

Exmo. Senhor
Dr. Fernando Negrão
Ilustre Presidente da
Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias da
Assembleia da República

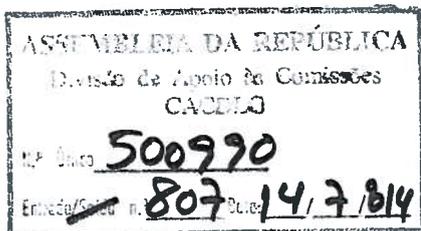
V/Ref. Ofc.694/XII/1ª-CACDLG/2014 de 3/06/2014
N/Ref. EDOC 12554 de 11/06/2014

Assunto: Solicitação de parecer sobre a Projecto de Lei nº 607/XII/3ª (PS)

Conforme solicitado pelo V/ofício acima referido, junto envio o Parecer da Ordem dos Advogados sobre a Projecto de Lei em assunto.

Com os melhores cumprimentos,

Eline Fraga



Elina Fraga
(Bastonária)

Lx.11/07/2014

B303/14



PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

OFÍCIO da ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA n.º 694/XII/1.ª – CACDLG/2014, de 03-06-2014

ASSUNTO: Solicitação de parecer sobre o Projecto-Lei n.º 607/XII/3.ª (PS)

A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdade e Garantias, solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de **parecer sobre o Projecto de Lei n.º 607/XII/3.ª (PS)** que visa a alteração ao CÓDIGO CIVIL, “promovendo o alargamento do regime de exercício das responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor”.

PARECER:

Na *Exposição de Motivos* do Projecto de Lei, que damos por reproduzido na íntegra, diz-se o seguinte:

“A presente iniciativa legislativa visa proceder à atualização do Código Civil em matéria de responsabilidades parentais, numa perspetiva de reforço da proteção dos menores em caso de morte ou impossibilidade, nos termos da lei, de um dos progenitores.

O superior interesse da criança é o critério e fundamento da atribuição das responsabilidades parentais, em primeira linha, aos progenitores, mas também àqueles que no dia-a-dia com ela constroem laços de afetividade, a protegem e contribuem para o seu crescimento e desenvolvimento sãos e normais, nos planos físico, intelectual, moral e social.

Na ausência de um progenitor, o cônjuge ou companheiro do outro progenitor surge como figura de referência para o menor, com quem aliás, em regra, já co-habita e desenvolveu profundos laços de afetividade.

É certo que, na ausência de um dos progenitores, o menor mantém a proteção do outro progenitor. Mas nada deverá impedir que este a possa partilhar com quem já também exerce de facto uma tutela sobre o menor e contribui para o seu sã desenvolvimento.



Neste sentido, a presente iniciativa legislativa visa dar expressão legal às situações de facto que garantem ao menor a estabilidade de uma tutela efetiva, que deverá manter-se mesmo nos casos em que falte o segundo progenitor. (...)»

Pese embora a bondade da *Exposição de Motivos* e da concordância que se ressalva relativamente aos interesses que se pretendem tutelar de acordo com a mesma, é entendimento que parte do proposto esconde alguns riscos imprevistos, atenta a complexidade da(s) seara(s) de cariz pessoalíssimo em que nos movemos, pecando a referida Motivação por misturar hipóteses muito distintas.

Afigura-se, pois, imprescindível proceder não só a um estudo separado dos dois preceitos em apreço, como a uma análise de cariz consequencialista.

Com efeito, as alterações propostas configuram duas novidades distintas, a saber:

I. O aditamento da pessoa que com o segundo progenitor **impedido** viva em união de facto ao elenco das individualidades a quem poderá caber o exercício das *responsabilidades parentais*.¹

II. Faculdade de, por morte de um dos progenitores, **e mantendo o menor a protecção do outro progenitor**, o sobrevivente, em conjunto com o cônjuge ou quem com ele viva em união de facto, requerer a atribuição, por decisão judicial, do exercício conjunto das *responsabilidades parentais*.

I

NOVA NORMA PROPOSTA – art. 1903.º do Código Civil

¹ É entendimento que a única alteração material proposta diz respeito à inclusão da pessoa que com o progenitor viva em união de facto, e não também à inclusão do cônjuge. Com efeito, nos termos do disposto no art. 1903.º do Código Civil, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31-10, «Quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor ou, no impedimento deste, a alguém da família de qualquer deles, desde que haja um acordo prévio e com validação legal.». Ora, porque o cônjuge é, juridicamente, *família* – *cf.* art. 1576.º do Código Civil –, já se encontra contemplado na referida norma legal.

**«Artigo 1903.º****(Impedimento de um dos pais)**

Quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor ou, no impedimento deste, ao seu cônjuge ou com quem viva em união de facto ou alguém da família de qualquer dos pais, desde que haja um acordo prévio e com validação legal. »

A proposta de alteração ao artigo 1903.º do Código Civil, sob a epígrafe *Impedimento de um dos pais*, limita-se a especificar/ individualizar o cônjuge como «alguém da família»², e a aditar a pessoa com quem o progenitor viva em união de facto - efectivando a tendência crescente de equiparação da união de facto ao casamento no ordenamento jurídico português – ao elenco de possíveis titulares do exercício das *responsabilidades parentais* em caso de *ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo Tribunal* de um dos cônjuges, e *impedimento* do outro.

Para que o exercício das *responsabilidades parentais* passe a caber a qualquer dos sujeitos elencados – i.e., ao *cônjuge, unido de facto, ou alguém da família de qualquer dos pais* -, continua a exigir-se que i) **ambos os progenitores se encontrem impossibilitados para o efeito**, ii) a existência de um acordo prévio iii) e com validação legal, pelo que, neste ponto, nada cumpre acrescentar.

Quanto ao alargamento subjectivo proposto pela nova redacção da norma em apreço às situações de *união de facto*, é entendimento que, **em situações em que ambos os progenitores se encontrem impossibilitados de exercer as responsabilidades parentais** - nos termos definidos no preceito legal-, o superior interesse da criança poderá justificar, na linha do exposto na *Exposição de Motivos*, a sua atribuição «àqueles que no dia-a-dia com ela constroem laços de afetividade, a protegem e contribuem para o seu crescimento e desenvolvimento são e normais, nos planos físico, intelectual, moral e social», relação essa susceptível de existir com profundidade entre o menor e quem com o segundo progenitor impedido viva em união de facto,

² Pese embora a redundância. Cfr. nota 1.



pelo que se subscreve o aditamento.

II

NOVA NORMA PROPOSTA – art. 1904.º do Código Civil

«Artigo 1904.º

(Morte de um dos progenitores)

- 1 - Por morte de um dos progenitores, o exercício de responsabilidades parentais pertence ao progenitor sobrevivente, sem prejuízo do artigo 1908.º*
- 2 - Por decisão judicial, pode ser atribuído ao cônjuge do progenitor sobrevivente ou a quem com este viva em união de facto o exercício conjunto das responsabilidades parentais.*
- 3 - A atribuição das responsabilidades parentais, nos termos do número anterior, é requerida pelo progenitor sobrevivente e, conjuntamente, pelo cônjuge deste ou por quem com aquele viva em união de facto.*
- 4 - O exercício conjunto das responsabilidades parentais inicia-se com a decisão judicial.*
- 5 - O tribunal deve, sempre que possível, ouvir o menor.»*

Relativamente ao n.º 1 do preceito legal em apreço, porque mantém o que já se encontra estatuído actualmente, embora com um (desnecessário/redundante) aditamento na sua parte final - «sem prejuízo do artigo 1908.º» -, nada há a acrescentar.

Quanto aos n.ºs 2, 3 e 4, esses sim uma novidade face à redacção vigente, prevê-se que, como referido *supra*, na ausência de um dos progenitores, **e mantendo o menor a protecção do outro progenitor**, o sobrevivente tenha a faculdade de, em conjunto com o cônjuge ou quem com ele viva em união de facto, requerer a atribuição, por decisão judicial, do exercício conjunto das *responsabilidades parentais*. Ora, a proposta merece e carece, neste ponto, e s.m.o., de cuidadas considerações.

A. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES



Considerando que constitui o ponto fulcral da problemática, importará, antes de mais, densificar e caracterizar minimamente o conceito, conteúdo e carácter de *responsabilidades parentais*.

1. Do Conteúdo das “Responsabilidades Parentais”

Nos termos do Princípio 1.º do Anexo à *Recomendação (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 dos filhos, 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*”.

O conteúdo das *responsabilidades parentais* encontra-se genericamente concretizado no n.º 5 do art. 36º da Constituição da República Portuguesa e no art. 1878.º do Código Civil, na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, que preceitua o seguinte:

LIVRO IV - DIREITO DA FAMÍLIA
TÍTULO III - Da filiação
CAPÍTULO II - Efeitos da filiação
SECÇÃO II - Responsabilidades parentais
SUBSECÇÃO I - Principios gerais

Artigo 1878.º - (Conteúdo das responsabilidades parentais)

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.*



Sem ânimo de proceder a uma concretização exaustiva do que implica cada um dos deveres, e cada um nas suas diversas facetas, constata-se que são múltiplos os poderes/direitos-deveres que preenchem o conceito e conteúdo de *responsabilidades parentais*, contando-se entre eles os relacionados com o *sustento, segurança, saúde e educação dos filhos*, com o *desenvolvimento físico, intelectual e moral*, e bem ainda os relativos aos *bens dos filhos*, designadamente os de *utilização e administração*. Poder-se-á até afirmar que não existirá, no nosso ordenamento jurídico, esfera de conteúdo tão lato e tão complexo, fenómeno tão porosamente traçado e do mesmo passo tão denso e concreto, como o de *responsabilidades parentais*.

2. Da Irrenunciabilidade

Prescreve o art. 1882.º do Código Civil a *Irrenunciabilidade das responsabilidades parentais*, nos seguintes termos:

LIVRO IV - DIREITO DA FAMÍLIA
TÍTULO III - Da filiação
CAPÍTULO II - Efeitos da filiação
SECÇÃO II - Responsabilidades parentais
SUBSECÇÃO I - Principios gerais

Artigo 1882.º - (Irrenunciabilidade)

Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adopção.

Da mesma forma, estatui o art. 1989.º do mesmo Código a *Irrevogabilidade da adopção plena*. Assim:

LIVRO IV - DIREITO DA FAMÍLIA
TÍTULO IV - Da adopção
CAPÍTULO II - Adopção plena

Artigo 1989.º - (Irrevogabilidade da adopção plena)

A adopção plena não é revogável nem sequer por acordo do adoptante e do adoptado.



Por seu turno, consagra o art. 2002.º - B os termos em que a adoção restrita é revogável a requerimento do adoptante ou adoptado. Assim:

LIVRO IV - DIREITO DA FAMÍLIA

TÍTULO IV - Da adoção

CAPÍTULO III - Adoção restrita

Artigo 2002.º-B - (Revogação)

A adoção é revogável a requerimento do adoptante ou do adoptado, quando se verifique alguma das ocorrências que justificam a deserção dos herdeiros legitimários.

Por último, dispõe o artigo 2002.º - C (*Revogação a requerimento de outras pessoas*):

LIVRO IV - Direito da família

TÍTULO IV - Da adoção

CAPÍTULO III - Adoção restrita

Artigo 2002.º-C - Revogação a requerimento de outras pessoas

Sendo o adoptado menor, a revogação da adoção pode ser decretada a pedido dos pais naturais, do Ministério Público ou da pessoa a cujo cuidado estava o adoptado antes da adoção, quando se verifique alguma das seguintes circunstâncias:

- a) Deixar o adoptante de cumprir os deveres inerentes ao poder paternal;*
- b) Tornar-se a adoção, por qualquer causa, inconveniente para a educação ou os interesses do adoptado.*

B. APRECIÇÃO

As responsabilidades parentais correspondem a um poder/direito-dever de natureza pessoalíssima, indisponível, infinito e irrenunciável.

Neste pressuposto, é entendimento que os n.ºs 2, 3 e 4 do renovado artigo 1904.º prevêm um regime excessivamente simplista face ao derradeiramente complexo, com uma



porosidade que não permite antever soluções concretas e expressas para as várias questões que desde já se colocam, para não falar das que na prática surgirão.

Assim,

Considerando que

o(s) preceito(s) em apreço não estatuem uma idade mínima e uma duração mínima para o casamento/união de facto, ao contrário daquilo que está prescrito quanto à adopção – *cfr.* art. 1979.º do Código Civil e art. 7.º da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio -, ***quid juris?***

Os requisitos *supra* referidos prendem-se com o assegurar de decisões amadurecidas e ponderadas, evitando precipitações, e a (probabilidade de) inserção do menor num ambiente familiar já dotado de uma certa permanência e estabilidade.

Ora, a presente norma, sob o desiderato, presente na *Exposição de Motivos*, de efectivar no plano jurídico uma já existente “tutela de facto sobre o menor” por quem já “contribui para o seu são desenvolvimento”, **carece em definitivo de concretização**, pois não assegura um condicionalismo em que a partilha deste poder/direito-dever de natureza pessoalíssima, indisponível, infinito e irrenunciável, só possa ter lugar quando existam todos os elementos de facto que permitam concluir que a atribuição conjunta das *responsabilidades parentais* serviria o superior interesse do menor.

Em suma, corre-se o risco de colocar o superior interesse do(s) menor(es) dependente das vicissitudes do(s) relacionamento(s) amoroso(s)/afectivo(s) do progenitor guardião.

Considerando que

o(s) preceito(s) em apreço não especificam o que sucederia em caso de dissolução do casamento/união de facto do progenitor sobrevivente e do seu cônjuge/unido de facto aos quais foi atribuída, por decisão judicial, o exercício conjunto das *responsabilidades parentais*, ***quid juris?***

A partilha das *responsabilidades parentais* entre progenitores constitui foco de grande conflituosidade, o que é empiricamente verificável no dia-a-dia da lide judicial. Isto porque, se a sensatez não imperar - o que, infelizmente, não é incomum, e sobretudo no âmbito de processos de jurisdição voluntária- também as prescrições legais dificilmente cumprem o seu pressuposto. Bastará compulsar a esmagadora maioria dos *processos de regulação das responsabilidades*



parentais que se encontram pendentes ou findos nos nossos Tribunais, para verificar o *supra* exposto.

Se após a separação do casal unido pelo matrimónio ou unido de facto se mantiver a vontade, por parte do progenitor e do ex-cônjuge ou unido de facto, de perpetuar as relações entre este último e o menor, assim poderão fazer. Efectiva e idealmente, tudo é uma questão de bom senso e tudo se prende com a preservação das situações de facto que melhor correspondam ao superior interesse do menor.

E se, porém, essa vontade não se mantiver?

Terá o progenitor sobrevivivo e não impedido que persistir na cedência/partilha das *responsabilidades parentais* relativas ao menor com o ex-cônjuge ou ex-companheiro (com o qual, face à redacção proposta, pode ter mantido apenas uma relação efémera)?

E se o/a progenitor(a) decidir casar/unir-se de facto com outra pessoa - sendo que será com o novo cônjuge/companheiro que o menor passará a conviver e a (re)construir laços de afectividade e estabilidade -, poderão estes, igualmente, requerer a atribuição conjunta das *responsabilidades parentais*? Ou, por analogia, cumpre fixar um limite à semelhança do estabelecido no art. 1975.º (*Proibição de várias adopções do mesmo adoptado*)? Em caso contrário, quantos pais/mães poderá ter uma criança? Quantos obrigados a prestar alimentos e quantos direitos de visita?

Poderá o progenitor sobrevivivo requerer a revogação da atribuição, por decisão judicial, do exercício conjunto das *responsabilidades parentais*?

Se sim, em que termos? Nos mesmos prescritos para a *acção de inibição das responsabilidades parentais*³ do progenitor biológico⁴?

Se não, e atendendo ao actual regime regra do exercício conjunto das *responsabilidades parentais*, designadamente quanto às questões de particular importância na vida do menor (cfr. artigos 1901.º e 1906.º, n.º 1 do Código Civil⁵), impor-se-á ao progenitor sobrevivivo recorrer ao Tribunal, intentando a respectiva *acção*, numa situação tão vulgar como, *v.g.*, uma deslocação

³ Cfr. art. 1915.º do Código Civil.

⁴ E que «em nenhum caso isenta os pais do dever de alimentarem o filho», nos termos do art. 1917.º do Código Civil, sob a epígrafe *Alimentos*.

⁵ Na redacção da Lei n.º 61/2008, de 31-10.



ao estrangeiro – imagine-se uma viagem a Badajoz ou ao *El Corte Inglés* de Vigo para comprar caramelos –, sempre que a pessoa a quem foi atribuído o exercício conjunto das *responsabilidades parentais* não dê o seu consentimento?

E se a recusa em perpetuar o exercício conjunto das *responsabilidades parentais* provier da esfera do ex-cônjuge ou ex-companheiro? Permanecerá este obrigado a assumir as *responsabilidades parentais* do menor, com o conteúdo acima descrito na sua plenitude, ou prever-se-ia uma faculdade de renúncia a esses direitos/deveres pós dissolução do matrimónio/união de facto com o progenitor sobrevivente do menor? Semelhante faculdade afigurar-se-ia sequer possível face ao estatuído no art. 1882.º do Código Civil? Configuraria uma exceção? Se sim, até que ponto compatível com as valorações subjacentes a esse desiderato? Estar-se-iam a criar *responsabilidades parentais* - uma *parentalidade* - de segunda categoria?

E a não existir essa faculdade de renúncia, porventura cumpriria o pressuposto de salvaguarda do superior interesse do menor manter as *responsabilidades parentais* na esfera de quem as rejeita?

Aplicar-se-ia o n.º 2 do art. 1906.º do Código Civil ou, por analogia, o disposto nos arts. 2002.º - B (*Revogação*) e 2002.º - C, ambos do Código Civil?

Considerando que

o(s) preceito(s) em apreço não fazem qualquer alusão nem remetem para qualquer disposição legal de direito sucessório, *quid juris*?

Não se afigura transparente, quanto a este aspecto, a natureza do instituto que se propõe criar. Que posição assumiria este *filho* na cadeia sucessória por morte da pessoa a quem outrora fora atribuído o exercício conjunto das *responsabilidades parentais*?

Em suma:

Não há como negar que a escala de conflituosidade gerada pela necessidade de partilha das *responsabilidades parentais* entre dois progenitores resulta patente na lide judicial. Se já assim é, o que aconteceria face a todas as complexas questões que aqui se colocam e que -



podendo dar origem a problemas gravíssimos e a um considerável prejuízo no respeitante à estabilidade da vida do menor –, com a redacção proposta, permanecem sem resposta?

É, pois, entendimento que o proposto relativamente ao art. 1904.º acarretaria muitos mais problemas do que soluções. A acrescer, o Código Civil vigente prevê regimes mais ajustados, e regulados em pormenor, para efectivar a partilha plena das *responsabilidades parentais* em vida de um dos progenitores, e subordinados, na íntegra, ao critério do superior interesse da criança.

Por último,

questão distinta será a mencionada na parte final do quinto parágrafo da *Exposição de Motivos*, quando se refere a uma tutela «*que deverá manter-se mesmo nos casos em que falte o segundo progenitor*», i. e., quando ocorra impedimento ou morte de ambos os progenitores.

Relativamente à primeira hipótese, é entendimento que o disposto no art. 1903.º, na redacção ora proposta, assegura plenamente a possibilidade de as *responsabilidades parentais* relativas ao menor poderem ser exercidas pelo cônjuge ou pessoa que com o progenitor viva em união de facto, caso se verifique uma situação de impedimento por parte (também) do outro progenitor.

Quanto à segunda, i.e., em caso de morte (também) do segundo progenitor, embora o instituto da *Tutela*⁶ se afigure suficiente para cumprir o desiderado de assegurar que o menor permaneça com o cônjuge ou pessoa que com o progenitor vivia em união de facto, é também certo que subsiste uma lacuna, na medida em que o instituto da *Tutela* sempre envolve as restrições constantes do art. 1936.º e seguintes do Código Civil.

Neste sentido, e salvaguardando sempre a plenitude das *responsabilidades parentais* na esfera do progenitor sobrevivente até à sua morte⁷, não repugnaria que o mesmo pudesse designar, em vida, o titular das *responsabilidades parentais*, em toda a sua plenitude, para o caso de vir a falecer, nomeação essa a requerer conjuntamente com a pessoa designada, mediante a sua aceitação expressa e consciente, e sempre sujeita à competente decisão judicial.

⁶ A que correspondem os arts. 1927.º a 1972.º do Código Civil e que prevê a possibilidade de o progenitor que exerce as *responsabilidades parentais* nomear um tutor ao filho menor para a eventualidade da sua morte, tutor esse que, embora com restrições de índole patrimonial, assume «os mesmos direitos e obrigações dos pais» - *cf.* n.º 1 do art. 1928.º e 1935.º, ambos do Código Civil.

⁷ Exceptuados os casos já previstos no Código Civil.



III. CONCLUSÃO

Atento o *supra* exposto:

Relativamente à nova redacção proposta para o art. 1903.º do Código Civil, somos assim de parecer que a alteração merece acolhimento.

No que à nova redacção proposta para o artigo 1904.º do Código Civil concerne, em concreto quanto aos n.ºs 2, 3 e 4, e sem prejuízo de ulterior concretização e densificação da alteração legislativa sujeita a apreciação⁸, somos assim de parecer que o alargamento do regime do exercício das responsabilidades parentais ao cônjuge ou companheiro do progenitor **sobrevivo e em vida**, não se afigura, com a redacção e nos termos propostos, compatível com o princípio da salvaguarda do superior interesse do menor e com natureza pessoalíssima, indisponível, infinita e irrenunciável da titularidade das *responsabilidades parentais* conjugada com a eventual volatilidade das relações conjugais (*lato sensu*).

Lisboa, 7 de Julho de 2014

A Ordem dos Advogados

Elina Fraga
(Bastonária)

⁸ Que sempre implicaria, obrigatoriamente, toda uma revisão do Código Civil, designadamente no que ao Direito da Família e das Sucessões concerne.