

Acção de Formação do Conselho Superior da Magistratura

**Divórcio e Regulação do
Exercício das Responsabilidades Parentais:
Nova Visão do Direito da Família e das Crianças**
Palmela, 5 de Novembro de 2009

**Responsabilidades Parentais:
os desafios do novo regime jurídico**

Helena Bolieiro
CEJ

De «Poder Paternal» a «Responsabilidades Parentais»

Recomendação R (84) 4 sobre as responsabilidades parentais, adoptada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 28 de Fevereiro de 1984:

«responsabilidades parentais são o conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da pessoa do filho, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens.»

CÓDIGO CIVIL

Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11: igualdade entre os pais (de poder exclusivo do pai a autoridade conjunta do pai e da mãe); institucionalização da faceta funcional do «poder paternal» (poder-dever).

Lei n.º 84/95, de 31-8: passou a permitir que, em caso de dissociação familiar, os pais optassem pelo exercício em comum do poder paternal.

Lei n.º 59/99, de 30-6: estabeleceu como regime-regra o exercício conjunto do poder paternal e como regime subsidiário o exercício unilateral ou singular (regime-regra dependente do acordo dos pais).

Lei n.º 61/2008, de 31-10: imposição do exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho.

Lei n.º 61/2008, de 31-10

Novo Paradigma

- Substituição da expressão «poder paternal» por «responsabilidades parentais», tal como há muito vinha sendo defendido.
- Imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais – o que pressupõe natural e exigível capacidade de negociação e cooperação entre os pais - quanto a **questões de particular importância** da vida do filho -, salvo quando o tribunal entenda que este regime é contrário aos interesses do filho.
- Valorização, na determinação da residência do filho (ou seja, com quem fica a viver e não em que local geográfico exacto), da disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor.
- Criminalização do incumprimento do exercício das responsabilidades parentais (ver nova redacção dada aos artigos 249.º e 250.º do Código Penal).

Titularidade e Exercício

- **Titularidade das responsabilidades parentais**
 - **pertence aos dois progenitores vivos**
(artigos 1877.º a 1900.º do Código Civil)
- **Exercício das Responsabilidades Parentais**
(artigos 1901.º a 1912.º)

Exercício das responsabilidades parentais artigos 1901.º a 1912.º

- **Na constância do matrimónio – artigos 1901.º e 1902.º**
- **Em caso de incapacidade, ausência ou outro impedimento decretado pelo tribunal – artigo 1903.º**
- **Em caso de morte de um dos progenitores (não só viuvez, mas também por morte de um dos companheiros) – artigo 1904.º**
- **Em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento – artigos 1905.º a 1908.º**
- **Em caso de separação de facto entre cônjuges – artigos 1905.º a 1908.º, por força do artigo 1909.º**

Exercício das responsabilidades parentais artigos 1901.º a 1912.º

- **Em caso de filiação estabelecida apenas quanto a um dos progenitores – artigo 1910.º.**
- **Em caso de filiação estabelecida relativamente a ambos os progenitores, estando estes a viver em condições análogas às dos cônjuges – artigo 1911.º (o n.º 2 remete para os artigos 1905.º a 1908.º, em caso de cessação da convivência dos pais).**
- **Em caso de filiação estabelecida relativamente a ambos os progenitores, não estando estes a viver em condições análogas às dos cônjuges – artigo 1912.º (que remete para os artigos 1904.º a 1908.º) – desaparece a presunção legal de guarda materna.**

Artigo 1906º do Código Civil

(segundo a Lei n.º 61/2008, de 31-10)

1 – As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

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

3 – O exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

4 – O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício.

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

6 – Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

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

Primado do interesse da criança

- **Convenção Sobre os Direitos da Criança (artigos 3.º n.º 1, 9.º e 18.º)**
- **Recomendação R (84) 4 sobre as responsabilidades parentais (Princípio 2)**
- **Código Civil (artigos 1878.º, n.º 1, 1905.º, 1906.º, n.ºs 2, 5 e 7)**
- **OTM (artigo 4.º, alínea a), da LPCJP, ex vi artigo 147.º-A, da OTM, artigo 180.º, n.ºs 1 e 2)**

Primado do interesse da criança

O interesse da criança «prende-se com uma série de factores atinentes à situação concreta desta que devem ser ponderados à luz do sistema de referências que hoje vigora na nossa sociedade, sobre as necessidades do menor, as condições, materiais, sociais, morais e psicológicas adequadas ao seu desenvolvimento estável e equilibrado e ao seu bem estar material e moral.»

Rui Epifânio, António Farinha, *Organização Tutelar de Menores, Contributo para uma Visão Interdisciplinar do Direito de Menores e de Família*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1992.

Artigo 1906.º

- **Exercício das RP** - em comum por ambos os progenitores quanto às questões de particular importância, salvo quando contrário aos interesses do filho (artigo 1906.º, n.ºs 1 e 2).
- **Residência da criança**, ou seja, com qual dos progenitores aquela irá residir (artigo 1906.º, n.º 5).
- Regime de **contactos** ou «direitos de visita» (artigo 1906.º, n.º 5).
- **Alimentos** (apenas previstos expressamente para o acordo - artigo 1905.º -, mas também a fixar pelo juiz, na falta daquele)

Questões de particular importância

Projecto de Lei n.º 509/X **Exposição de Motivos**

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

Questões de particular importância

Projecto de Lei n.º 509/X Exposição de Motivos

«(...) reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de “particular importância”. Caberá à jurisprudência e à doutrina definir este âmbito; espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças. Pretende-se que o regime seja praticável – como é em vários países europeus – e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores. Assim se poderá superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais.»

Preenchimento do conceito «Questões de particular importância»

➤ Natureza genérica / objectiva, ou seja, questões que possam afectar a pessoa ou o património de qualquer criança, independentemente do ponto de vista dos pais?

ou

➤ Natureza concreta / subjectiva, ou seja, questões que, para os pais em concreto e atendendo à situação específica da criança, sejam qualificadas como de particular importância?

QUESTÕES DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA

«A particular importância do acto parece, no entanto, que deve medir-se pelas suas qualidades *objectivas*, tendo em conta a pessoa ou o pecúlio do menor e não apenas o relevo subjectivo que lhe atribua qualquer dos progenitores.»

[Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, volume V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 393-394]

Preenchimento do conceito «Questões de particular importância»

- Actos qualificados pela lei como de particular importância (ex. artigo 10.º, n.º 2, do CPC).
- Alcance estabelecido pela Exposição de Motivos («espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças»).
- Apelo ao conceito de *interesse superior da criança* (núcleo do conceito integrado pelos valores essenciais, comuns a todas as crianças, áreas circundantes em que releva a situação concreta da criança, em todos os seus aspectos).

QUESTÕES DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA

Exemplos (segundo HB e PG)*:

- Decisão sobre intervenções cirúrgicas que comportem risco para a vida ou saúde do filho
- Saída do filho para o estrangeiro, não em turismo mas em mudança de residência, com algum carácter duradouro
- Saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida
- Escolha de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho
- Decisões de administração que envolvam oneração
- Educação religiosa do filho (até aos seus 16 anos)
- Participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho (existe um regime jurídico específico para a participação de menores de 16 anos em espectáculos ou outras actividades de natureza cultural, artística ou publicitária)
- Prática de actividades desportivas que possam ter consequências nefastas para a saúde do filho
- Autorização parental para o filho contrair casamento
- Interrupção de uma gravidez
- Propositura de acção – ou queixa - em representação processual do filho menor
- Obtenção de licença de condução de ciclomotores

* Helena Bolieiro, Paulo Guerra, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 175-176.

Actos da vida corrente do filho

(artigo 1906.º, n.º 3)

O exercício das RP relativas aos actos da vida corrente do filho cabe:

a) ao progenitor com que ele reside habitualmente («resident parent»); ou

b) ao progenitor com quem a criança se encontra temporariamente («non-resident parent») – este não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

➤ O progenitor a quem cabe o exercício das RP relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício (artigo 1906.º, n.º 4).

Actos da vida corrente do filho

Nada obsta que ambos os pais acordem que certos assuntos da vida corrente do filho, devidamente identificados, tenham de ser resolvidos pelos dois (decisão conjunta quanto a certos actos da vida corrente e quanto às orientações educativas mais relevantes).

Desafios

Exercício em comum das RP:

- Questões de particular importância;
- Actos da vida corrente do filho;
- Orientações educativas mais relevantes.

Exercício unilateral das RP:

- Quais os casos em que o exercício em comum das RP deve ser considerado contrário aos interesses da criança?
- O acordo dos pais no exercício unilateral, fora dos casos previstos no artigo 1906.º, n.º 2, pode ser homologado, sem mais, pelo Juiz?
- E se for um acordo no âmbito de um divórcio por mútuo consentimento, que posição poderá tomar o MP?

Confiança a terceira pessoa (artigo 1907.º)

«Por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa.»

- Artigo 36.º, n.º 6 da CRP.
- Confiança à guarda de instituição?
- Confiança à guarda de terceira pessoa por acordo, fora das circunstâncias previstas no artigo 1918.º.
- Definição dos poderes e deveres exigidos pelo adequado desempenho das suas funções a desempenhar pela terceira pessoa (artigo 1907.º n.º 2).
- Exercício das responsabilidades parentais «residuais» (artigo 1907.º n.º 3): em comum ou por um dos progenitores.

Audição da criança

Artigo 12º da Convenção Sobre os Direitos da Criança

- Direito à palavra e à participação.
- Respeito pelas opiniões da criança.



Direito à palavra e à participação

Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 12 (2009) – The Right of the child to be heard*, CRC/C/GC/12, Geneva, 20 July 2009:

❖ **Em assuntos como a guarda e residência em caso de separação parental, a criança deve ser ouvida e a sua opinião deve ser tida em conta na determinação do seu superior interesse.**

❖ **Necessidade de criação de condições que assegurem uma adequada audição da criança – evitar ambientes intimidatórios, hostis, insensíveis ou inapropriados para a idade da criança; os procedimentos devem ser acessíveis e ajustados à condição de criança, importância da existência de informação amigável da criança, apoio para a representação por advogado, intervenção de operadores judiciais com formação adequada, características da sala em que é ouvida, não utilização de traje profissional e sala de espera separada.**

❖ **Toda a audição da criança deve ser: transparente e informativa, voluntária, respeitosa, relevante, amigável da criança («child-friendly»), inclusiva, assente em formação adequada, segura e atenta aos riscos resultantes da participação, fundamentada e aberta à avaliação crítica por parte da criança.**

Audição da criança

- **Princípio 3 da Recomendação R (84) 4 sobre as responsabilidades parentais**
- **Código Civil (artigo 1901.º, n.º 3)**
- **OTM (artigo 147.º-A, que remete para o artigo 4.º, alínea i), da LPCJP, e artigo 175.º, n.º 1)**
- **Regulamento Bruxelas II (*bis*) [artigos 11.º, n.º 2, 23.º, alínea b), 41.º, n.º 2, alínea c) e 42.º, n.º 2, alínea a)]**
- **Convenção da Haia Sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (artigo 13.º)**

«Síndrome de alienação parental»

- Conceito introduzido por Richard Gardner em 1985.
- Quando está em causa a regulação do exercício das RP, um dos progenitores vai de forma sistemática denegrindo o outro, para o alienar com vista a conseguir uma relação preferencial, mesmo exclusiva, com o filho.
- Critérios definidos por Gardner: 1) campanha para denegrir o progenitor alienado; 2) racionalizações fracas, absurdas ou frívolas para descrédito do pai alienado; 3) falta de ambivalência; 4) fenómeno do pensador independente; 5) apoio automático ao progenitor alienador; 6) ausência de sentimentos de culpa relativamente à crueldade e/ou exploração do progenitor alienado; 7) presença de encenações encomendadas; e 8) propagação de animosidade em relação aos amigos e/ou família alargada do progenitor alienado.

«Síndrome de alienação parental»

- Fernando Vieira *et al.* (Revista Julgar, n.º 7, 2009, pp. 197-205): não se trata de uma síndrome em sentido clínico, mas antes de «uma disfunção do vínculo afectivo parental, obtida através de uma campanha sistemática, continuada, intencional, dirigida à passagem de tal vínculo de positivo a negativo». Ainda assim, trata-se de um construto operacional com utilidade no contexto judicial, apresentando os autores uma «check-list» que permite aos profissionais (não do foro médico ou psicológico) melhor se aperceberem da realidade «alienação parental».

«Síndrome de alienação parental»
Jurisprudência dos Tribunais Superiores

- **Acórdãos da Relação de Évora de 24-05-2007 e de 27-09-2007.**
- **Acórdãos da Relação de Lisboa de 19-05-2009 e de 21-05-2009.**

Disponíveis na Internet em: <<http://www.dgsi.pt>>

«Síndrome de alienação parental»

Bibliografia

- **Aguilar, José Manuel, *Síndrome de Alienação Parental - Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*, Casal de Cambra , Caleidoscópio, 2008.**
- **Cintra, Pedro; Salavessa, Manuel; Pereira, Bruno; Jorge, Magda; Vieira, Fernando, «Síndrome de Alienação Parental: realidade médico-psicológica ou jurídica?», *Revista Julgar*, n.º 7, 2009, pp. 197-205.**
- **Gardner, Richard A., «Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?», *The American Journal of Family Therapy*, 30(2), 2002, pp.93-115. Disponível na Internet em <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02b.htm>> [Consult. 20 Out. 2009].**
- **—, «The Role of the Judiciary in the Entrenchment of the Parental Alienation Syndrome (PAS)», 2002. Disponível na Internet em <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard02d.htm>> [Consult. 20 Out. 2009].**
- **Major, Jayne A., *Parents Who Have Successfully Fought Parental Alienation Syndrome*, disponível na Internet em <<http://www.fact.on.ca/Info/pas/major98.pdf>> [Consult. 20 Out. 2009].**
- **Ribeiro, Maria Saldanha Pinto, *Amor de Pai, Divórcio, Falso Assédio e Poder Paternal, A guarda dos filhos em tempo de divórcio*, Lisboa, Livros d'Hoje, Publicações Dom Quixote, 2007.**