e ela, se assim o entende, representa um enorme perigo para o desenvolvimento harmonioso da criança, que o Tribunal não pode continuar a ignorar. A mãe só porque é mãe, não é necessariamente uma boa mãe ⁹⁸.

⁹⁸ Vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.05.2006, Processo 0632170 e disponível em www.dgsi.pt

Conclusão

O estatuto social e jurídico da criança sofreu alterações estruturantes nas últimas décadas, encontrando-se ainda em constante mutação. Durante o estudo e análise das disposições normativas que ao Direito das Crianças dizem respeito, percebemos que estas têm um novo status, contrariando assim a lógica autoritária do poder dos pais sobre filhos, que até há pouco tempo era dominante.

Esta mudança gradual foi desencadeada pela elaboração de vários trabalhos internacionais e nacionais (como analisámos) tendo sido despoletado internamente através da Convenção Internacional dos Direitos da Criança.

Internamente, verificámos que o legislador procurou corresponder à crescente necessidade de igualar normativamente os progenitores, valorizando-se e incentivando-se um equivalente papel na tomada de decisões que digam respeito ao/a filho/a, principalmente, nas questões de particular importância tal como caracterizadas neste trabalho.

Apurámos também que o direito de visita é um corolário do princípio da igualdade entre progenitores e um modo de concretização do direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores.

O interesse da criança é o critério mais importante no que a esta matéria diz respeito, exigindo-se uma efectiva presença de ambos os progenitores na vida do/a filho/a. A sua importância e indeterminação levou a uma crescente e eminente necessidade de ser concretizado quer doutrinal, quer jurisprudencial quer legislativamente.

As normas analisadas pretenderam isso mesmo, conduzindo assim no nosso entendimento, à combinação do interesse da criança com a existência/manutenção/valorização de uma relação próxima com ambos os progenitores.

Verificou-se, através da análise jurisprudencial que os tribunais portugueses ainda olham para o SAP como que algo lhes cabe avaliar, não existindo na realidade qualquer base jurídica para o fazer. A falta de vontade de uma criança de estar com um dos progenitores terá que ser analisada de acordo com critérios jurídicos – com vista a determinar qual o comportamento do progenitor dito alienante e qual o nexo de causalidade entre esse comportamento e a rejeição da criança. Confirmando-se esta situação terá que ser combatida e sancionada nos termos previstos normativamente.

Na nossa perspetiva, o critério decisivo será o do interesse do filho como objectivo principal e não o interesse dos seus pais, de forma a aumentar a qualidade das decisões judiciais que dizem respeito às crianças.

Assim considero que a decisão do juiz no contexto da tutela do direito do filho a manter uma relação de grande proximidade com ambos os progenitores só deve atender aos direitos destes se, e na medida em que correspondam ao interesse do filho menor. As responsabilidades parentais não são um conjunto de faculdades conferidas aos pais no seu próprio interesse, nem o direito de visita é conferido no interesse do progenitor com quem o filho não reside. Trata-se antes de uma linha de actuação para os progenitores que visa sempre, como objectivo principal, o integral desenvolvimento do filho.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, PAULO PINTO DE, *Comentário ao Código Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2ª Edição actualizada, Universidade Católica Editora, 2010

AMARAL, JORGE AUGUSTO PAIS DE, *Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 2014

ANDRADE, VIEIRA DE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª Edição, Almedina, Coimbra 2012

ARMANDO, LEANDRO, *Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas reflexões da prática judiciária*, in *Conferências no Conselho Distrital do Porto*.

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 Editora, 2009.

CANOTILHO, GOMES; VITAL MOREIRA, em *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2014.

Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, 2ª Edição, Centro de Estudos Judiciários, 2013

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil, Parte Geral Pessoas*, 3ª Edição, 2011

DORE, MARGARET K., *The Friendly Parent Concept: Flawed Factor for Child Custody*, Loyola Journal of Public Interest Law, 2004

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO; JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Introdução e Pressupostos da Relação Jurídica, 2009

GUERRA, PAULO, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, Almedina, 2016

GUERRA, PAULO, As Responsabilidades Parentais – as Quatro Mãos que Embalam o Berço, in *Estudos de Homenagem a Rui Epifânio* Almedina, 2010

LEE, YANGHEE; JEAN ZERMATTEN, *The International Journal of Children's Rights*, Volume 18, No 4, 2010

MARTINS, ROSA CÂNDIDO, *Poder Paternal Vs Autonomia da Criança e do Adolescente*, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, 2014

MARTINS, ROSA CÂNDIDO, Responsabilidades Parentais no Século XXI: A Tensão entre o Direito de Participação da Criança e a Função dos Pais, in *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, 2008

MELO, HELENA GOMES; RAPOSO, JOÃO VASCONCELOS; CARVALHO, LUÍS BATISTA; BARGADO, MANUEL DO CARMO; LEAL, ANA TERESA; OLIVEIRA, FELICIDADE, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, 2ª Edição, 2009

MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 2ª Edição, 2010

NETO, ABÍLIO; *Novo Código de Processo Civil Anotado*, 7ª Edição Revista e Ampliada, Ediforum, Lisboa, 2014

NETO, ABÍLIO; *Código Civil Anotado*, 17ª Edição Revista e Actualizada, Ediforum, Lisboa, Abril 2009

OLIVEIRA, GUILHERME DE, A Nova Lei do Divórcio, *in Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, 2008

PINHEIRO, JORGE DUARTE, *O Direito da Família Contemporâneo Lições*, AAFDL, 4ª Edição, 2013

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 4ª Edição, Maio, 2005

RIBEIRO, ALCINA COSTA, Autonomia da Criança no Tempo de Criança, *in Estudos de Homenagem a Rui Epifânio*, Almedina, 2010

SOTTOMAYOR, CLARA, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de divórcio*, 6ª edição, 2014

SOTTOMAYOR, CLARA, *Temas de Direitos das Crianças*, Almedina, 2014

SOTTOMAYOR, CLARA, *in Comentário ao Código Civil*, Parte Geral, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014

XAVIER, RITA LOBO, *O Público e o Privado no Direito da Família*, *in Revista Portuguesa de Filosofia*, 2014

XAVIER, RITA LOBO, *Recentes alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei 61/2008, de 31 de Outubro*, Almedina, 2010

XAVIER, RITA LOBO, *Responsabilidades Parentais no Séc. XXI*, in *Separata de Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra Editora, 2008

XAVIER, RITA LOBO, *Juridicidade intrínseca do Casamento e da Família: A Dimensão Normativa e de Justiça do Amor Conjugal e Familiar, A Família e o Direito*, in *30 anos da Exortação Apostólica Familiaris Consortio*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2013

6ª Bienal de Jurisprudência Direito da Família, Coimbra Editora, 2012

Instituto de Apoio à Criança, *O Superior Interesse da Criança na Perspectiva do Respeito pelos seus Direitos*, 2009

Legislação

Convenção sobre os Direitos da Criança, Assinada e Ratificada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de Novembro de 1989

Recomendação n.º R (84) sobre Responsabilidades Parentais de 28 de Fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa

Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 142/2015 de 08 de Setembro de 2015

Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei 141/2015 de 08 de Setembro que procede à primeira alteração à Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro, que estabelece o regime jurídico do apadrinhamento civil

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.09.2009, Processo 161/05.2TBVLG.S1, relator Sebastião Póvoas

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 31.01.2006, Processo 4027/05, relator Hélder Roque

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 18.10.2006, Processo 626/09.7TMCBR.C1, relatora Regina Rosa

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06.10.2015, Processo 1009/11.4TBFIG.AC1, relator Jorge Arcanjo

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 24.05.2007, Processo 232/07-3, relator Mata Ribeiro

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 11.04.2012, Processo 612/09.7TMFAR.E1, relatora Maria Alexandre M. Santos

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06.01.2011, Processo 2255/08.3TBGMR-G.G1, relatora Helena Melo

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.03.2013, Processo 228/11.8TBBCL.G1, relatora Maria da Purificação Carvalho

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13.11.1990, Processo 0035811, relator Afonso Melo

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 19.05.2009, Processo 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, relator Arnaldo Silva

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26.01.2010, Processo 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, relatora Ana Resende

Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2010, Processo 1169/08.1TBCSC-A.L1-1, relator Pedro Brighton

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28.06.2012, Processo 33/12.4TBBRR.L1-8, relatora Ana Luísa Geraldès

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.10.2012, Processo 2304/05.7TBCLD-E.L1-7, relatora Conceição Saavedra

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.03.2013, Processo 3500/10.0TBBRR.L1-6, relatora Maria de Deus Correia

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 30.05.2013, Processo 5720/04.8TBCSC-8, relatora Isoleta Almeida Costa

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22.10.2013, Processo 2450/01.2TMLSB.L1-7, relator Gouveia Barros

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 23.09.2014, Processo 346/07.7TBCLD-.L1, relator Gouveia Barros

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.02.2015, Processo 1463/14.2TBCSC.L1-8, relator Catarina Arêlo Manso

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.12.2015, Processo 6001-11.6TBCSC.L1-6, relatora Anabela Calafate

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18.05.2006, Processo 0632170, relatora Desembargadora Ana Paula Lobo

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13.05.2014, Processo 5253/11.9TBVFR-A.P1, relator Rodrigues Pires

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 19.06.2014, Processo 1516/06.0TMPRT.2.P1, relator Vieira da Cunha

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14.01.2014, Processo 21/05.7TBVLP-A.P1, relator Vieira da Cunha

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.01.2014, Processo 1551/12.0TMPRT-D.P1, relator Fernando Simões

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09.07.2014, Processo 1020/12.8TBVRL.P1, relator Alberto Ruço

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17.12.2015, Processo 6001/11.6TBCSC.L1-6, relatora Anabela Calafate