



Dis. Mouta
17/06/2008
LCC

Sua Excelência
o Senhor Presidente da Comissão Parlamentar Permanente
de **Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias**
Ex.^{mo} Senhor Dr. **Oswaldo de Castro**

Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249-068 LISBOA

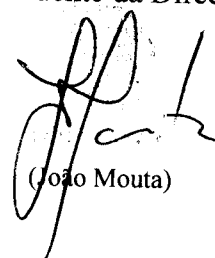
ASSUNTO: PARECER SOBRE PJI 509/X/3.^a (PS) – “Alterações ao regime jurídico do divórcio”

Lisboa, 17 de Junho de 2008

No seguimento do convite endereçado por V. Ex.^a a esta Associação, que muito nos honrou, vimos apresentar o Parecer da “Pais para Sempre” sobre o Projecto de Lei n.º 509/X/3.^a (PS) – Alterações ao regime jurídico do divórcio, em documento anexo composto por 82 páginas.

Com os melhores cumprimentos,

O Presidente da Direcção

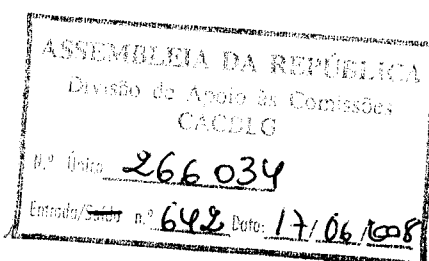


(João Mouta)

Rua Actor Vale 26-2.º C
1900-025 LISBOA

Tel. 91 991 29 22

PT504213857



PAIS PARA SEMPRE – ASSOCIAÇÃO PARA A DEFESA DOS FILHOS DOS PAIS SEPARADOS
paisparasempre * parentsforever * parentspour toujours * genitoripersempre * padresparasiempre * elternfür immer
oudersvooral tijd * foreldraraðeilitu * rodičenavěky * γονείγια πάντα * родители для всегда * 父母是永远的 * والدا نيندلاو

PARECER

sobre o

Projecto de Lei n.º 509/X

Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio ¹

no Código Civil

Projecto de Lei da Autoria de um conjunto de 20 Deputados do Partido Socialista onde se incluem o Líder e Presidente do Grupo Parlamentar do PS Sr. Dr. Alberto Martins (Advogado) e três Membros Efectivos e um Suplente da 1.ª Comissão Permanente da Assembleia da Republica, a de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, também estes Advogados (Dr.ª Helena Terra, Dr.ª Sónia Sanfona, Dr. Ricardo Rodrigues e Dr. Jorge Strecht).

O parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, em que foi Deputado Relator o Dr. António Montalvão Machado (PSD) - aprovado por unanimidade em 16 Abril de 2008 (registando-se a ausência do CDS-PP, do BE e de Os Verdes) e publicado no DAR-II-A-082 de 17/04/2008 - refere, em síntese, as principais alterações propostas pelo PS, no que concerne às Responsabilidades Parentais:

- *Propõe-se o desaparecimento da designação «poder paternal» substituindo-a pelo conceito de «responsabilidades parentais»;*
- *Na constância do casamento, se não houver acordo em questões de particular importância, e frustrada a tentativa de conciliação, o tribunal, antes de decidir, ouvirá o filho, independentemente da idade, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselharem, quando actualmente só ouve o filho se este for «maior de catorze anos» — cfr. artigo 1901.º, n.º 2.*
- *Em caso de divórcio, as responsabilidades parentais são exercidas em conjunto por ambos os progenitores em relação «às questões de particular importância para a vida do filho». Já o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabem ao progenitor com quem ele reside habitualmente ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, sendo que, neste caso, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente — cfr. artigo 1906.º, n.ºs 1 e 3;*

¹ Ver tb. a **Petição N.º 76/VIII/3.ª**, de 20 de Outubro de **2001** (APpS), o **Projecto de Lei n.º 232/X**, de 7 de Março de **2006** (BE), e o **Projecto de Lei n.º 486/X**, de 19 de Março de **2008** (BE).

- Na determinação da residência do filho, valoriza-se a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor — cfr. artigo 1906.º, n.º 5;
- Determina-se que o incumprimento do exercício das responsabilidades parentais constitui crime de desobediência nos termos da lei penal — cfr. artigo 1777.º-A, n.º 4.

Já à quase 6 anos que na Petição N.º 76/VIII/3.^{a2}, de 20 de Outubro de 2001, da qual esta Associação de Defesa dos Direitos dos Filhos de Pais Separados “Pais para Sempre” foi primeiro subscritor, se pedia e propunha ao Legislador

- a substituição, no texto da Lei, do termo *poder paternal por responsabilidade parental*;
- *firmar como padrão ou norma o exercício conjunto da responsabilidade parental, deixando a guarda única para todas as situações em que a manifesta incapacidade de um dos progenitores e/ou o superior interesse da criança assim o exija*;
- *promoção da Mediação Familiar como forma de obtenção de um Acordo de Regulação do Exercício da Responsabilidade Parental mais equilibrado, mais justo e mais adequado á realidade dos intervenientes - via a ser utilizada em substituição da conferência de pais*;
- *penalização da inviabilização do direito de visita / direito de acesso da criança ao progenitor com quem não vive, como crime contra a criança*;
- e, ainda,*
- *que o desempenho da função de Juiz nos Tribunais de Família e Menores esteja dependente de formação específica e avaliação do Magistrado para o desempenho das funções específicas*;
- *que as decisões provisórias nos Processos de Regulação da Responsabilidade Parental tenham uma duração não superior a seis meses, ocasião em que serão obrigatoriamente revistas e re-adequadas ao melhor interesse da criança.*

A Associação “Pais para Sempre” e os 4600 cidadãos portugueses que a subscreveram pediam-no porque sabiam que, não obstante o casamento ter vocação para ser perpétuo, tal vocação não obsta a que o casamento se dissolva, excepcionalmente, quando determinadas circunstâncias se verifiquem.

E agora expõem o que segue, centrando-se nas questões, que são o centro da actuação e intervenção desta Associação e que importam para a defesa do Direito dos filhos cujos progenitores se encontram separados.

O divórcio e a separação judicial de pessoas e bens são os dois remédios que o nosso direito oferece para as situações de crise matrimonial que,

² Publicada no Diário da Assembleia da República n.º 8, II Série B, de 30.11.2001.

pela sua gravidade, justifiquem uma modificação do regime normal do casamento.

Entende-se por divórcio, justamente, a dissolução do casamento decretada pelo tribunal ainda em vida de ambos os cônjuges, a requerimento de um deles ou dos dois, nos termos autorizados por lei.

O divórcio terá inconvenientes particularmente graves quando haja filhos, sobretudo jovens; será para estes uma dolorosa experiência capaz de afectar profundamente a formação e o desenvolvimento da sua personalidade, onde o divórcio dos pais deixará para sempre as suas marcas.

Contudo o divórcio pode ser "um mal necessário". Entende-se ser "necessário" - ou seja, socialmente recomendável - nos casos em que a vida conjugal se tornou intolerável e a esperança de reconciliação é muito remota.

Pensa-se que o interesse da família aconselha que nesses casos se permita o divórcio. E, assim, sendo, absolutamente, um mal, o divórcio virá a ser em tais casos o menor de dois males e, portanto, relativamente, um bem.

Será até melhor, porventura, do que no caso de os cônjuges continuarem a viver em comum mas não se reconciliarem e darem aos filhos o espectáculo quotidiano dos seus conflitos e desentendimentos.

Na presença de um conflito de interesses desta natureza, isto é, quando sobre certo bem incidem interesses de duas ou mais pessoas, nos termos da lei substantiva, deve um deles ser sacrificado ao outro.

É ao superior e concreto interesse do filho que deve ser sacrificado o interesse dos pais. É sempre de harmonia com o interesse da criança, e não com circunstâncias relativas aos progenitores, que deve ser fixado o destino do filho nos casos de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, e se deve ou não ser concedido um direito de visita ao progenitor a quem não tenha sido confiado.

É também tendo em conta o superior interesse da criança que as decisões relativas à sua pessoa devem ser tomadas por ambos os pais, casados ou não, ou pelos tribunais.

Ora, o Direito da Família é um ramo do direito civil muito permeável às modificações das estruturas políticas, sociais, económicas, etc., e mantém uma estreita ligação a outras ciências humanas.

Entre os doze princípios constitucionais do Direito de Família salientamos o princípio da

- *competência da lei civil para regular os requisitos e efeitos do casamento e da sua dissolução, independentemente da forma de celebração*, consagrado no art.º 36.º, n.º 2 da CRP - Constituição da República Portuguesa;
- *admissibilidade do divórcio, para quaisquer casamentos*, formulado no art.º 36.º, n.º 2 da CRP;

- *igualdade dos cônjuges, quanto à sua capacidade civil e à manutenção e educação dos filhos*, consagrado no art.º 36.º, n.º 3 da CRP;
- *atribuição aos pais do poder-dever da educação dos filhos*, formulado no art.º 36.º, n.º 5 da CRP;
- *inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores*, enunciado no art.º 36.º, n.º 5 da CRP;
- *não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do casamento*, expresso no art.º 36.º, n.º 4 da CRP;
- *protecção da família*, enunciado no art.º 67.º da CRP;
- *protecção da paternidade e maternidade*, formulado no art.º 68.º da CRP; e por último,
- *protecção da infância*, expresso no art.º 69.º da CRP.

As normas que infrinjam, ou que violem, ainda que, por omissão, os princípios constitucionais do direito da família, a que acabamos de fazer referência, são normas **inconstitucionais** (art.º 277.º da CRP).

Os princípios em que o Direito de Família se baseia constituem, se podemos exprimir-nos assim, uma espécie de novo direito natural das relações familiares. É largamente tributário da biologia e a sua evolução é marcada significativamente pelos progressos científicos, a compreensão e a aplicação de numerosas soluções legais, respeitantes, designadamente, ao poder paternal e à adopção, requerem conhecimentos adequados de psicologia e pedagogia, e não é por acaso que os sociólogos do direito encontram em matérias de direito da família algumas das áreas privilegiadas dos seus estudos.

Só a "vivência" de um determinado ramo do conhecimento humano, integrado no mundo complexo dos seus problemas, percorrendo os seus labirintos e encruzilhadas, habilita ao seu conhecimento que será tanto mais perfeito e completo, quanto maior ou mais profunda for essa "vivência".

Daí, a necessidade de adequar o direito de Família:

- à crescente, desejada e ambicionada autonomia e independência da mulher;
- ao despertar do homem/pai para a mais valia resultante dum investimento numa relação afectiva profunda com os filhos;
- ao interesse superior da criança, nomeadamente, à necessidade que cada filho tem em manter, na situação de rotura da vida conjugal, uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não está confiado.

Os direitos familiares pessoais são direitos a que não se ajusta a noção tradicional de direito subjectivo. A primeira das características, talvez a mais importante de todas, é que os direitos familiares pessoais são poderes funcionais, poderes-deveres.

Não são direitos que o seu titular possa exercer como queira (não são do seu titular, não são coisa sua, coisa que lhe pertença).

Pelo contrário, o seu titular é obrigado a exercê-los de certo modo.

Não são direitos de livre exercício, mas hão-de ser exercidos de acordo com a sua função, do modo que for exigido pela função do direito familiar pessoal, pelo interesse que ele serve.

No caso do exercício das responsabilidades parentais, a sua função é a de favorecer e garantir o cumprimento dos particulares deveres morais que incumbem ao seu titular (o pai ou à mãe) para com a pessoa contra quem se dirigem (os filhos), através de um comportamento parental fundado no respeito pelos direitos da criança assegurando a satisfação as suas necessidades através da protecção dos riscos e a criação de um ambiente que promova o seu desenvolvimento harmonioso, valorize a sua individualidade, especificidade e autonomia.

Daí a necessidade de se declarar a irrenunciabilidade da responsabilidade parental, tal como está estatuído no art.º 1 882.º do Código Civil.

Na verdade, os direitos familiares pessoais, para além de irrenunciáveis, são intransmissíveis - *inter vivos e mortis causa* (exceptua-se o caso limite da adopção plena) - e são direitos cujo exercício é controlado objectivamente (legalmente), uma vez que, nos termos do art.º 334.º do Código Civil, se o exercício do direito for abusivo, a ordem jurídica deverá intervir, para tratar o titular do direito como se não tivesse direito, ou para o obrigar a indemnizar por perdas e danos a pessoa prejudicada.

Na verdade, quando na presença de um direito familiar pessoal, como é o direito à reserva da vida familiar, estamos perante uma obrigação, não apenas de "não fazer", não interferir no exercício do direito consagrado, mas perante uma obrigação positiva - a de fazer o necessário, diríamos, tudo fazer para acautelar o efeito útil das acções, o que, de certa forma, nos remete para o art.º 2.º, n.º 2 do Código do Processo Civil onde está estatuído que "a todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada destinada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente - bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil das acções".

A função legislativa é criadora do direito objectivo, geral e abstracto.

Em abstracto toda a criança, todos os pais (mães e/ou pais) têm direito a uma relação familiar "viva".

Em abstracto os pais devem exercer a sua função no interesse dos filhos.

E é exercida conjuntamente, por ambos os progenitores, que, em abstracto, os filhos melhor terão o seu interesse salvaguardado, garantido e satisfeito.

Ora, tal como consideram Barthes e Lacan, consabidos grandes filósofos e pensadores, com incidência no domínio do pensamento e da sua articulação com a palavra, nós "pensamos com as palavras".

Na verdade, usamos as palavras não só para comunicar, e nesse contexto elas são o veículo de transmissão do nosso pensamento, mas também as usamos para construir as nossas próprias ideias e conceitos.

Daí a importância da comunicação e a utilidade da semiótica e da semântica, e a importância das palavras no texto da Lei.

Congratulamo-nos, por isso, com a proposta de desaparecimento da designação «poder paternal» substituindo-a pelo conceito de «responsabilidades parentais», determinando, por isso, a republicação do Código Civil, nomeadamente dos artigos 17.º, 85.º, 124.º, 125.º, 131.º, 139.º a 144.º, 318.º, 1 612.º, 1 832.º, 1 892.º a 1898.º, 1 900.º, 1 921.º, 1 928.º, 1 933.º, 1 961.º, 1 970.º, 1 981.º, 1 997.º, 2 002.º e 2 297.º, para além dos que se seguem.

1 877.º

(Duração do exercício das responsabilidades parentais)

Os filhos estão sujeitos ao exercício das responsabilidades parentais até à maioridade ou emancipação.

1 878.º

*(Conteúdo das responsabilidades parentais)*³

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 - ...

1 881.º

(...)

1 - ...

2 - Se houver conflito de interesses cuja resolução dependa de autoridade pública, entre qualquer dos pais e o filho sujeito ao exercício das responsabilidades parentais, ou entre os filhos, ainda que, neste caso, algum deles seja maior, são os menores representados por um ou mais curadores especiais nomeados pelo tribunal.

1 882.º

(...)

Os pais não podem renunciar ao exercício das responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que ela especialmente lhes confere, sem prejuízo do que neste código se dispõe acerca da adopção.

1 913.º

³ A alínea f) do n.º 3 da Petição N.º 501/X/3.^a (*"Cidadania, Família, Casamento"* do Fórum da Família, Rua Tomás Ribeiro, 10 – R/C Dto. Sala 6, 1050-229 LISBOA) pede que no Projecto de Lei aqui em apreço seja "reformulado exercício das responsabilidades parentais, de forma a não colocar em perigo a segurança e o equilíbrio dos filhos".

(...)

1 - Consideram-se de pleno direito inibidos do exercício da responsabilidades parentais:

...

...

...

2 - ...

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

1 914.º

(...)

A inibição de pleno direito do exercício da responsabilidades parentais cessa pelo levantamento da interdição ou inabilitação e pelo termo da curadoria.

1 915.º

(Inibição do exercício das responsabilidades parentais)

1 - A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente da criança ou de pessoa a quem ela esteja confiada, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

2 - ...

3 - ...

1916.º

(...)

1 - A inibição do exercício da responsabilidades parentais decretada pelo tribunal será levantada quando cessarem as causas que lhe deram origem.

2 - ...

1917.º

(...)

A inibição do exercício das responsabilidades parentais em nenhum caso isenta os pais do dever de alimentarem o filho.

1918.º

(...)

Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de uma criança se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1 915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento da educação ou assistência.

1919.º

(Exercício das responsabilidades parentais enquanto se mantiver a providência)

1 - Quando tiver sido decretada alguma das providências referidas no artigo anterior, os pais conservam o exercício das responsabilidades parentais em tudo o que com ela não se mostre inconciliável.

2 - ...

1920.º

(...)

1 - Quando a má administração ponha em perigo o património do filho e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer parente, decretar as providências que julgue adequadas.

2 - ...

1920.º-B

(...)

...
a) *As decisões que regulem o exercício das responsabilidades parentais ou homologuem acordo sobre esse exercício;*

...
As decisões que façam cessar a regulação das responsabilidades parentais em caso de reconciliação de cônjuges separados de facto;

As decisões que importem a inibição do exercício das responsabilidades parentais, as suspendam provisoriamente ou estabeleçam providências limitativas dessas responsabilidades.

Carecerá, contudo, para uma eficaz alteração conceptual, também de alterações no Código do Processo Civil, como sejam os artigos 1 407.º n.ºs 2 e 7, e 1 419.º n.º 1 alínea c), para os quais propomos a seguinte redacção:

1 407.º

(...)

1 - ...

2 - Estando presentes ambas as partes e não sendo possível a sua conciliação, e não tendo resultado a tentativa do juiz no sentido de obter o acordo dos cônjuges para o divórcio ou a separação por mútuo consentimento, procurará o juiz obter o acordo dos cônjuges quanto aos alimentos e quanto à regulação do exercício conjunto das responsabilidades parentais dos filhos. Procurará ainda obter o acordo dos cônjuges quanto à utilização da casa de morada de família durante o período de pendência do processo, se for caso disso.

3 - ...

4 - ...

5 - ...

6 - ...

7 - Em qualquer altura do processo, o juiz, por iniciativa própria ou a requerimento de alguma das partes, e se o considerar conveniente, poderá fixar um regime provisório quanto a alimentos, quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais, que só fundamentadamente, e se o superior interesse dos filhos o desaconselhar, não será exercido conjuntamente por ambos os

progenitores, e quanto à utilização da casa de morada da família; para tanto, poderá o juiz, previamente, ordenar a realização das diligências que considerar necessárias.

1 419.º

(...)

1 - ...

a) ...

b) ...

c) *Acordo que hajam celebrado sobre o exercício das responsabilidades parentais relativamente aos filhos de menor idade, se os houver;*

d) ...

e) ...

f) ...

2 - ...

A Associação Pais Para Sempre:

- subscreve igualmente o princípio de que *“a afirmação da igualdade entre homens e mulheres é outro sinal da individualização que se reflecte de forma directa no casamento e o transforma numa ligação entre iguais”*;
- concorda com o princípio da eliminação da culpa nas situações de divórcio;
- concorda *“que os afectos estão no centro da relação conjugal e na relação pais-filhos”*;
- concorda que existe uma *“diferenciação clara entre relação conjugal e relação parental e que o exercício das responsabilidades parentais deve ser estipulado de forma a que a criança possa manter relações afectivas profundas com o pai e com a mãe, bem como ser alvo de cuidados e protecção por parte de ambos em ordem à salvaguarda do seu superior interesse”*;
- concorda que *“o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente, se forem impedidos de manter relações afectivas e as lealdades tanto com as suas mães como com os seus pais”*;
- concorda que a *“guarda única tem efeitos perversos, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e correlativa fragilização do relacionamento afectivo com os seus filhos”*, por oposição à guarda conjunta;
- concorda com a criminalização do incumprimento das responsabilidades parentais.

Para facilitar a interpretação integrada das alterações introduzidas pelo Projecto de Lei em apreço e suas consequências, optamos por, a estilo de

republicação, fazer a contextualização do Código Civil que se pretende ver alterada.

O Projecto-Lei 509/X, que altera o Código Civil, começa por modificar o Artigo 1585.º, dando-lhe o seguinte conteúdo:

Artigo 1585.º

Elementos e cessação da afinidade

(anterior redacção e contexto em rodapé)⁴

A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução, por morte, do casamento.

⁴ **ARTIGO 1582.º (Limites do parentesco)** Salvo disposição da lei em contrário, os efeitos do parentesco produzem-se em qualquer grau da linha recta e até ao sexto grau na colateral.

ARTIGO 1583.º (Revogado pelo Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1584.º (Noção de afinidade) Afinidade é o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1585.º (Elementos e cessação da afinidade) A afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco e não cessa pela dissolução do casamento.

Artigo 1676.º

[Dever de contribuir para os encargos da vida familiar] ⁵

1.[O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.]

2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder manifestamente a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, esse cônjuge torna-se credor do outro pelo que haja contribuído além do que lhe competia; mas este crédito só é exigível no momento da partilha dos bens do casal, a não ser que vigore o regime da separação.

(anterior redacção e contexto em rodapé ⁶)

⁵ A alínea a) do n.º 3 da Petição N.º 501/X/3.^a pede que no Projecto de Lei aqui em apreço seja eliminada “a compensação de créditos entre marido e mulher, prevista no artigo 1676.º e assegurando a comunhão devida constância do matrimónio”.

⁶ **ARTIGO 1675.º (Dever de assistência)**

1. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir para os encargos da vida familiar.

2. O dever de assistência mantém-se durante a separação de facto se esta não for imputável a qualquer dos cônjuges.

3. Se a separação de facto for imputável a um dos cônjuges, ou a ambos, o dever de assistência só incumbe, em princípio, ao único ou principal culpado; o tribunal pode, todavia, excepcionalmente e por motivos de equidade, impor esse dever ao cônjuge inocente ou menos culpado, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração que o outro cônjuge tenha prestado à economia do casal. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1676.º (Dever de contribuir para os encargos da vida familiar)

1. O dever de contribuir para os encargos da vida familiar incumbe a ambos os cônjuges, de harmonia com as possibilidades de cada um, e pode ser cumprido, por qualquer deles, pela afectação dos seus recursos àqueles encargos e pelo trabalho despendido no lar ou na manutenção e educação dos filhos.

2. Se a contribuição de um dos cônjuges para os encargos da vida familiar exceder a parte que lhe pertencia nos termos do número anterior, presume-se a renúncia ao direito de exigir do outro a correspondente compensação.

3. Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1677.º (Direito ao nome)

1. Cada um dos cônjuges conserva os seus próprios apelidos, mas pode acrescentar-lhes apelidos do outro até ao máximo de dois.

2. A faculdade conferida na segunda parte do número anterior não pode ser exercida por aquele que conserve apelidos do cônjuge de anterior casamento. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1677.º-A (Viuvez e segundas núpcias)

O cônjuge que tenha acrescentado ao seu nome apelidos do outro conservados em caso de viuvez e, se o declarar até à celebração do novo casamento, mesmo depois das segundas núpcias. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1677.º-B (Divórcio e separação judicial de pessoas e bens)

1. Decretada a separação judicial de pessoas e bens, cada um dos cônjuges conserva os apelidos do outro que tenha adoptado; no caso de divórcio, pode conservá-los se o ex-cônjuge der o seu consentimento ou o tribunal o autorizar, tendo em atenção os motivos invocados.

3. [Não sendo prestada a contribuição devida, qualquer dos cônjuges pode exigir que lhe seja directamente entregue a parte dos rendimentos ou proventos do outro que o tribunal fixar.]

2. O consentimento do ex-cônjuge pode ser prestado por documento autêntico ou autenticado, termo lavrado em juízo ou declaração perante o funcionário do registo civil.

3. O pedido de autorização judicial do uso dos apelidos do ex-cônjuge pode ser deduzido no processo de divórcio ou em processo próprio, mesmo depois de o divórcio ter sido decretado. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1677.º-C (Privação judicial do uso do nome)

1. Falecido um dos cônjuges ou decretada a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio, o cônjuge que conserve apelidos do outro pode ser privado pelo tribunal do direito de os usar quando esse uso lese gravemente os interesses morais do outro cônjuge ou da sua família.

2. Têm legitimidade para o pedido de privação do uso do nome, no caso de separação judicial de pessoas e bens ou divórcio, o outro cônjuge ou excônjuge, e, no caso de viuvez, os descendentes, ascendentes e irmãos do cônjuge falecido. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1677.º-D (Exercício de profissão ou outra actividade) Cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou actividade sem o consentimento do outro. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1773.º⁷

[Modalidades]

1. O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou sem consentimento de um dos cônjuges.
2. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, na conservatória do registo civil, ou no tribunal se, neste caso, o casal não tiver conseguido acordo sobre algum dos assuntos referidos no n.º 1 do artigo 1775.º.
3. O divórcio sem consentimento de um dos cônjuges é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos no artigo 1781.º.

(anterior redacção em rodapé)⁸

⁷ O **Projecto de Lei n.º 232/X (Cria o Regime Jurídico do Divórcio a pedido de um dos Cônjuges)** apresentado pelos deputados do **Bloco de Esquerda** em **7 de Março de 2006** (DAR II série A N.º 98/X/1 2006.03.30) propunha a alteração do Artigo 1773.º da seguinte forma:

(...)

1 - O divórcio pode ser por mútuo consentimento, litigioso ou a pedido de um dos cônjuges.

2 - (...)

3 - (...)

4 - O divórcio a pedido de um dos cônjuges pode ser requerido por qualquer um dos cônjuges, que não deseje permanecer casado, na conservatória do registo civil.

⁸ **CAPÍTULO XII Divórcio e separação judicial de pessoas e bens**

SECÇÃO I Divórcio

SUBSECÇÃO I Disposições gerais

ARTIGO 1773.º (Modalidades)

1. O divórcio pode ser por mútuo consentimento ou litigioso.

2. O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cônjuges, de comum acordo, no tribunal ou na conservatória do registo civil se, neste caso, o casal não tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercício do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado.

3. O divórcio litigioso é requerido no tribunal por um dos cônjuges contra o outro, com algum dos fundamentos previstos nos artigos 1779º e 1781º. (Redacção do Dec-Lei 163/95, de 13-7)

Artigo 1774.º

(anterior redacção em rodapé)⁹

(Mediação familiar)¹⁰

⁹ **ARTIGO 1774.º (Tentativa de conciliação; conversão do divórcio litigioso em divórcio por mútuo consentimento)**

1. No processo de divórcio haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges.
2. Se, no processo de divórcio litigioso, a tentativa de conciliação não resultar, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25- 11

¹⁰ A mediação é um meio alternativo de resolução de litígios que assume carácter confidencial e voluntário e se caracteriza por a responsabilidade pela construção das decisões caber às próprias partes envolvidas. É, geralmente, de natureza formal.

No seu âmbito, os litigantes, auxiliados por um terceiro imparcial e neutro, o mediador, procuram chegar a um acordo que resolva a disputa que as opõe.

Ao contrário de um juiz ou de um árbitro, o mediador não decide sobre o resultado da contenda, antes conduz as partes, estabelecendo a comunicação entre elas e viabilizando a troca de perspectivas, por forma a que estas encontrem, por si mesmas, a base do acordo que porá fim ao litígio. Por implicar sempre a intervenção de um terceiro, este é um processo intermédio entre a conciliação e a arbitragem.

A mediação, ao permitir a manutenção das relações entre os litigantes, mostra-se, por exemplo, particularmente adequada para a resolução de conflitos familiares e de vizinhança.

A Mediação Familiar, de acordo com a exposição de motivos da Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros aos Estados Membros do Conselho da Europa, é "(...) *un processus dans lequel un tiers qui n'est pas directement intéressé dans les questions faisant l'objet du litige, facilite la discussion entre les parties de manière à les aider à résoudre leurs difficultés et à parvenir à des accords.*"

Não existe uma forma "ideal" de mediar uma disputa.

Apesar da diversidade das formas de intervenção e de aplicação da Mediação (Mediação laboral privada, Mediação familiar, Mediação prisional, Mediação de bairro, Mediação escolar, etc., etc.) os mediadores melhor habilitados e mais experientes tendem a concordar que determinadas técnicas estão subjacentes a uma mediação bem sucedida, tendo em consideração o modo como ela tem sido tradicionalmente praticada.

Mediação é um subproduto do fracasso.

A Mediação é habitualmente um subproduto do fracasso - a incapacidade dos disputantes em lidarem com as suas próprias diferenças. A sua inabilidade em alcançarem um acordo resulta muito mais das emoções presentes no caso concreto do que dos factos.

Ouvir / compreender

O processo que os mediadores experientes usam é simples, mesmo em disputas complexas - às partes é providenciado um espaço onde eles podem expor os seus próprios sentimentos ao contarem a sua versão do "caso", pelo que, sentem estarem a ser ouvidos e compreendidos.

O mediador permite-lhes e faculta-lhes os meios para enfrentarem o seu conflito com clareza e objectividade. Ele encoraja-os a desvendarem informações que nunca tinham exposto até então, ouvir coisas que nunca haviam ouvido antes, abrir as suas mentes a ideias que nunca haviam antes considerado e gerar ideias que não lhes haviam antes ocorrido.

Mediação, nas palavras de Lon Fuller, é um processo que permite às partes alcançarem uma nova e partilhada percepção do seu relacionamento, uma percepção que lhes permitirá redireccionar as suas atitudes e posições em função do outro. Lon Fuller, *Mediation - Its Forms and Functions*, 44 S. Cal. L. Ver. 305 (1971)

As Quatro Tarefas Essenciais do Mediador

- 1) Entender e apreciar os problemas com que as partes se confrontam;
 - 2) Dar às partes o conhecimento do facto de que a mediação conhece e entende os seus problemas;
 - 3) Criar dúvidas nas suas mentes sobre a validade das posições que eles assumiram até àquele momento relativamente ao problema em apreciação; e
 - 4) Sugerir aproximações / abordagens alternativas que possam facilitar o acordo.
- Walter Maggiolo (Mediador Laboral), *Techniques of Mediation* (1985)

Antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.

O juiz já tinha, por via do Artigo 147.º-D¹¹ da OTM, a capacidade de determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação. A alteração acima em nada altera essa capacidade.

Introduz somente uma medida de divulgação. Os cônjuges serão informados da existência dos serviços de mediação familiar e seus objectivos, na Conservatória do Registo Civil caso se trate de um divórcio por mútuo consentimento ou no Tribunal.

Este procedimento remete-nos para o teor da informação a ser prestada pelo Conservatória ou pelo Tribunal.

A Mediação Familiar é um processo no qual o casal, em instância de separação/divórcio pede ajuda a um profissional neutro e qualificado, a fim de resolver os seus conflitos de uma forma mutuamente aceitável, permitindo

A Participação dos Filhos no Processo de Mediação

Em cumprimento do art.º 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas os Filhos devem ser ouvidos, participando dessa forma no processo de Mediação Familiar.

O Mediador deverá ter em conta, por isso, a opinião das Crianças envolvidas, tendo em consideração a sua idade e o seu grau de desenvolvimento.

Quantas vezes uma Criança de 10 anos tem mais a dizer do que, por exemplo, uma de 13.

Na sua forma própria, até mesmo uma Criança de 4 anos pode transmitir como se sente, se lhe forem facultadas as adequadas observação e audição.

Vantagens no envolvimento dos Filhos no Processo de Mediação Familiar

1) É-lhes dada a oportunidade de exprimirem os seus próprios pontos de vista sobre a situação, a um especialista independente. A expressão dos seus sentimentos tem uma função benéfica que contribui para o bem-estar da Criança.

2) O mediador pode fazer algumas coisas acerca dos seus desejos, expectativas e pedidos. Os Filhos, por vezes, dizem ao mediador coisas que receiam dizer aos próprios pais, talvez porque receiam magoá-los.

3) Frequentemente, os pais têm dificuldade em falar com os Filhos sobre o divórcio e as suas implicações. A vergonha e o sentimento de falha para com as Crianças entrava a boa comunicação Pais-Filhos. O resultado é uma deficiente informação dos Filhos o que gera neles muitas dúvidas e questões. O mediador, quando se apercebe desta realidade, pode ter uma actuação pró-activa.

4) É-lhes garantido livre acesso ao mediador, no decurso do processo de mediação, ou mesmo numa fase posterior; os Filhos podem pedir ajuda ao mediador, se necessitarem.

5) É dado cumprimento ao art.º 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança das Nações Unidas.

¹¹ Organização Tutelar de Menores*

Artigo 147.º-D (Mediação)

1 - Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício do poder paternal, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, pode o juiz determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação.

2 - O juiz homologa o acordo obtido por via de mediação se este satisfizer o interesse do menor.

*(Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de Outubro, actualizado até Lei 147/99, de 01.09, a qual revogou as normas da OTM contrárias a essa Lei. OTM alterada pelo DL 185/93, de 22.05, DL 48/95, de 15.03, DL 120/98, de 08.05, Lei 133/99, de 28.08 e Lei 166/99, de 14.09)

assim chegar a um acordo equilibrado que contemple os interesses de todos, sobretudo o das crianças.

E estamos convictos que a mediação, enquanto meio alternativo de resolução de litígios com carácter confidencial e voluntário, caracterizada por a responsabilidade pela construção das decisões caber às próprias partes envolvidas, é, por isso, particularmente adequada para a resolução de conflitos familiares uma vez que contribuirá para a manutenção da relação parental dos pais.

Mas se a informação não for correctamente transmitida os cônjuges “optarão” pela via “mais fácil” – a **das minutas**. Esta é uma prática que já tem vindo a ser correntemente utilizada nos divórcios de comum acordo, como se, os aspectos relacionais de todas as famílias se pudesse minutar num acordo padrão.

O Legislador português, na crescente desjudicialização da justiça transfere, para “novos” intervenientes, competências e responsabilidades.

Sentimo-nos compelidos a alertar para a necessidade da formação específica dos funcionários das Conservatórias do Registo Civil, aliás como temos vindo a fazer relativamente à capacidade decisional esclarecida e preparada dos magistrados judiciais e agora, também, dos magistrados da magistratura pública e os conservadores.

Artigo 1775.º

(anterior redacção em rodapé)¹²

*(Requerimento e instrução do processo na conservatória do registo civil)*¹³

1. O divórcio por mútuo consentimento pode ser instaurado a todo o tempo na conservatória do registo civil, mediante requerimento assinado pelos cônjuges ou seus procuradores, acompanhado pelos documentos seguintes:

a) Relação especificada dos bens comuns, com indicação dos respectivos valores, ou caso os cônjuges optem por proceder à partilha daqueles bens nos termos dos artigos 272.º-A a 272.º-C do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro, acordo sobre a partilha ou pedido de elaboração do mesmo;

Os artigos mencionados na alínea a) do n.º 1 do Artigo 1775 referem-se aos Artigos 272.º-A a 272.º-C¹ do **Código do Registo Civil**, aditados pelo Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro.

b) Certidão da sentença judicial que tiver regulado o exercício das responsabilidades parentais¹⁴ ou acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores e não tenha previamente havido regulação judicial;

¹² **SUBSECÇÃO II Divórcio por mútuo consentimento**

ARTIGO 1775º (Requisitos) 1 - O divórcio por mútuo consentimento pode ser requerido pelos cônjuges a todo o tempo. *

2. Os cônjuges não têm de revelar a causa do divórcio, mas devem acordar sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça, o exercício do poder paternal relativamente aos filhos menores e o destino da casa de morada da família. 3. Os cônjuges devem acordar ainda sobre o regime que vigorará, no período da pendência do processo, quanto à prestação de alimentos, ao exercício do poder paternal e à utilização da casa de morada de família. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

* (Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto)

¹³ Ver tb **Lei Orgânica da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado**, Decreto-Lei n.º 87/2001, de 17 de Março e o **Código do Registo Civil** republicado no Diário da República, 1.ª série — N.º 188 — 28 de Setembro de 2007 — fls.6943 a 6983, por força do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro.

¹⁴ **Artigo 147.º-A da Organização Tutelar de Menores**

(Princípios orientadores)

São aplicáveis aos processos tutelares cíveis os princípios orientadores da intervenção previstos na lei de protecção de crianças e jovens em perigo, com as devidas adaptações.

Lei de protecção de crianças e jovens em perigo-Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro

Artigo 4.º

Princípios orientadores da intervenção

A intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo obedece aos seguintes princípios:

-Interesse superior da criança e do jovem - a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto;

- c) Acordo sobre a prestação de alimentos ao cônjuge que deles careça;
 - d) Acordo sobre o destino da casa de morada de família;
 - e) Certidão da escritura da convenção antenupcial, caso tenha sido celebrada;
2. Caso outra coisa não resulte dos documentos apresentados, entende-se que os acordos se destinam tanto ao período da pendência do processo como ao período posterior.

-Privacidade - a promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem deve ser efectuada no respeito pela intimidade, direito à imagem e reserva da sua vida privada;

-Intervenção precoce - a intervenção deve ser efectuada logo que a situação de perigo seja conhecida;

-Intervenção mínima - a intervenção deve ser exercida exclusivamente pelas entidades e instituições cuja acção seja indispensável à efectiva promoção dos direitos e à protecção da criança e do jovem em perigo;

-Proporcionalidade e actualidade - a intervenção deve ser a necessária e a adequada à situação de perigo em que a criança ou o jovem se encontram no momento em que a decisão é tomada e só pode interferir na sua vida e na da sua família na medida do que for estritamente necessário a essa finalidade;

-Responsabilidade parental - a intervenção deve ser efectuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem;

-Prevalência da família - na promoção de direitos e na protecção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a sua adopção;

-Obrigatoriedade da informação - a criança e o jovem, os pais, o representante legal ou a pessoa que tenha a sua guarda de facto têm direito a ser informados dos seus direitos, dos motivos que determinaram a intervenção e da forma como esta se processa;

-Audição obrigatória e participação - a criança e o jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoa por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos actos e na definição da medida de promoção dos direitos e de protecção;^(*)

-Subsidiariedade - a intervenção deve ser efectuada sucessivamente pelas entidades com competência em matéria da infância e juventude, pelas comissões de protecção de crianças e jovens e, em última instância, pelos tribunais.

^(*) .Decorre do artigo 12.º ,n.º 1 e 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança assinada em Nova Iorque a 26 de Janeiro de 1990,Ratificada por Decreto do Presidente da Republica n.º49/90 de 12 de Setembro de 1990,(Aviso 11 ,de 11 de Outubro de 1990,resoluções 20/90 de 12 de Setembro e 8/91 de 27 de Setembro

Artigo 1776.º

(anterior redacção em rodapé)¹⁵

(Procedimento e decisão na conservatória do registo civil)

1. Recebido o requerimento, o conservador convoca os cônjuges para uma conferência em que verifica o preenchimento dos pressupostos legais e aprecia os acordos referidos nas alíneas a), c) e d) do n.º 1 do artigo anterior, convidando¹⁶ os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária, e decreta, em seguida, o divórcio, procedendo-se ao correspondente registo, salvo o disposto nos artigos 1777.º-A.
2. É aplicável o disposto nos artigos 1420.º, 1422.º, n.º 2 e 1424.ºⁱⁱ do Código de Processo Civil, com as necessárias adaptações.
3. As decisões proferidas pelo conservador do registo civil no divórcio por mútuo consentimento produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria.

Artigo 1777.º

(Revogado pela alínea a) do Artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 272/2001 de 13 de Outubro - atribuição e transferência de competências relativas a um conjunto de processos especiais dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias de registo civil, regulando os correspondentes procedimentos)

15

ARTIGO 1776.º (Primeira conferência)

1. Recebido o requerimento, o juiz convocará os cônjuges para uma conferência em que tentará conciliá-los; se a conciliação não for possível, adverti-los-á de que deverão renovar o pedido de divórcio após um período de reflexão de três meses, a contar da data da conferência, e dentro do ano subsequente à mesma data, sob pena de o pedido ficar sem efeito.

2. O juiz deve apreciar na conferência os acordos a que se refere o n.º 2 do artigo anterior, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem suficientemente os interesses de algum deles ou dos filhos; deve ainda homologar os acordos provisórios previstos no n.º 3 do mesmo artigo, podendo alterá-los, ouvidos os cônjuges, quando o interesse dos filhos o exigir.

3. Se os cônjuges persistirem no seu propósito, o dever de coabitação fica suspenso a partir da conferência e qualquer deles pode requerer arrolamento dos seus bens próprios e dos bens comuns. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

¹⁶ Os pais têm o primado na determinação do interesse dos filhos, conforme os Professores Jorge Miranda e Rui Medeiros bem referem *in* Constituição da República Anotada, Volume IV, Coimbra Editora, 2007, p. 565, pois são eles quem se encontra na melhor posição para definir o interesse dos filhos.

A ingerência no direito ao respeito pela vida familiar tem de ser uma “providência necessária” numa sociedade democrática, sob pena de violar o preceituado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A relação entre pai e filho e a fruição por cada um deles da companhia do outro constitui um elemento fundamental da vida familiar, mesmo quando a relação entre os progenitores terminou; as medidas que limitem esse direito constituem uma ingerência segundo o art. 8.º da Convenção, cabendo aos Estados contratantes, de acordo com o disposto no art. 6º § 1 da Convenção, organizar os seus sistemas judiciais de forma a que os respectivos tribunais dêem cumprimento cabal às suas obrigações, incluindo a de julgar em “prazo razoável”.

19/82

Artigo 1777.º-A

(Acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais)

1. Quando for apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais relativo a filhos menores, o processo é enviado ao Ministério Público junto do tribunal judicial de 1.ª instância competente em razão da matéria no âmbito da circunscrição a que pertença a conservatória, para que este se pronuncie sobre o acordo no prazo de 30 dias.
2. Caso o Ministério Público¹⁷ considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores¹⁸, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público.

O Magistrado do Ministério Público representa e defende a criança.

É o Curador de Menores.

O Legislador tem vindo a atribuir aos Delegados do Procurador-Geral da República um papel cada vez mais interventivo e marcadamente decisional no que concerne às Crianças e Jovens.

O Curador de Menores que tinha por função representar e defender a Criança em juízo, passou mais recentemente a decisor sobre a Criança.

Perguntamo-nos até que ponto é desejável tal função.

¹⁷ Estatuto do Ministério Público (Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto, rectificada pela Declaração de Rectificação n.º 20/98, de 2 de Novembro e Alterada pela Lei n.º 42/2005, de 9 de Agosto.

Artigo 148.º da OTM

Conjugação de decisões

1 - As decisões que apliquem medidas tutelares cíveis e de protecção, ainda que provisórias, devem conjugar-se e harmonizar-se entre si, tendo em conta o interesse superior do menor.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz, por despacho fundamentado, procede, se necessário, à revisão da medida anteriormente decretada.

3 - No caso de, em processo tutelar cível, se verificar uma situação de perigo para o menor, o Ministério Público:

- a) Comunica a situação à comissão de protecção de crianças e jovens territorialmente competente; ou
- b) Requer, se necessário, a aplicação de medida judicial de protecção.

Curador de menores (conceito para fins estatísticos do ministério da justiça)

Magistrado do Ministério Público que, junto dos tribunais de família e de menores, tem a seu cargo a defesa dos direitos e interesses dos menores, podendo exigir aos pais, tutores ou pessoa encarregada da sua guarda os esclarecimentos necessários. Compete especialmente aos curadores a representação dos menores, como parte principal, intentando acções e usando meios judiciais em defesa dos seus direitos e interesses.

<http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica/metainformacao/conceitos-estatisticos/conceitos-para-fins/curador-de-menores/>

¹⁸ Mantém a utilização da expressão “menor” para se referirem aos filhos / crianças - jovens. (nos Artigos 1777.º-A n.ºs 2 e 3, 1905.º, 1906.º n.º 7, 1908.º, 1910.º).

ARTIGO 122.º do Código Civil (Menores)

É menor quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

O “advogado” da Criança é, agora, o seu “juiz”.

Aquele que assegurava que o decisor não esquecesse ou secundarizasse o interesse da Criança ou Jovem é quem sobre ele decide.

E decidirá com base em que pressupostos?

Que elementos lhe darão a capacidade de vislumbrar em que condições melhor será satisfeito o interesse daquela Criança ou Jovem em concreto?

Cada vez mais nos parece imprescindível acautelar a formação específica e o grau de maturidade necessários para o desempenho destas funções em concreto pela Magistratura Pública.

Nas alterações introduzidas pelo Projecto de Lei em apreço não se procedeu, ainda, à remoção do termo “menor” quando se refere a Crianças e Jovens.

O Artigo 122.º do Código Civil define “menor”.

Talvez seja a ocasião de se dignificar, também aqui, a Criança e definir menoridade (por oposição à maioridade) – “é de menoridade quem não tiver ainda completado dezoito anos de idade” – e não utilizar mais a palavra menor para nos referirmos às Crianças.

3. Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores¹⁹ ou tendo os cônjuges alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, segue-se o disposto na parte final do n.º 1 do artigo anterior.

4. O incumprimento do regime fixado²⁰ sobre o exercício das responsabilidades parentais constitui crime de desobediência nos termos da lei penal.^{21,22}

¹⁹ Ver nota 14.

²⁰ “Para diminuir a ligeireza com que se desprezam as decisões dos tribunais.”

DIREITO COMPARADO
Código Penal Francês

TITRE II : Des atteintes à la personne humaine.
CHAPITRE VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille.
Section 3 : Des atteintes à l'exercice de l'autorité parentale.

Article 227-5

Modifié par Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende.

Article 227-6

Modifié par Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002

Talvez por analogia com o Código Penal Espanhol, o Legislador parece optar aqui por querer garantir o direito das Crianças diminuindo a ligeireza com que

Le fait, pour une personne qui transfère son domicile en un autre lieu, alors que ses enfants résident habituellement chez elle, de ne pas notifier son changement de domicile, dans un délai d'un mois à compter de ce changement, à ceux qui peuvent exercer à l'égard des enfants un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.

Article 227-9

Modifié par Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - art. 16 () JORF 5 mars 2002

*Les faits définis par les articles 227-5 et 227-7 sont punis de trois ans d'emprisonnement et de [*taux*] 45000 euros d'amende :*

1° Si l'enfant mineur est retenu au-delà de cinq jours sans que ceux qui ont le droit de réclamer qu'il leur soit représenté sachent où il se trouve ;

2° Si l'enfant mineur est retenu indûment hors du territoire de la République.

Verificando-se impedimentos continuados e intencionais, o progenitor reincidente expõe-se, nos âmbito do Código Penal, a sanções penais pelo delito da « não apresentação da criança ».

"Le parent chez lequel réside l'enfant a l'obligation absolue de remettre l'enfant à l'autre parent aux dates et heures prévues.

"Le fait de refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende" (art. 227-5 du nouveau code pénal). C'est un huissier qui peut en assurer le constat. Un officier de police peut également se déplacer et rappeler ses obligations à votre ex et établir un procès-verbal."

²¹ Crime de desobediência / Código Penal

CAPÍTULO II

Dos crimes contra a autoridade pública

SECÇÃO I

Da resistência e desobediência à autoridade pública

Artigo 348.º

Desobediência

1 - Quem faltar à obediência devida a ordem ou a mandado legítimos, regularmente comunicados e emanados de autoridade ou funcionário competente, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias se:

a) Uma disposição legal cominar, no caso, a punição da desobediência simples; ou

b) Na ausência de disposição legal, a autoridade ou o funcionário fizerem a correspondente cominação.

2 - A pena é de prisão até 2 anos ou de multa até 240 dias nos casos em que uma disposição legal cominar a punição da desobediência qualificada.

A tipificação da desobediência associa-se geralmente à questão das normas penais em branco, "com a sua típica cisão entre a norma de comportamento, com origem, em regra, noutras leis e até em outros ordenamentos que não o penal, e a norma que contém a ameaça penal" (É a definição abrangente adoptada por Rui Patrício (Revista do Ministério Público, 2001, n.º 88, p. 137), em comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 17 de Abril de 2001.

De acordo com o artigo 348.º do Código Penal, **o crime de desobediência apresenta os seguintes elementos objectivos:**

1) - falta a obediência devida a ordem ou mandado legítimos;

2) - que tenham sido regularmente comunicados;

3) - emanados de autoridade ou funcionário competente.

2. Exige-se, ainda, que o dever de obediência provenha de uma disposição legal que comine a desobediência ou, na ausência da aludida disposição legal, que funcionário ou autoridade efectuem a correspondente cominação.

3. Para que se considere preenchido este tipo legal de crime, aos elementos objectivos descritos há-de acrescer o dolo do agente (elemento subjectivo), nos termos dos art. 13.º e 14.º do CP

4. São estes, e não outros, os elementos constitutivos do crime em análise.

²² A alínea c) do n.º 3 da Petição N.º 501/X/3.^a pede que no Projecto de Lei aqui em apreço seja "alargada a criminalização do incumprimento das responsabilidades parentais ao dever de alimentos do menor", pedido que não conseguimos entender, uma vez que tal criminalização já se encontra estatuída na OTM e prevista e punida pelo Código Penal em vigor.

se desprezam as decisões dos tribunais, e portanto, penalizando o incumprimento do regime fixado sobre o exercício das responsabilidades parentais com o crime de desobediência à autoridade pública.

Não podemos deixar de considerar que é discriminatório que tal cominação penal seja de cariz distinto do que é atribuído ao incumprimento da prestação de alimentos.

Mantém-se uma tipologia penal concreta para as questões financeiras, e uma norma penal em branco para as questões relacionais e afectivas da Criança.

O bem concreto que se pretende proteger é o Direito da Criança.

Como bem estabeleceu o Legislador francês, o Crime, nestas circunstâncias, é contra a Criança – nem contra o progenitor não guardião, nem contra a autoridade pública ou o Estado. Colocou-o por isso nos crimes por atentado contra o exercício da autoridade parental.

Numa atitude manifestamente vanguardista, pelo menos para os padrões até agora demonstrados pelo legislador português, o legislador francês no artigo 227-6 do código penal criminaliza o afastamento intencional da Criança.

São os Direitos da Criança filha de pais separados que quis preservar e garantir. E como estes se sobrepõem aos direitos dos progenitores ...

Pelas razões acima apontadas e conforme expressaremos no anexo a este parecer, o crime contra a Criança configura-se no nosso ordenamento jurídico como crime de subtracção, desde que, na tipologia do crime seja devidamente enquadrada a violação do direito da criança às suas relações pessoais

Em nossa opinião a respectiva cominação em sede de Direito Civil deverá constar do Artigo cuja epígrafe seja “Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento”, como é o caso do Artigo 1 906.º do presente Projecto de Lei.

5. Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito de se divorciar, aplica-se o disposto no artigo 1778.º.

(aditado pelo Projecto-Lei 509/X)

Artigo 1778.º

(Remessa para o tribunal)

(anterior redacção em rodapé)²³

Se os acordos apresentados não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges, e ainda no caso previsto no n.º 5 do artigo 1777.º-A, a homologação deve ser recusada e o processo de divórcio é integralmente remetido ao tribunal da comarca a que pertença a conservatória, seguindo-se os termos previstos no artigo 1778.º-A, com as necessárias adaptações.

²³

ARTIGO 1778º (Sentença)

A sentença que decreta o divórcio por mútuo consentimento homologará os acordos referidos no n.º 2 do artigo 1775º; se, porém, esses acordos não acautelarem suficientemente os interesses de um dos cônjuges ou dos filhos, a homologação deve ser recusada e o pedido de divórcio indeferido. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1778.º-A

(anterior redacção em rodapé)²⁴

(Requerimento, instrução e decisão do processo no tribunal)

1. O requerimento de divórcio é apresentado no tribunal, se os cônjuges não o acompanharem de algum dos acordos previstos no n.º 1 do artigo 1775.º.
2. Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os cônjuges tiverem apresentado, convidando os cônjuges a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses de algum deles ou dos filhos.
3. O juiz fixa as consequências do divórcio nas questões referidas no n.º 1 do artigo 1775.º sobre que os cônjuges não tenham apresentado acordo, como se se tratasse de um divórcio sem consentimento de um dos cônjuges.
4. Tanto para a apreciação referida no n.º 2 como para fixar as consequências do divórcio, o juiz pode determinar a prática de actos e a produção da prova eventualmente necessária.
5. O divórcio é decretado em seguida, procedendo-se ao correspondente registo.
6. Na determinação das consequências do divórcio, o juiz deve sempre não só promover, mas também tomar em conta, o acordo dos cônjuges.
7. É aplicável ao divórcio no tribunal o n.º 4 do artigo 1777.º-A.

²⁴

ARTIGO 1778.º-A (Divórcio decretado pelo conservador)

1. É aplicável ao divórcio por mútuo consentimento decretado pelo conservador do registo civil, com as necessárias adaptações, o disposto na presente subsecção.
2. As decisões proferidas nestes termos produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria. (Aditado pelo Decreto-Lei 163/95, de 13-7)

Artigo 1779.º

(anterior redacção em rodapé)²⁵

(Tentativa de conciliação; conversão do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges em divórcio por mútuo consentimento)

1. No processo de divórcio sem consentimento de um dos cônjuges haverá sempre uma tentativa de conciliação dos cônjuges.
2. Se a tentativa de conciliação não resultar, o juiz procurará obter o acordo dos cônjuges para o divórcio por mútuo consentimento; obtido o acordo ou tendo os cônjuges, em qualquer altura do processo, optado por essa modalidade do divórcio, seguir-se-ão os termos do processo de divórcio por mútuo consentimento, com as necessárias adaptações.

Artigo 1780.º²⁶

Revogado pelo Projecto-Lei 509/X

25

SUBSECÇÃO III

Divórcio litigioso

ARTIGO 1779.º (Violação culposa dos deveres conjugais)

1. Qualquer dos cônjuges pode requerer o divórcio se o outro violar culposamente os deveres conjugais, quando a violação, pela sua gravidade ou reiteração, comprometa a possibilidade da vida em comum.
2. Na apreciação da gravidade dos factos invocados, deve o tribunal tomar em conta, nomeadamente, a culpa que possa ser imputada ao requerente e o grau de educação e sensibilidade moral dos cônjuges. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

26

ARTIGO 1780.º (Exclusão do direito de requerer o divórcio)

O cônjuge não pode obter o divórcio, nos termos do artigo anterior:

- a) Se tiver instigado o outro a praticar o facto invocado como fundamento do pedido ou tiver intencionalmente criado condições propícias à sua verificação;
- b) Se houver revelado pelo seu comportamento posterior, designadamente por perdão, expresso ou tácito, não considerar o acto praticado como impeditivo da vida em comum. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1781.º²⁷

(anterior redacção em rodapé)²⁸

(Ruptura do casamento)

São fundamento do divórcio sem consentimento de um dos cônjuges:

- a) A separação de facto por um ano consecutivo;
- b) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- c) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a um ano.
- d)²⁹ Quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a ruptura definitiva do casamento.

²⁷ O **Projecto de Lei n.º 486/X (Altera o Prazo de Separação de Facto para Efeitos da Obtenção do Divórcio)** apresentado pelos deputados do **Bloco de Esquerda** em **19 de Março de 2008**, propõe a alteração do Artigo 1781.º da seguinte forma:

(...)

- a) A separação de facto por um ano consecutivo.
- b) A separação de facto por seis meses se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro;
- c) (...);
- d) (...).

²⁸ **ARTIGO 1781.º (Ruptura da vida em comum)**

São ainda fundamento do divórcio litigioso:

- a) A separação de facto por três anos consecutivos;
- b) A separação de facto por um ano se o divórcio for requerido por um dos cônjuges sem oposição do outro;
- c) A alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de três anos e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum;
- d) A ausência, sem que do ausente haja notícias, por tempo não inferior a dois anos. (Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto)

²⁹ Os subscritores da Petição N.º 501/X/3.^a pedem na alínea d) do n.º 3, a eliminação desta alínea d) ou “*pelo menos definidos critérios objectivos para preencher o conceito de ruptura definitiva do casamento*”.

Artigo 1782.º

[Separação de facto]

1. Entende-se que há separação de facto, para os efeitos da alínea a) do artigo anterior, quando não existe comunhão de vida entre os cônjuges e há da parte de ambos, ou de um deles, o propósito de não a restabelecer.
(Revogado o n.º 2 pelo Projecto-Lei 509/X)³⁰

Artigo 1783.º

(Revogado o n.º 2 pelo Projecto-Lei 509/X)³¹

Artigo 1784.º

(eliminado pela Lei n.º 47/98, de 10 de Agosto)

³⁰ 2. Na acção de divórcio com fundamento em separação de facto, o juiz deve declarar a culpa dos cônjuges, quando a haja, nos termos do artigo 1787.º. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

³¹ **ARTIGO 1783.º (Ausência)**
É aplicável ao divórcio decretado com fundamento em ausência o disposto no n.º 2 do artigo anterior.
(Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1785.º³²

[Legitimidade]

(anterior redacção em rodapé)³³

1. O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento das alíneas a) e d) do artigo 1781.º; com os fundamentos das alíneas b) e c) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a alteração das faculdades mentais ou a ausência do outro.
2. Quando o cônjuge que pode pedir o divórcio estiver interdito, a acção pode ser intentada pelo seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do titular do direito de agir, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família.
3. O direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a acção prosseguir contra os herdeiros do réu.

³² O **Projecto de Lei n.º 486/X (Altera o Prazo de Separação de Facto para Efeitos da Obtenção do Divórcio)** apresentado pelos deputados do **Bloco de Esquerda** em **19 de Março de 2008**, propõe a alteração do Artigo 1781.º da seguinte forma:

(...)

1 – (...).

2 – O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento da alínea a) do artigo 1781º; com os fundamentos das alíneas c) e d) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a ausência ou a alteração das faculdades mentais do outro.

3 – (...).

³³ **ARTIGO 1785.º (Legitimidade)**

1. Só tem legitimidade para intentar acção de divórcio, nos termos do artigo 1779.º, o cônjuge ofendido ou, estando este interdito, o seu representante legal, com autorização do conselho de família; quando o representante legal seja o outro cônjuge, a acção pode ser intentada, em nome do ofendido, por qualquer parente deste na linha recta ou até ao terceiro grau da linha colateral, se for igualmente autorizado pelo conselho de família.

2. O divórcio pode ser requerido por qualquer dos cônjuges com o fundamento da alínea a) do artigo 1781º, com os fundamentos das alíneas b) e c) do mesmo artigo, só pode ser requerido pelo cônjuge que invoca a ausência ou a alteração das faculdades mentais do outro.

3. O direito ao divórcio não se transmite por morte, mas a acção pode ser continuada pelos herdeiros do autor para efeitos patrimoniais, nomeadamente os decorrentes da declaração prevista no artigo 1787.º, se o autor falecer na pendência da causa; para os mesmos efeitos, pode a acção prosseguir contra os herdeiros do réu. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Revogado pelo Projecto-Lei 509/X³⁴ Artigo 1786.º

Revogado pelo Projecto-Lei 509/X³⁵ Artigo 1787.º

A revogação do Artigo 1787.º tem implicações na aplicação do n.º 4 do Artigo 1795.º-D³⁶.

³⁴ **ARTIGO 1786.º (Caducidade da acção)**

1. O direito ao divórcio caduca no prazo de dois anos, a contar da data em que o cônjuge ofendido ou o seu representante legal teve conhecimento do facto susceptível de fundamentar o pedido.

2. O prazo de caducidade corre separadamente em relação a cada um dos factos; tratando-se de facto continuado, só corre a partir da data em que o facto tiver cessado. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

³⁵ **ARTIGO 1787.º (Declaração do cônjuge culpado)**

1. Se houver culpa de um ou de ambos os cônjuges, assim o declarará a sentença; sendo a culpa de um dos cônjuges consideravelmente superior à do outro, a sentença deve declarar ainda qual deles é o principal culpado.

2. O disposto no número anterior é aplicável mesmo que o réu não tenha deduzido reconvenção ou já tenha decorrido, relativamente aos factos alegados, o prazo referido no artigo 1786.º. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

³⁶ **ARTIGO 1795º-D (Conversão da separação em divórcio)**

1. ...

2. ...

3. ...

4. A sentença que converta a separação em divórcio não pode alterar o que tiver sido decidido sobre a culpa dos cônjuges, nos termos do artigo 1787.º, no processo de separação. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

SUBSECÇÃO IV

Efeitos do divórcio

ARTIGO 1788.º

(Princípio geral)

O divórcio dissolve o casamento e tem juridicamente os mesmos efeitos da dissolução por morte, salvas as excepções consagradas na lei. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1789.º

[Data em que se produzem os efeitos do divórcio]

1. [Os efeitos do divórcio produzem-se a partir do trânsito em julgado da respectiva sentença, mas retrotraem-se à data da proposição da acção quanto às relações patrimoniais entre os cônjuges. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)]
2. Se a separação de facto entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio retroajam à data, que a sentença fixará, em que a separação tenha começado. (anterior redacção em rodapé)³⁷
3. [Os efeitos patrimoniais do divórcio só podem ser opostos a terceiros a partir da data do registo da sentença. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)]

Artigo 1790.º³⁸

[Partilha]

(anterior redacção em rodapé)³⁹

Em caso de divórcio, nenhum dos cônjuges pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos.

³⁷ 2. Se a falta de coabitação entre os cônjuges estiver provada no processo, qualquer deles pode requerer que os efeitos do divórcio se retrotraiam à data, que a sentença fixará, em que a coabitação tenha cessado por culpa exclusiva ou predominante do outro.

³⁸ O **Projecto de Lei n.º 232/X (Cria o Regime Jurídico do Divórcio a pedido de um dos Cônjuges)** apresentado pelos deputados do **Bloco de Esquerda** em **7 de Março de 2006** (DAR II série A N.º 98/X/1 2006.03.30) propunha a alteração do Artigo 1790.º da seguinte forma:

(...)

1 - (anterior corpo do artigo)

2 - Em caso de divórcio a pedido de um dos cônjuges, nenhum deles pode receber na partilha mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de bens adquiridos, excepto se ambos estiverem de acordo.

³⁹ **ARTIGO 1790.º (Partilha)**

O cônjuge declarado único ou principal culpado não pode na partilha receber mais do que receberia se o casamento tivesse sido celebrado segundo o regime da comunhão de adquiridos. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1791.º⁴⁰

[Benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber]

(anterior redacção em rodapé)⁴¹

Cada cônjuge perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento; o autor da liberalidade pode determinar que o benefício reverta para os filhos do casamento.

⁴⁰ O **Projecto de Lei n.º 232/X (Cria o Regime Jurídico do Divórcio a pedido de um dos Cônjuges)** apresentado pelos deputados do **Bloco de Esquerda** em **7 de Março de 2006** (DAR II série A N.º 98/X/1 2006.03.30) propunha a alteração do Artigo 1791.º da seguinte forma:

(...)

1 - (...)

2 - (...)

3 - Em caso de divórcio a pedido de um dos cônjuges, estes perdem todos os benefícios recebidos ou a receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior ou posterior à celebração do casamento, salvo se ambos estiverem de acordo quanto à sua partilha e o terceiro a ela não se opuser.

4 - Existindo filhos menores, os benefícios recebidos de terceiro, referidos no número anterior, poderão reverter a favor daqueles mediante o acordo do terceiro.

⁴¹ **ARTIGO 1791.º (Benefícios que os cônjuges tenham recebido ou hajam de receber)**

1. O cônjuge declarado único ou principal culpado perde todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, em vista do casamento ou em consideração do estado de casado, quer a estipulação seja anterior quer posterior à celebração do casamento.

2. O cônjuge inocente ou que não seja o principal culpado conserva todos os benefícios recebidos ou que haja de receber do outro cônjuge ou de terceiro, ainda que tenham sido estipulados com cláusula de reciprocidade; pode renunciar a esses benefícios por declaração unilateral de vontade, mas, havendo filhos do casamento, a renúncia só é permitida em favor destes. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1792.º

(anterior redacção em rodapé)⁴²

(Reparação de danos)

1. O cônjuge lesado tem o direito de pedir a reparação dos danos causados pelo outro nos termos gerais da responsabilidade civil e nos tribunais comuns.
2. O cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea b) do artigo 1781º, deve reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento; este pedido deve ser deduzido na própria acção de divórcio.

Artigo 1793.º

[Casa de morada da família]

1. [Pode o tribunal dar de arrendamento a qualquer dos cônjuges, a seu pedido, a casa de morada da família, quer essa seja comum quer própria de outro, considerando, nomeadamente, as necessidades de cada um dos cônjuges e o interesse dos filhos do casal. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25- 11)]
2. [O arrendamento previsto no número anterior fica sujeito às regras do arrendamento para habitação, mas o tribunal pode definir as condições do contrato, ouvidos os cônjuges, e fazer caducar o arrendamento, a requerimento do senhorio, quando circunstâncias supervenientes o justifiquem. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25- 11)]
3. O regime fixado, quer por homologação do acordo dos cônjuges quer por decisão do tribunal, pode ser alterado nos termos gerais da jurisdição voluntária ^{43, iii}. (anterior redacção em rodapé)

⁴²

ARTIGO 1792.º (Reparação de danos não patrimoniais)

1. O cônjuge declarado único ou principal culpado e, bem assim, o cônjuge que pediu o divórcio com o fundamento da alínea c) do artigo 1781º, devem reparar os danos não patrimoniais causados ao outro cônjuge pela dissolução do casamento.

2. O pedido de indemnização deve ser deduzido na própria acção de divórcio. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

⁴³ Ver Código do Processo Civil (artigos 1.409.º a 1.411.º).

Artigo 1901.º

(anterior redacção em rodapé)⁴⁴

(Responsabilidades parentais na constância do matrimónio)

Por via do Artigo 1 911.º, na redacção que lhe é dada pelo presente Projecto de Lei este regime aplica-se também quando os progenitores, mesmo que não casados, vivam em condições análogas às dos cônjuges, e, ainda, quando não coabitem, por via do Artigo 1 912.º, na redacção que lhe é dada pelo presente Projecto de Lei, desde que exerçam em comum as responsabilidades parentais.

1. Na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais.⁴⁵

O Estado tem de assegurar o Direito das Crianças e de fomentar, promover, se não mesmo obrigar os progenitores a um Exercício Positivo da Parentalidade. O **Exercício das Responsabilidades Parentais** só pode ser entendido no âmbito da definição que nos é sugerida pela **Recomendação Rec(2006)19 do Conselho de Ministros aos Estados membros do Conselho da Europa sobre a política de apoio a uma Parentalidade Positiva (Estrasburgo, 13.12.2006)** como sendo o comportamento parental fundado no respeito pelos direitos da criança que visa assegurar a satisfação das necessidades básicas através da protecção dos riscos e a criação de um ambiente que promova o seu desenvolvimento harmonioso, valorize a sua individualidade (e especificidade) e autonomia.

44

SUBSECÇÃO IV

Exercício do poder paternal

ARTIGO 1901.º

(Poder paternal na constância do matrimónio)

1. Na constância do matrimónio o exercício do poder paternal pertence a ambos os pais.

2. Os pais exercem o poder paternal de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; se esta não for possível, o tribunal ouvirá, antes de decidir, o filho maior de catorze anos, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

⁴⁵ Ver tb *Convenção Europeia sobre o Exercício do Direito das Crianças (STCE n.º 160)* do Conselho da Europa, Estrasburgo, 25.1.1996.

2. Os pais exercem as responsabilidades parentais de comum acordo e, se este faltar em questões de particular importância, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação; se esta não for possível, o tribunal ouvirá o filho^{46,47}, antes de decidir⁴⁸, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem.

⁴⁶ Conforme o **Artigo 24.º * Direitos das crianças** da **CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA** * (2000/C 364/01) * PT 18.12.2000 Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 364/1, onde se lê:

1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.

(Este artigo baseia-se na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Criança, assinada em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por todos os Estados-Membros da União Europeia, nomeadamente nos seus artigos 3.º, 9.º, 12.º e 13.º.)

⁴⁷ Relativo à audição das crianças ou jovens pelo tribunal:

**ARTIGO 1931.º do Código Civil
(Tutor designado pelo tribunal)**

1. Quando os pais não tenham designado tutor ou este não haja sido confirmado, compete ao tribunal de menores, ouvido o conselho de família, nomear o tutor de entre os parentes ou afins do menor ou de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor ou tenham por ele demonstrado afeição.

2. Antes de proceder à nomeação de tutor, deve o tribunal ouvir o menor que tenha completado catorze anos. (Redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11)

e

**ARTIGO 84.º da Lei n.º 147/99, de 01.09 – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
(Audição da criança e do jovem)**

1 - As crianças e os jovens com mais de 12 anos, ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe, são ouvidos pela comissão de protecção ou pelo juiz sobre as situações que deram origem à intervenção e relativamente à aplicação, revisão ou cessação de medidas de promoção e protecção.

2 - A criança ou o jovem tem direito a ser ouvido individualmente ou acompanhado pelos pais, pelo representante legal, por advogado da sua escolha ou oficioso ou por pessoa da sua confiança.

Ver também *“Interviewing Children” in Model Standards of Practice for Child Custody Evaluation*, preparado pela *Task Force for Model Standards of Practice for Child Custody Evaluation da Association of Family and Conciliation Courts*, Wisconsin EUA, Maio 2006,

e

Clare Dalton, George J., Kathleen Waters Matthews, Leslie M. Drozd, Frances Q.F. Wong, *Navigating Custody and Visitation Evaluations in Cases with Domestic Violence: A Judge’s Guide*, National Council of Juvenile and Family Court Judges, Universidade do Nevada (EUA), 2004.

⁴⁸ **Convenção sobre os Direitos da Criança** da ONU, de 20 de Novembro de 1989

Artigo 1.º

Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo.

Artigo 9.º

1. Os Estados Partes garantem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.

2. Em todos os casos previstos no n.º 1 todas as partes interessadas devem ter a possibilidade de participar nas deliberações e de dar a conhecer os seus pontos de vista.

O n.º 2 do presente artigo, na redacção que lhe é dada pelo presente Projecto de Lei, aplica-se a progenitores casados, não casados, coabitantes e não coabitantes. O que têm comum é o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Não será despiciente, nesse contexto, que se tente manter a relação sustentadora do casal parental e que se faça uma tentativa de conciliação, porque não utilizando os serviços de mediação familiar ou de terapia familiar.

Alguns litígios seriam resolvidos logo ali. Dos que persistissem, os processos judiciais que fossem instruídos com um certificado de tentativa de realização de mediação familiar ou de acompanhamento pela terapia familiar, dispensariam o juiz da tentativa de conciliação, acelerando o processo e permitindo uma utilização mais eficaz do tempo do magistrado.

3. Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança.

4. Quando a separação resultar de medidas tomadas por um Estado Parte, tais como a detenção, prisão, exílio, expulsão ou morte (incluindo a morte ocorrida no decurso de detenção, independentemente da sua causa) de ambos os pais ou de um deles, ou da criança, o Estado Parte, se tal lhe for solicitado, dará aos pais, à criança ou, sendo esse o caso, a um outro membro da família informações essenciais sobre o local onde se encontram o membro ou membros da família, a menos que a divulgação de tais informações se mostre prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes comprometem-se, além disso, a que a apresentação de um pedido de tal natureza não determine em si mesmo consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

Artigo 12.º

1. Os Estados Partes **garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.**

2. Para este fim, **é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado,** segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

(Assinada por Portugal a 26 de Janeiro de 1990 e aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de Setembro. Ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, da mesma data. Ambos os documentos se encontram publicados no Diário da República, I Série A, n.º 211/90. O instrumento de ratificação foi depositado junto do Secretário-Geral das Nações Unidas a 21 de Setembro de 1990.)

Artigo 1902.º

[Actos praticados por um dos pais]

(anterior redacção em rodapé)⁴⁹

1. Se um dos pais praticar acto que integre o exercício das responsabilidades parentais, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de acto de particular importância; a falta de acordo não é oponível a terceiro de boa fé.
2. O terceiro deve recusar-se a intervir no acto praticado por um dos progenitores quando, nos termos do número anterior, não se presuma o acordo do outro ou quando conheça a oposição deste.

⁴⁹

ARTIGO 1902.º (Actos praticados por um dos pais)

1. Se um dos pais praticar acto que integre o exercício do poder paternal, presume-se que age de acordo com o outro, salvo quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos os progenitores ou se trate de acto de particular importância; a falta de acordo não é oponível a terceiro de boa fé.

2. O terceiro deve recusar-se a intervir no acto praticado por um dos cônjuges quando, nos termos do número anterior, não se presuma o acordo do outro cônjuge ou quando conheça a oposição deste. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1903.º

[Impedimento de um dos pais]

(anterior redacção em rodapé)⁵⁰

Quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor.

⁵⁰

ARTIGO 1903.º (Impedimento de um dos pais)

Quando um dos pais não puder exercer o poder paternal por ausência, incapacidade ou outro impedimento, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1904.º

(anterior redacção em rodapé)⁵¹

(Morte de um dos progenitores)

Por morte de um dos progenitores, o exercício das responsabilidades parentais pertence ao sobrevivivo.

Neste artigo estabelece-se uma vez mais o primado da filiação natural, da "voz do sangue".

Da perspectiva da Criança, se ela vive com ambos os pais, à data da morte de um deles, a sua vida e estabilidade em nada será afectada, para além, é claro da facto de viver a perda desse progenitor.

Mas se ela viver com o progenitor que vem a morrer – só nesse caso haverá de facto uma transferência total do exercício das responsabilidades parentais, para o sobrevivivo, então, muitas das relações pessoais da criança se perderão se não forem suficientemente garantidas.

Foi já no encaço dessa protecção que o legislador fez incluir no Código Civil o Artigo 1 887.º-A (Aditado pela Lei 84/95, de 31-8) numa tentativa de garantir à Criança o direito às relações familiares mais próximas – com os irmãos e ascendentes.

Mas na verdade, a Criança enquanto indivíduo tem direito às suas próprias relações pessoais. Portugal, através do Conselho da Europa, já reconheceu esse direito e necessidade, quando em 2003 assinou a Convenção Europeia Relativa às Relações Pessoais no que se refere às Crianças.

Por isso algumas vezes se levantam já querendo ver consagrado na lei o "direito da criança às relações de afecto profundas" e à "continuidade dos afectos" porque a saúde não é só o bem-estar físico e uma criança que é afastada daqueles com quem mantinha relações pessoais próximas está em perigo psicológico.⁵²

⁵¹ **ARTIGO 1904.º (Viuvez)** Dissolvido o casamento por morte de um dos cônjuges, o poder paternal pertence ao sobrevivivo. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

⁵² O juiz-conselheiro Laborinho Lúcio vai mesmo mais longe, quando afirma: "A família não é o conjunto dos progenitores da criança, isso não basta". Nesse sentido, "a adopção não existe como alternativa à família. A adopção existe porque não há família. A família adoptiva é a única família". "Só as crianças adoptadas são felizes. Para bem delas, na maioria dos casos, as crianças são adoptadas pelos pais biológicos, antes ou depois de nascerem. Se não, a única coisa que fizeram foi garantir a produção biológica" e isso não basta para serem considerados pais.

Talvez seja a ocasião para se alterar também o Artigo 1 887.º-A dando-lhe uma redacção que se aproxime daquela que encontramos na Convenção supra citada, como seja:

1 887.º-A

(Relações afectivas pessoais e familiares)

“Os pais e os detentores do exercício das responsabilidades parentais não podem, injustificadamente, privar os filhos, ou as crianças sob a sua jurisdição, do convívio com aqueles que detém laços familiares e afectivos, como sejam, os irmãos e ascendentes.”

Artigo 1905.º

(anterior redacção em rodapé)⁵³

(Alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, os alimentos devidos ao filho e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor⁵⁴.

Conforme decorre do Artigo 1 911.º, com a redacção que lhe é dada pelo presente Projecto de Lei este Artigo 1 905.º marca o início das disposições relativas ao exercício das responsabilidades parentais no caso de cessação da convivência entre os progenitores.

A texto deste Artigo ainda em vigor (Redacção da Lei 84/95, de 31-8) agrupa num só os diversos itens que cumpre ver regulados num processo relativo ao exercício das responsabilidades parentais – a guarda da criança, manutenção duma relação de grande proximidade com o progenitor não guardião (direito de visita) e prestação de alimentos a favor do(s) filho(s).

Com este projecto de lei separam-se os itens, começando por abordar as questões financeiras, como dando um sinal de maior relevância ou de importância às questões materiais comparativamente às afectivas, relacionais, educativas, formativas, etc., etc..

Perante a separação dos pais o maior medo da criança é o do abandono. Notoriamente as questões emocionais e afectivas predominam neste período.

⁵³ **ARTIGO 1905.º (Divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)**

1. Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade.

2. Na falta de acordo, o Tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência. (Redacção da Lei 84/95, de 31-8)

⁵⁴ Mantém a utilização da expressão “menor” para se referirem aos filhos / crianças - jovens. (nos Artigos 1777.º-A n.ºs 2 e 3, 1905.º, 1906.º n.º 7, 1908.º, 1910.º).

O legislador tem a obrigação de dar aos pais um sinal claro da importância das relações afectivas da criança com ambos os progenitores, família alargada e demais pessoas de importância afectiva relevante (como é por exemplo uma ama) por forma a que a criança não sofra mais do que o necessário com a ruptura da vida em comum de seus pais.

Somos de opinião que as questões relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais devem estar num só artigo, em plena igualdade de importância e submetidas à satisfação do superior interesse da criança em causa.

A rotura da vida familiar e, em particular, os momentos pré- e pós-divórcio afectam sobremaneira as crianças.

É nestes momentos da vida familiar que as crianças se encontram mais vulneráveis aos abusos e à violência. Resultam do processo de rotura da vida familiar dos progenitores atribulações afectivas, violência emocional, ausência de cuidados básicos e ausência de guarda, potenciadas pela falta de preparação para a parentalidade e pela impossibilidade de vigilância e controlo do exercício do poder paternal. Porque a parentalidade é uma árdua tarefa.

A parentalidade é porventura a tarefa mais desafiante da vida adulta e os pais constituem uma das influências mais cruciais das vidas dos filhos sendo que os seus componentes, como sejam, os comportamentos, as cognições e os afectos filiais, estão intrinsecamente ligados entre si.

Artigo 1906.º

(anterior redacção em rodapé)⁵⁵

(Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

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 cabem 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 mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.⁵⁶

Os Artigos 1 885.º e 1 886.º versam sobre a Educação e a Educação religiosa respectivamente.

⁵⁵ **ARTIGO 1906.º (Exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)**

1. Desde que obtido o acordo dos pais, o poder paternal é exercido em comum por ambos, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio.

2. Na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado.

3. No caso previsto no número anterior, os pais podem acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado.

4. Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho. (Lei n.º 59/99, de 30 de Junho)

⁵⁶ **ARTIGO 1885.º (Educação)**

1. Cabe aos pais, de acordo com as suas possibilidades, promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.

2. Os pais devem proporcionar aos filhos, em especial aos diminuídos física e mentalmente, adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1886.º (Educação religiosa)

Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

A limitação que aqui se pretende impor ao progenitor não guardião pretende proteger os direitos do progenitor guardião sobre a criança, ou pretende privar esta da diversidade educativa?

Sabe-se hoje que o desenvolvimento intelectual e psíquico é tanto maior quanto mais acelerado quando a criança é exposta a múltiplos estímulos.

Numa sociedade europeia, multicultural, supranacional e onde a diversidade é a norma, a diversidade educativa só pode ser benéfica.

Se com a norma aqui expressa se pretende colocar “bom senso” nos procedimentos educativos dos progenitores, então é de curto alcance.

Porque as competências não se impõem por decreto.

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.

Pensamos não conseguir entender o alcance desta disposição no duto espírito do nosso legislador.

O Artigo 1 903.º é claro - Quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento, caberá esse exercício unicamente ao outro progenitor.

Aqui o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente podem ser exercidas pelo seu legítimo titular ou por quem este delegou para o efeito.

Para a criança é claro! Um dos progenitores assegura os cuidados necessários. Se esse não puder e o outro puder deve este assegurá-los. Só depois deverão ser chamados terceiros a fazê-lo, sem prejuízo das relações afectivas já existentes e/ou a fomentar com avós, tios, etc., mas sem esquecer o papel primordial e principal que ambos os progenitores, e cada um por si, representa para a criança.

5. O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita⁵⁷ de acordo com o interesse deste⁵⁸, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o

⁵⁷ Ver tb. *Convenção Relativa às Relações Pessoais no que se Refere às Crianças (STCE n.º 192)*, Conselho da Europa, Estrasburgo, 15.5.2003, assinada por Portugal em 15.5.2003, a *Convenção europeia*

eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro⁵⁹.

A criança, os filhos têm o direito a manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não estão confiados bem como o direito a manterem as relações pessoais e afectivas relevantes.

Importa abandonar a expressão “direito de visita”. Um filho não visita o progenitor – deve relacionar-se com ele.

Assim, socorrendo-nos da expressão já utilizada em Convenções Europeias relativas às Crianças, propomos a alteração do termos “direito de visita” por “relações pessoais” – “O tribunal determinará a residência do filho e o regime das relações pessoais de acordo com o interesse deste ...”.

Tal como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem várias vezes lembra, se o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem tem por finalidade essencial resguardar o indivíduo de todas as ingerências arbitrárias dos poderes públicos, este não se contenta em impor ao Estado que se abstenha de tais ingerências: a este compromisso, diga-se negativo, podem acrescentar-se obrigações positivas inerentes ao respeito efectivo da vida privada ou familiar.

Tais obrigações podem implicar a adopção de medidas que visem o respeito da vida familiar mesmo nas relações entre os próprios indivíduos (*X. e Y. c Países Baixos*, acórdão de 26 de Março de 1985, Série A n.º 91, pág. 11, n.º 23).

A fronteira entre as obrigações positivas e negativas do Estado a título desta disposição não se presta a uma definição precisa, embora os princípios

sobre o reconhecimento e a execução das decisões relativas à guarda de menores e sobre o restabelecimento da guarda de menores (Conselho da Europa) em vigor em Portugal desde 1.9.1983, a *Convenção europeia sobre o exercício dos direitos das crianças* (Conselho da Europa) assinada por Portugal em 6.3.1997 e a *Convenção de Haia relativa à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento, à execução e à cooperação em matéria de poder paternal e de medidas de protecção de menores* de 1996, assinada por Portugal em 1.4.2003.

⁵⁸ Dever-se-á ter em conta os Direitos da Criança, tal como estão definidos e são garantidos e defendidos nos instrumentos internacionais.

Ver também os Direitos da Criança na *Carta Europeia Social revista (STE n.º 163)*, nomeadamente os garantidos pelos artigos 7.º, 11.º, 16.º, 17.º e 18.º.

⁵⁹ Ver Caso Reigado Ramos c. Portugal, Queixa n.º 73229/01, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Estrasburgo, 22 de Novembro de 2005.

aplicáveis sejam comparáveis. Em especial, nos dois casos, é preciso ter em conta o justo equilíbrio a gerir entre os interesses concorrentes do indivíduo e da sociedade no seu conjunto; da mesma forma, nas duas hipóteses, o Estado goza de uma certa margem de apreciação (*Keegan c. Irlanda*, acórdão de 26 de Maio de 1994, Série A n.º 290, pág. 19, n.º 49).

O artigo 8.º implica assim o direito do pai a medidas adequadas de se reunir com o filho e a obrigação das autoridades nacionais de tomá-las. Segundo o Tribunal, importa considerar este princípio como aplicando-se a casos como este em que a transferência provisória da regulação do poder paternal tem origem num acordo entre particulares (*Hokkanen c. Finlândia*, acórdão de 23 de Setembro de 1994, Série A n.º 299-A, pág. 20, n.º 55).

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 menor⁶⁰, 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 eles⁶¹.

⁶⁰ Mantém a utilização da expressão “menor” para se referirem aos filhos / crianças - jovens. (nos Artigos 1777.º-A n.ºs 2 e 3, 1905.º, 1906.º n.º 7, 1908.º, 1910.º).

⁶¹ Ver a **CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA** (2000/C 364/01) publicado em 18.12.2000 no Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 364/1, nomeadamente o Artigo 7.º, onde se lê **(Respeito pela vida privada e familiar)**

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações,

o Artigo 33.º

(Vida familiar e vida profissional)

1. É assegurada a protecção da família nos planos jurídico, económico e social.

2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a protecção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho,

o Artigo 41.º

(Direito a uma boa administração)

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões

e, ainda o Artigo 52.º.

A criança, como pessoa que é, goza de todos os direitos, substanciais e processuais, inscritos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Frequentemente é vítima de violência psíquica que os pais separados exercem sobre os filhos, utilizando-os como armas de arremesso seja para se vingarem de ofensas recebidas seja para punir o outro pela separação, seja por qualquer motivo mais ou menos fútil; o que interessa é fazer sofrer o outro, retirando-lhe toda a possibilidade de contacto com os filhos, desprezando as decisões que regulamentaram o poder paternal e menosprezando o «superior interesse» da criança que passa também, e salvo casos muito excepcionais, por ter um contacto efectivo com os dois progenitores.

Como bem relembra o juiz Irineu Cabral Barreto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem afirmou que o facto de os pais e os filhos estarem juntos representa um elemento fundamental da vida familiar, pelo que só razões muito graves podem justificar a proibição de todo o contacto entre a criança e os seus pais.

A dificuldade na execução das decisões relativas à regulação do poder paternal, nomeadamente quando se trata da entrega do menor por um dos pais ao outro ou das visitas a um deles quando o menor está confiado apenas a um dos pais, constitui, nos dias de hoje, um dos mais graves problemas com que se confrontam os tribunais de família.

O Estado tem a obrigação de tomar as medidas necessárias para fazer cumprir aquelas decisões, exigindo-se aqui uma especial diligência, tanto mais que a passagem do tempo pode ter consequências irremediáveis sobre as relações entre as crianças e os pais que não vivem nem contactam com elas.

Os que se dedicam ao estudo dos conflitos familiares e da violência no âmbito das relações interpessoais já se depararam com um fenómeno que não é novo e que até é identificado por mais de um nome.

Alguns chamam-lhe “Síndrome de Alienação Parental”, outros de “implantação de falsas memórias”, lavagem cerebral, destruição da personalidade⁶²; há quem a relacione com o exercício de uma parentalidade

⁶² **Destruição da personalidade** é a tentativa intencional de influenciar a imagem ou a reputação de uma pessoa em concreto para que outros desenvolvam sobre ela uma percepção negativa. Envolve exagero deliberado e/ou manipulação dos factos de forma a dar uma falsa imagem da pessoa.

hostil agressiva⁶³; quase todos a caracterizam como uma agressão relacional, com alguma similitude ao chamado Complexo de Medeia⁶⁴, com uma tipologia, de certa forma, similar à Síndrome de Munchausen⁶⁵. Há quem

⁶³ **Parentalidade Hostil Agressiva** define-se como um padrão de comportamento, manipulação, ações e decisões de um indivíduo (habitualmente um dos progenitores ou o guardião) que, quer directa ou indirectamente, cria desnecessárias dificuldades ou interferências na relação da criança com outra pessoa envolvida na criação e educação e/ou promove ou mantém um carácter não garantido e desigual na estabelecimento dos encontros entre a criança e os pais e, ainda, promove conflitos desnecessários com o progenitor e ou guardião o que afecta duma forma adversa o exercício da parentalidade e o desenvolvimento da criança, sendo frequentemente usada como ferramenta para levar a criança a alinhar com um dos progenitores durante o litígio pela custódia ou pelo controlo efectivo da criança.

Parentalidade Hostil Agressiva é considerada pelos técnicos das áreas legal e de saúde como sendo doentio, anti-social, comportamento abusivo que traumatiza emocionalmente, sendo um exercício disfuncional da parentalidade e, por isso, contrário ao interesse da criança.

⁶⁴ O **Complexo de Medeia** é usado, por vezes, para descrever os progenitores que fazem mal aos seus próprios filhos. Medeia, uma história de profundo amor que se transformou em ódio intenso, por Eirípides cerca de 400 a.C. Medeia, uma das mais poderosas mulheres da mitologia grega, filha do rei da Cólquida, surge inicialmente como heroína movida pelo amor, ajudando Jasão, líder dos argonautas, a se apoderar do famoso velo de ouro. Mas mesmo como aliada do herói, os métodos por ela usados deveriam ter sido suficientes para levantar algumas suspeitas.

Para retardar os seus perseguidores, chefiados pelo pai, Medeia vai cortando pedaços do próprio irmão e atirando-os ao mar. Ao chegarem em Iolcos, Medeia salva Jasão, agora matando o tio do herói, que tentava roubar o velo de ouro. O casal apaixonado tem que fugir então para Corinto.

Jasão, subestimando a fúria de Medeia, resolve abandoná-la para casar com Glauce, filha do rei de Corinto. A vingança terrível começa pela rival. Medeia envia-lhe um vestido envenenado, que acaba por causar a morte dela e do pai. Não satisfeita, assassina também os próprios filhos, como forma de punir Jasão. Ela destrói aquilo que a intimidade entre ambos produziu. O seu ódio vai para além das suas necessidades instintivas de proteger a sua própria prole; Medeia tem de fazer com que Jasão sofra mais. Jasão diz-lhe “Tu amava-los, e mataste-os,” ao que ela responde “Para te fazer sentir dor”.

Wallerstein e Kelly descreveram nos anos 70 do século passado um Complexo de Medeia com uma dinâmica similar à Síndrome de Alienação Parental.

A maioria das mulheres – porque há raras e honrosas exceções para confirmar a regra – tenham ou não desejado a separação, assim que esta acontece, iniciam um processo de destruição do ex-parceiro/marido/pai de seus filhos. Passam, assim, a sofrer de uma espécie de complexo de Medeia. Para que sofram os pais, passam a “matar” (emocional e psicologicamente) seus filhos. Dificultam o relacionamento entre pai e filhos, interferem, mentem, escondem, manipulam até à exaustão as mentes e emoções dos filhos e ainda se fazem de vítimas. O facto de que tais atitudes interfiram negativamente no desenvolvimento da criança não parece fazer parte das preocupações das Medeias modernas. Uma mãe que põe as suas crianças contra o pai delas, provavelmente, terá, pelo menos, comportamentos paranóicos duma estrutura de personalidade psicótica ou *borderline*. Ela não consegue lidar com a perda, e permanece ligada ao seu (ex)marido num íntimo sentimento de ódio e mantém as crianças amarradas por um profundo sentimento de lealdade para com ela.

⁶⁵ A **síndrome de Munchausen** é uma doença psiquiátrica em que o paciente, de forma compulsiva, deliberada e contínua, causa, provoca ou simula sintomas de doenças, sem que haja uma vantagem óbvia para tal atitude que não seja a de obter cuidados médicos e de enfermagem.

A síndrome de Munchausen “by proxy” (por procuração) ocorre quando um parente, quase sempre a mãe (85 a 95%), de forma persistentemente ou intermitentemente produz (fabrica, simula, inventa), de forma intencional, sintomas em seu filho, fazendo que este seja considerado doente, ou provocando ativamente a doença, colocando-a em risco e numa situação que requeira investigação e tratamento.

Às vezes existe por parte da mãe o objectivo de obter alguma vantagem para ela, por exemplo, conseguir atenção do marido para ela e a criança ou se afastar de uma casa conturbada pela violência. Nas formas clássicas, entretanto, a atitude de simular/produzir a doença não tem nenhum objetivo lógico, parecendo ser uma necessidade intrínseca ou compulsiva de assumir o papel de doente (no by self) ou da pessoa que cuida de um doente (by proxy). O comportamento é considerado como compulsivos, no sentido de que a pessoa é incapaz de abster-se

afirme que a criança desenvolve um estado psicológico similar ao da Síndrome de Estocolmo⁶⁶. Existem também referências de que as crianças que padecem de formas profundas da Síndrome da Alienação Parental sofrem efeitos similares aos que são estudados pela Psicologia da Tortura. Todos concordam que estamos perante uma vitimização e um abuso da Criança.

Este é um tema que desperta cada vez mais a atenção porque a sua prática tem vindo a ser denunciada de forma recorrente.

A alteração do papel da mulher na sociedade e do homem na família, a perspectiva que a sociedade adquiriu sobre os Direitos da Criança, plasmados, por exemplo, na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da

desse comportamento mesmo quando conhecedora ou advertida de seus riscos. Apesar de compulsivos os actos são voluntários, conscientes, intencionais e premeditados. O comportamento que é voluntário seria utilizado para se conseguir um objectivo que é involuntário e compulsivo. A doença é considerada uma grave perturbação da personalidade, de tratamento difícil e prognóstico reservado. Estes actos são descritos nos tratados de psiquiatria como distúrbios factícios.

A síndrome de Munchausen por procuração é uma forma de abuso infantil. Além da forma clássica em que uma ou mais doenças são simuladas, existem duas outras formas de Munchausen: as formas toxicológicas e as por asfixia em que o filho é repetidamente intoxicado com alguma substância (medicamentos, plantas etc.) ou asfixiado até quase a morte.

Frequentemente, quando o caso é diagnosticado ou suspeitado, descobre-se que havia uma história com anos de evolução e os eventos, apesar de grosseiros, não foram considerados quanto a possibilidade de abuso infantil. Quando existem outros filhos, em 42% dos casos um outro filho também já sofreu o abuso. É importante não confundir simulação (como a doença simulada para se obter afastamento do trabalho, aposentar-se por invalidez, receber um seguro ou não se engajar no serviço militar). Alguns adolescentes apresentam quadro de Munchausen by self muito similares aos apresentados por adultos.

A doença pode ser considerada uma forma de abuso infantil e pode haver sobreposição com outras formas de abuso infantil. À medida que a criança se torna maior há uma tendência de que ela passe a participar da fraude e a partir da adolescência se tornarem portadores da síndrome de Munchausen clássica típica em que os sintomas são inventados, simulados ou produzidos nela mesma. Ao contrário do abuso e violência clássica contra crianças as mães portadoras da síndrome de Munchausen por proxy não são violentas nem negligentes com os filhos.

O problema, descrito a primeira vez por Meadow em 1977, é pouco conhecido pelos médicos e sua abordagem é complexa e deve envolver o médico e enfermagem, especialistas na doença simulada, psiquiatras/psicólogos, assistentes sociais e, mais tarde, advogado e director clínico do hospital e profissionais de protecção da criança agredida.

⁶⁶ A **Síndrome de Estocolmo** é um estado psicológico particular desenvolvido por pessoas que são vítimas de sequestro. A síndrome se desenvolve a partir de tentativas da vítima de se identificar com seu captor ou de conquistar a simpatia do sequestrador.

A síndrome recebe seu nome em referência ao famoso assalto de *Norrmalmstorg* do *Kreditbanken* em *Norrmalmstorg*, Estocolmo que durou de 23 de Agosto a 28 de Agosto de 1973. Nesse acontecimento, as vítimas continuavam a defender seus captores mesmo depois dos seis dias de prisão física terem terminado e mostraram um comportamento reticente nos processos judiciais que se seguiram. Duas das vítimas se casaram com os sequestradores após o término do processo. O termo foi cunhado pelo criminólogo e psicólogo *Nils Bejerot*, que ajudou a polícia durante o assalto, e se referiu à síndrome durante uma reportagem. Ele foi então adoptado por muitos psicólogos no mundo todo.

É importante observar que o processo da síndrome ocorre sem que a vítima tenha consciência disso. A mente fabrica uma estratégia ilusória para proteger a psique da vítima. A identificação afectiva e emocional com o sequestrador acontece para proporcionar afastamento emocional da realidade perigosa e violenta à qual a pessoa está sendo submetida.

Criança e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁶⁷, a profunda mudança no conceito de família e o primado da afectividade na identificação das estruturas familiares conduzem-nos à valoração do que se chama filiação afectiva.

As construções sociais de família e de criança são ideais relativamente recentes.

A criança, no seio da realidade social presente, é sujeito de direitos próprios e é olhada e sentida como fruto do amor dos pais e, por isso, merecedora de protecção e carinho.

O Direito de Família por via do tratamento interdisciplinar que vem recebendo, passou a dedicar maior atenção às questões de ordem psíquica, permitindo o reconhecimento da presença de dano afectivo pela ausência de convívio paterno-filial, e o estabelecimento do perigo psíquico, emocional e afectivo para a Criança ou Jovem.

Já é hora de ser respeitado o direito que os filhos possuem de desfrutar de um espaço psico-físico com cada um dos pais.

Aqueles que a isso se negam ferem a ética das relações de família e fazem por desmerecer os filhos que têm.

⁶⁷ **Artigo 24.º * Direitos das crianças**

1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.

3. Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.

**CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA * (2000/C 364/01) * PT 18.12.2000
Jornal Oficial das Comunidades Europeias C 364/1.**

Este artigo baseia-se na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Criança, assinada em 20 de Novembro de 1989 e ratificada por todos os Estados-Membros da União Europeia, nomeadamente nos seus artigos 3º, 9º, 12º e 13º.

Artigo 1907.º

(anterior redacção em rodapé)⁶⁸

(Exercício das responsabilidades parentais quando o filho é confiado a terceira pessoa)

1. Por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º⁶⁹, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa.
2. Quando o filho seja confiado a terceira pessoa, cabem a esta os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções.
3. O tribunal decidirá em que termos serão exercidas as responsabilidades parentais na parte não prejudicada pelo disposto no número anterior.

⁶⁸ **ARTIGO 1907.º (Exercício do poder paternal quando o filho é confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência)**

1. Quando o filho seja confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, cabem a estes os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções.

2. O tribunal decidirá a qual dos progenitores compete o exercício do poder paternal na parte não prejudicada pelo disposto no número anterior. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

⁶⁹ **ARTIGO 1918.º (Perigo para a segurança, saúde, formação moral e educação do filho)**

Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

ARTIGO 1915.º (Inibição do exercício do poder paternal)

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

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

3. Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada. (Redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25-11)

Artigo 1908.º

[Sobrevivência do progenitor a quem o filho não foi confiado]

(anterior redacção em rodapé)⁷⁰

Quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, pode o tribunal, ao regular o exercício das responsabilidades parentais, decidir que, se falecer o progenitor a quem o menor⁷¹ for entregue, a guarda não passe para o sobrevivente; o tribunal designará então a pessoa a quem, provisoriamente, o menor⁷² será confiado.

A problemática de léxico ou de nomenclatura (Poderes / Deveres / **Responsabilidades**, Paternal / Maternal / **Parentais**), no que se refere à questão do exercício do poder paternal e da atribuição da guarda dos filhos, estende-se e prolonga-se para além do texto do Código Civil, já que o legislador não usou uma linguagem jurídica uniforme e precisa, que mais parece significar uma certa coisificação da criança.

A utilização das expressões «guarda», «confiar», «entregar» parece significar uma certa coisificação da criança, considerada como um objecto de quem alguém (o guardião) é proprietário ou possuidor.

Paradigmático, a este propósito, era a linguagem do Decreto com força de Lei acerca do casamento, como contrato civil, de 25/12/1910 que se referia, ao regular as consequências da anulação do casamento em relação aos filhos, à «posse» destes, nos termos seguintes:

Lei do casamento como contrato civil

Art. 34.º Declarado nullo ou annullado o casamento sem culpa de qualquer dos contrahentes, e havendo filhos communs, a mãe terá direito á posse das filhas, enquanto menores, e á dos filhos até completarem idade de seis annos.

Para superar esta imperfeição terminológica, simplificar os problemas levantados pela noção de guarda, e reduzir a importância excessiva que lhe era concedida nos textos legais anteriores, por exemplo, o legislador francês de 1987 (lei n.º 87-570 de 22 de julho de 1987) suprime este vocábulo da lei, substituindo-o pela expressão «exercício do poder paternal».

Os textos legais relativos ao divórcio não falam agora de progenitor ao qual é confiada a guarda da criança, mas sim de progenitor com quem a criança reside habitualmente (na hipótese, preferida pelo legislador, de exercício

⁷⁰

ARTIGO 1908.º (Sobrevivência do progenitor a quem o filho não foi confiado)

Quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, pode o tribunal, ao regular o exercício do poder paternal, decidir que, se falecer o progenitor a quem o menor for entregue, a guarda não passe para o sobrevivente; o tribunal designará então a pessoa a quem, provisoriamente, o menor será confiado. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

⁷¹ Mantém a utilização da expressão “menor” para se referirem aos filhos / crianças - jovens. (nos Artigos 1777.º-A n.ºs 2 e 3, 1905.º, 1906.º n.º 7, 1908.º, 1910.º).

⁷² Ver nota 57.

conjunto do poder paternal) ou de progenitor que exerce o poder paternal (na hipótese de não ser possível o exercício conjunto).

Enquanto no art. 1905.º, n.º 1 do Código Civil, o legislador recorreu à expressão «destino do filho», já no n.º 2 do mesmo art. utilizou a palavra guarda, «(...) podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, (...) a terceira pessoa ou estabelecimento de educação ou assistência.»

Por sua vez, os arts. 1906.º, n.º 2 e 1907.º, n.º 1 empregaram respectivamente a expressão «(...) pelo progenitor a quem o filho fôr confiado» e «Quando o filho seja confiado a terceira pessoa (...)», sem a articular com o termo guarda.

O uso em conjunto de um termo técnico, como a guarda, e de vocábulos correntes e imprecisos, como confiar, pode conduzir a incertezas, e a prática demonstra que assim é.

A expressão destino dos filhos remonta ao Projecto do Código de Seabra, onde tinha o sentido de "ocupação ou modo de vida". Actualmente, o seu sentido evoluiu e consiste, tal como o tem entendido a jurisprudência, num dos aspectos em que se subdivide a regulação do poder paternal: a escolha da pessoa a quem a criança vai ser confiada.

A expressão guarda significa vigiar, defender uma pessoa para a proteger contra qualquer dano ou perigo, abrangendo também uma ideia de proximidade física: ficar na posse de, conservar consigo. Esta expressão articulada com "poder paternal" reforça a ideia de poder absoluto, único, que impera no espírito da maioria dos progenitores separados ou divorciados, titulares do referido poder.

A palavra entregar apresenta um conteúdo semântico de incidência materialista, mais apropriado para coisas do que para pessoas. Significa passar às mãos, a posse de, dar posse definitiva ou temporária.

Por seu lado, a expressão confiar refere-se ao acto de pôr no poder ou nas mãos de outrem, ao acto de entregar com fé e segurança à guarda e ao cuidado de alguém.

Entendemos "que a expressão "confiar" é mais correcta do que "entregar" pois pressupõe uma perspectiva quanto à idoneidade da pessoa a quem se confia a tarefa de coabitar com a criança, ou seja, espera-se que a pessoa que vive com esta, desempenhe a sua missão de a vigiar e defender, em todos os aspectos da sua pessoa".

Assim, o Artigo 1 908.º deverá ter a seguinte redacção:

"Quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1 918.º, pode o tribunal, ao regular o exercício das responsabilidades parentais, decidir que, se falecer o progenitor a quem o filho for confiado, a guarda não passe para o sobrevivente; o tribunal designará então a pessoa a quem, provisoriamente, a criança ou jovem será confiado."

Artigo 1909.º

(Separação de facto)

As disposições dos artigos 1905.º a 1908.º são aplicáveis aos cônjuges separados de facto. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1910.º

[Filiação estabelecida apenas quanto a um dos progenitores]

(anterior redacção em rodapé)⁷³

Se a filiação de menor⁷⁴ nascido fora do casamento se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, a este pertence o exercício das responsabilidades parentais.

⁷³

ARTIGO 1910.º (Filiação estabelecida apenas quanto a um dos progenitores)

Se a filiação de menor nascido fora do casamento se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos progenitores, a este pertence o poder paternal. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

⁷⁴ Mantém a utilização da expressão “menor” para se referirem aos filhos / crianças - jovens. (nos Artigos 1777.º-A n.ºs 2 e 3, 1905.º, 1906.º n.º 7, 1908.º e 1910.º).

Artigo 1911.º

(Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges)

(anterior redacção em rodapé)⁷⁵

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes vivam em condições análogas às dos cônjuges, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais o disposto nos artigos 1901.º a 1904.º.
2. No caso de cessação da convivência entre os progenitores, são aplicáveis as disposições dos artigos 1905.º a 1908.º.

⁷⁵ **ARTIGO 1911.º (Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores não unidos pelo matrimónio)**

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os pais e estes não tenham contraído o matrimónio após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho.

2. Para os efeitos do número anterior presume-se que a mãe tem a guarda do filho; esta presunção só é ilidível judicialmente.

3. Se os progenitores conviverem maritalmente, o exercício do poder paternal pertence a ambos quando declarem, perante o funcionário do registo civil, ser essa a sua vontade; é aplicável, neste caso, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1901.º a 1904.º. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 1912.º

(anterior redacção em rodapé)⁷⁶

(Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges)

1. Quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes não vivam em condições análogas às dos cônjuges, aplica-se ao exercício das responsabilidades parentais o disposto nos artigos 1904.º a 1908.º.
2. No âmbito do exercício em comum das responsabilidades parentais, aplicam-se as disposições dos artigos 1901.º e 1903.º.

⁷⁶

ARTIGO 1912.º (Regulação do exercício do poder paternal)

É aplicável ao caso previsto no artigo anterior, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 1904.º a 1907.º. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

SUBSECÇÃO V

Inibição e limitações ao exercício do poder paternal

57/82

CAPÍTULO II

Disposições especiais

ARTIGO 2015.º

[Obrigação alimentar relativamente a cônjuges]

Na vigência da sociedade conjugal, os cônjuges são reciprocamente obrigados à prestação de alimentos, nos termos do artigo 1675.º. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 2016.º⁷⁷

[Divórcio e separação judicial de pessoas e bens]

(anterior redacção em rodapé)⁷⁸

1. Cada cônjuge deve prover à sua subsistência, depois do divórcio.
2. Qualquer dos cônjuges tem direito a alimentos, independentemente do tipo de divórcio.
3. Por razões manifestas de equidade, o direito a alimentos pode ser negado.
4. [O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)]

⁷⁷ O **Projecto de Lei n.º 232/X (Cria o Regime Jurídico do Divórcio a pedido de um dos Cônjuges)** apresentado pelos deputados do **Bloco de Esquerda em 7 de Março de 2006** (DAR II série A N.º 98/X/1 2006.03.30) propunha a alteração do Artigo 2016.º da seguinte forma:

(...)

1 - (...)

2 - (...)

3 - (...)

4 - (...)

5 - Em caso de divórcio a pedido de um dos cônjuges, terá direito a alimentos o cônjuge que dependa economicamente do outro, se essa dependência tiver resultado da sua colaboração para a vida e economia comum do casal.

⁷⁸ **ARTIGO 2016.º (Divórcio e separação judicial de pessoas e bens)**

1. Têm direito a alimentos, em caso de divórcio:

a) O cônjuge não considerado culpado ou, quando haja culpa de ambos, não considerado principal culpado na sentença de divórcio, se este tiver sido decretado com fundamento no artigo 1779.º ou nas alíneas a) ou b) do artigo 1781.º;

b) O cônjuge réu, se o divórcio tiver sido decretado com fundamento na alínea c) do artigo 1781.º;

c) Qualquer dos cônjuges se o divórcio tiver sido decretado por mútuo consentimento ou se, tratando-se de divórcio litigioso, ambos forem considerados igualmente culpados.

2. Excepcionalmente, pode o tribunal, por motivos de equidade, conceder alimentos ao cônjuge que a eles não teria direito, nos termos do número anterior, considerando, em particular, a duração do casamento e a colaboração prestada por esse cônjuge à economia do casal.

3. Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta.

4. O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens. (Redacção do Decreto-Lei 496/77, de 25-11)

Artigo 2016.º - A

(Montante dos alimentos)

1. Na fixação do montante dos alimentos deve o tribunal tomar em conta a duração do casamento, a colaboração prestada à economia do casal, a idade e estado de saúde dos cônjuges, as suas qualificações profissionais e possibilidades de emprego, o tempo que terão de dedicar, eventualmente, à criação de filhos comuns, os seus rendimentos e proventos, um novo casamento ou união de facto e, de modo geral, todas as circunstâncias que influam sobre as necessidades do cônjuge que recebe os alimentos e as possibilidades do que os presta. **(aditado pelo Projecto-Lei 509/X)**
2. O tribunal deve dar prevalência a qualquer obrigação de alimentos relativamente a um filho do cônjuge devedor sobre a obrigação emergente do divórcio em favor do ex-cônjuge.
3. O cônjuge credor não tem o direito de manter o padrão de vida de que beneficiou na constância do matrimónio. **(aditado pelo Projecto-Lei 509/X)**

Artigo 2016.º - B

(Duração)

A obrigação de alimentos deve ser estabelecida por um período limitado, embora renovável, salvo razões ponderosas. **(aditado pelo Projecto-Lei 509/X)**

Artigo 2016.º - C

(Separação judicial de pessoas e de bens)

O disposto nos números anteriores é aplicável ao caso de ter sido decretada a separação judicial de pessoas e bens. **(aditado pelo Projecto-Lei 509/X)**

A “Pais para Sempre”

Associação para a Defesa dos Filhos dos Pais Separados

Lisboa, 17 de Junho de 2008
João Mouta (Presidente da Direcção)
V9:17:38

porque

- é no seio das famílias que a coesão social se aprende, se experimenta e se reforça e que, neste sentido, as famílias contribuem decisivamente para o desenvolvimento das crianças e para a sua socialização, revestindo-se, por isso, de extrema importância o papel social das famílias;

- as famílias continuam a ter o papel de transmitir valores e comportamentos, caracterizando-se como espaço de segurança e protecção para os seus elementos;
- as famílias não dependem, apenas, de factores internos mas também da influência do contexto social, económico e cultural;
- o mundo contemporâneo é cenário de rápidas e profundas transformações que atingem os domínios da economia, da ciência, da tecnologia, das relações sociais, das representações, dos valores e das normas, com uma dimensão cada vez mais global, pelo que, não será fácil compreender a mudança na família se não se perceberem as alterações produzidas na sociedade global, uma vez que as dinâmicas familiares são, de facto, função de transformações mais amplas que ocorrem na sociedade;
- por sofrer o impacto da modernização da sociedade portuguesa, a vida familiar regista algumas mudanças assinaláveis, como sejam, a diminuição da dimensão média da família, a diminuição do número de filhos por agregado familiar, o aumento dos agregados de pessoas sós, o decréscimo dos agregados numerosos e das famílias complexas, e, como reflexo provável da descida e adiamento da fecundidade, do aumento do divórcio ou do envelhecimento populacional, diminuem as famílias de casal com filhos e aumentam as de casal sem filhos e as monoparentais;
- a nuclearização das famílias, a dissociação da “tradicional” associação entre casamento-conjugabilidade-sexualidade-procriação e a não linearidade das transições familiares;
- uma desinstitucionalização, alguma desfamiliarização e uma clara privatização progressiva das estruturas conjugais são as grandes tendências de transformação das famílias.
- no conjunto das mudanças que caracterizam a evolução das estruturas familiares em Portugal, começam a assumir importância a coabitação, as novas formas de família e a individualização, esta última centrada na maior autonomia residencial de indivíduos não casados, jovens ou idosos;
- as presentes tendências de mudança, nas e das famílias, traduzem-se na diminuição do número de agregados de famílias complexas e da proporção de casais com filhos, a par com o aumento dos casais sem filhos, das pessoas sós, dos vínculos conjugais informais e das famílias recompostas;
- se verifica em Portugal um aumento, em termos absolutos e relativos, do número de famílias monoparentais, predominando as mães sós, e que trabalhar e ser mãe de um ou mais filhos, mesmo pequenos, passou a ser, para a mulher, a forma mais comum de estar na vida familiar e profissional;
- a esmagadora maioria das famílias monoparentais são encabeçadas por mulheres;
- ao longo das últimas décadas se deu uma passagem de um modelo maternocêntrico, de crianças guardadas pelas mães e pelas avós, para um modelo “misto” de delegação da guarda da criança;
- neste novo padrão de guarda das crianças, mais centrado na delegação, a solução de “ficar em casa com a mãe” diminuiu de forma acentuada, a solução da creche aumentou e a guarda delegada nos parentes e na ama manteve a sua importância relativa;
- as mulheres, ao arrastarem a fecundidade para mais tarde, enfrentam um conjunto de obstáculos, não apenas biológicos, como também sociais;
- a mentalidade, as representações, os valores e as normas relativas à família, em acelerada mudança, encontram-se em confronto com a manutenção de práticas sociais, nomeadamente com o lugar que ocupa a instituição familiar na própria estruturação da sociedade numa época de recomposição das sociabilidades;

- a sociedade que dissemina uma ideologia que induz as mães a dedicarem altruisticamente seu tempo, dinheiro e amor à sua criança é, simultaneamente, a mesma que valoriza um conjunto de ideias e valores que se confrontam com isso, como seja a proposta moral, social e jurídica sobre o casamento e a vida privada cujos primeiros contornos germinaram no mundo romano pagão dos primeiros séculos da nossa Era e duraram, com poucas oscilações, até aos nossos dias, não obstante as leis tenderem a adaptar-se aos novos hábitos, aos novos comportamentos e aos novos conceitos de família;
- se conquistou um espaço longe do forte controlo ecológico, psicologicamente falando, dos vizinhos e da parentela, que o indivíduo se encontra livre daqueles constrangimentos, com possibilidade de contactos a qualquer hora e para virtualmente qualquer lugar à face do globo mas, todavia, continua a existir solidão e isolamento, e as pessoas aparentam ter saudades do modelo que ajudaram a destruir, mas não querem voltar ao passado da vizinhança indiscreta, do mundo sem comunicação à escala global, da forte dependência de alguns grupos sociais relativamente a outros, como é o caso das mulheres e dos jovens;
- não obstante estudos recentes, nomeadamente de âmbito sociológico e antropológico, darem conta de uma crescente valorização do tempo enquanto riqueza nas sociedades ocidentais modernas, associando a isso novos e diversificados padrões de comportamento dos indivíduos, é indispensável ter presente que persistem, também a este nível, claras discriminações em termos de género, cuja eliminação é condição prévia a uma evolução harmoniosa e socialmente justa;
- o futuro da humanidade passará naturalmente por uma aproximação e construção de uma cultura de tempos livres, baseada na conciliação entre vida profissional, familiar e pessoal;
- os novos estilos de vida trouxeram uma nova preocupação: o cuidado das crianças porque ser criança é o tempo da existência do ser humano quando é decisivo o modo como nos dão o que esperamos;
- toda e qualquer criança necessita, fundamentalmente, de atenção às suas necessidades físicas e psicológicas, de uma relação com alguém em quem tenha confiança, que proporcione um ambiente seguro, saudável e adequado ao seu nível de desenvolvimento, de oportunidades para interagir com outras crianças e de liberdade para explorar os seus sentidos;
- a experiência do jogo e da actividade física é uma excelente forma de perceber a relação entre ordem e desordem, organização e caos, e equilíbrio e desequilíbrio entre os diversos sistemas biológicos e sociais, e que a criança tem de ter a oportunidade e a liberdade para exprimir a sua motivação intrínseca e a necessidade de explorar o seu envolvimento físico e social sem constrangimentos, quer investigando, quer testando, quer afirmando experiências e possibilidades de acção;
- não obstante as mudanças sociais ocasionando alterações progressivas de estilos de vida e formas de representação do mundo, independentemente da manipulação ou do controlo exercido sobre o jogo na criança, esta brincará sempre que for possível independentemente dos obstáculos espaciais e temporais, pelo que, se torna urgente projectar uma sociedade onde seja reabilitada, para as crianças e jovens, uma “cultura de rua com segurança” e sem agendas excessivamente carregadas;
- os posicionamentos do adulto e das instituições educativas vocacionadas para a delimitação de uma estimulação organizada, tendem a ordenar os comportamentos, os valores e as atitudes das crianças como se elas necessitassem de ser moldadas exclusivamente ao sistema;
- a necessidade do desenvolvimento de uma política global e específica para a infância que considere a criança como um actor social;
- o reconhecimento às crianças do estatuto de actores sociais só faz sentido se se fizer acompanhar da auscultação da sua voz e da valorização da sua capacidade de atribuição de sentido, quer às

suas acções quer aos seus contextos de vida, ainda, que expressos com características específicas, de acordo com o seu desenvolvimento;

- a necessidade de uma maior coordenação das diferentes valências técnicas tendo em vista o real bem-estar das crianças e da criação de condições que permitam um maior acompanhamento por parte dos pais;
- o mau trato de crianças é quinze vezes mais provável em famílias em que a violência doméstica está presente, e que, as crianças que testemunham situações de violência doméstica entre os pais têm uma probabilidade de se tornarem adultos maltratantes três vezes superior à das crianças que não assistem regularmente a estas situações;
- o abuso emocional, a agressão física, a intoxicação, o abuso sexual, o trabalho abusivo, a ausência de cuidados básicos, a ausência de guarda, o abandono, o mau trato in útero, e a violenta manipulação afectiva de emoções são formas de abuso e de maus tratos contra as crianças perpetrados pela família;
- o mito da “família idealizada”, sustentado pela ideologia romântica, leva-nos a pensá-la como o lugar dos afectos e da expressividade e que esta idealização associada a outros mitos é, em parte, responsável por negligenciarmos a gravidade da violência doméstica considerando-a, muitas vezes, como uma componente necessária à educação dos filhos, ao relacionamento conjugal e a certas interacções familiares;
- a família é considerada como principal contexto educativo ou promotor de desenvolvimento humano, ou seja, é considerada como o núcleo crucial onde ocorre o desenvolvimento da criança, e que a família pode, efectivamente, ser o ambiente de educação mais adequado para possibilitar o desenvolvimento dos aspectos pessoais dos indivíduos, sem esquecer que vivem num meio social com uma série de requisitos, limitações e normas;
- a família e os seus membros não só servem de modelo de comportamento, como também são os que marcam os padrões de relação e configuram a primeira visão do mundo para a criança, sendo que, muito frequentemente, as características da sua evolução posterior na escola, nas relações sociais e afectivas, inclusivamente na sua vida com adultos, explicam-se pelas vivências familiares e pelo sentido da relação estabelecida, sobretudo com os pais;
- é preciso educar no respeito e afecto, transmitir valores, falar com as crianças, ouvi-las, ensiná-las a aceitar as frustrações, impor limites e exercer a autoridade sem medo;
- as crianças aprendem melhor quando o ambiente familiar promove os padrões de vida familiar adequados - um “currículo familiar” positivo que promova na criança as atitudes, os hábitos e as competências necessárias para aproveitar ao máximo o que o professor ensina;
- as crianças beneficiam das relações pais-filhos que se caracterizam por uma linguagem rica e que são baseadas no apoio emocional;
- os programas para ensinar os pais a melhorar o ambiente familiar de forma a beneficiarem a aprendizagem dos seus filhos produzem resultados importantes;
- nas sociedades urbanas, onde vive 80% da população actual, a família é, nos primeiros anos de vida das crianças, o seu primeiro e principal grupo de referência, advindo daí o seu importante papel no processo de desenvolvimento e socialização das crianças;
- a educação das crianças encontra-se em rápida e profunda transformação nos meios sociais actuais, sendo notória a influência do alargamento da difusão da educação na vida da criança;
- poderemos estar perante uma transferência progressiva, indesejável e alarmante, para a escola das responsabilidades educativas que pertencem à família;

- a educação de infância é cada vez mais valorizada como forma de superar as carências do meio familiar;
- a educação deve favorecer a eliminação de estereótipos, encorajar a aceitação dos princípios de repartição equilibrada das responsabilidades familiares e profissionais e preparar convenientemente os jovens para a vida profissional, isto é, deve favorecer a eliminação dos estereótipos ligados ao sexo através da eliminação daqueles que persistem nos manuais escolares, no material pedagógico em geral, nos instrumentos de avaliação e no material de orientação, sendo necessário rever os textos a fim de eliminar as discriminações e os estereótipos, por forma a incentivar as crianças a desenvolverem uma percepção positiva da igualdade entre os sexos e dar o necessário apoio às raparigas e aos rapazes que fizerem opções profissionais não tradicionais;
- as opções escolares e profissionais dos adolescentes têm de ser feitas sem qualquer restrição ligada ao sexo;
- as políticas e legislação sobre a família são frequentemente inadequadas aos novos tipos de família, como sejam, nomeadamente, as famílias monoparentais ou as famílias separadas;
- é necessário redefinir a família e o casal, com uma abordagem mais flexível e tolerante, mais adequada à realidade social presente;
- é necessário redefinir as relações de género entre mulheres e homem;
- para se garantir uma liberdade de escolher – uma verdadeira igualdade de oportunidades – a todos há que, unidos na diversidade, garantir primeiro a igualdade de oportunidades no acesso a essa liberdade;
- estamos hoje perante uma vivência da paternidade mais efectiva e afectiva, sendo que, os jovens pais, ainda que com especificidades decorrentes de diferentes posições socioeconómicas e idades, demonstram uma vontade de estarem presentes e de acompanharem o crescimento dos filhos, tendo um envolvimento emocional com eles;
- alguns dos constrangimentos à participação dos homens na vida familiar não nascem necessariamente da sua vontade localizando-se também nos efeitos de género que actuam nos próprios contextos profissionais, como acontece, por exemplo, com o que lhes é pedido para cumprirem no início da carreira profissional, considerados pela entidade patronal como homens sem família e com possibilidades de dedicação ilimitada à empresa, sendo que isso é um óbvio impedimento à sua maior participação em casa;
- que a noção de paternidade vinculada a um determinismo biológico e uma noção de maternidade adstrita a elementos de caracterização moral e psicológica da progenitora, estão hoje completamente desajustados;
- o divórcio se tornou um fenómeno cada vez mais frequente na sociedade portuguesa, sendo que Portugal, em termos de taxa de divorcialidade, ocupa um dos lugares cimeiros na União Europeia;
- a turbulência dos processos de ruptura e de reconstrução conjugais parece criar um terreno propício à emergência de situações de risco, como sejam, situações de abuso emocional, abuso sexual, agressão física, trabalho abusivo e de ausência de guarda;
- em Portugal a taxa de nupcialidade baixou, os portugueses, em particular os homens, casam cada vez mais tarde e que aumentou a susceptibilidade para o divórcio, embora a frequência dos divórcios diminua à medida que o número de filhos vai aumentando, não é uma questão que atinja apenas as gerações jovens, não obstante haja um crescimento mais acentuado dos divórcios em casamentos recentes;

- o estabelecimento de uma relação afectiva positiva com alguém é indispensável para que as crianças se desenvolvam bem intelectual, emocional, motivacional, socialmente, moral e fisicamente;
- o afecto flui entre as pessoas, dá-se e recebe-se; que proporcionar afecto requer esforço; que o afecto é essencial para a espécie humana, em especial na infância e na doença; em suma, que o afecto é a necessidade que todos os organismos sociais têm de receber ajuda e colaboração dos seus congéneres para que possam sobreviver;
- todas as pessoas devem ser tratadas como iguais, tendo para isso que existir uma revolução na lógica do pensamento, através de novos instrumentos de pensar e consequentemente de agir;
- as formas de organização da vida familiar, as mutações nos papéis femininos e masculinos, os novos valores familiares, as taxas mais elevadas de divórcio e de recasamento, a subida dos valores da coabitação, a descida da fecundidade e o aumento da esperança de vida, a maior autonomia dos indivíduos e dos casais em relação aos laços de parentesco, a diversidade das interacções conjugais, as mudanças profundas nos papéis de género e no lugar da criança e os processos complexos de recomposição familiar;
- no direito internacional, desde a Declaração dos Direitos da Criança em 1959, o interesse do menor tornou-se no princípio fundamental, no qual se inspiraram as legislações nacionais, encontrando este princípio um posterior alargamento do âmbito da sua aplicação com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989;
- nos próprios termos da Constituição da República Portuguesa, o Estado deve promover, fomentar e incentivar o desenvolvimento de uma política que proteja e valorize as famílias e que possibilite a realização pessoal dos seus membros, baseada no respeito pela identidade e autonomia das famílias;
- a parentalidade é porventura a tarefa mais desafiante da vida adulta e os pais constituem uma das influências mais cruciais das vidas das suas crianças, estando os seus componentes ou sejam, os comportamentos, as cognições e os afectos filiais, estão intrinsecamente ligados entre si;
- a parentalidade positiva confere uma enorme responsabilidade no respeito pela dignidade e direitos das crianças, cabendo aos pais assegurar um ambiente familiar acolhedor, seguro, de responsabilidade e de empenho mútuo por parte de todos os membros da família, bem como de aprendizagem positiva e de disponibilidade para com a criança, utilizando uma disciplina assertiva.
- como está consagrado na Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas, a criança tem direito ao bem-estar, à protecção, à segurança e a uma educação que respeite a sua individualidade;
- se torna necessária uma nova atitude no relacionamento dos pais com as suas crianças bem como novas exigências no exercício das responsabilidades parentais; uma atitude que reconheça a criança como pessoa que tem necessidades e opiniões, que a estruture e responsabilize, que a valorize ajudando-a a adquirir auto-estima, promovendo o seu bem-estar;
- esta Convenção dos Direitos da Criança, da mesma forma que impõe obrigações aos pais, estabelece os deveres por parte dos poderes públicos e da comunidade no apoio às famílias;
- existe um crescente interesse, a nível da União Europeia, pelas políticas de apoio à criança e às famílias, bem como uma maior disposição para um envolvimento institucional em áreas tradicionalmente encaradas como pertencentes ao domínio privado dos indivíduos e que esse interesse abrange a promoção de programas que criem condições de inclusão para as crianças e suas famílias e, ainda, o desenvolvimento de medidas promotoras de uma parentalidade positiva;

- este clima de mudança foi potenciado pela persistência de níveis inaceitáveis de pobreza infantil na Europa e pela preocupação em quebrar o ciclo de pobreza entre gerações;
- no campo da parentalidade positiva, o Conselho da Europa considerou que uma educação não violenta é uma verdadeira questão dos Direitos do Homem, entendendo como essencial que os Estados garantam os Direitos das Crianças enquanto indivíduos redefinindo não só o lugar das crianças na Sociedade como a própria relação entre pais e as crianças, pelo que, foi acordado que o conceito de parentalidade positiva engloba a necessidade de abolição dos castigos corporais e a protecção contra todas as formas de violência, incluindo o abuso de crianças no seio das próprias famílias, salientando que não só os Estados têm responsabilidade neste domínio mas que igualmente recaem responsabilidades sobre as próprias famílias e todos os membros da comunidade;
- o reconhecimento legal de uma relação de filiação constitui-se como o primeiro passo para estabelecer os direitos das crianças e as responsabilidades dos pais, que vão muito além dos aspectos básicos, nomeadamente, o de proporcionar um ambiente de crescimento afectuoso, seguro, estimulante e moralmente adequado, de modo a criar cidadãos responsáveis, num quadro de valores e de princípios adequados, sendo esta responsabilidade repartida por ambos os pais;
- constituem aspectos protectores aqueles que tornam as famílias menos vulneráveis, promovendo a qualidade de vida dos seus membros, os pais devem assegurar factores protectores individuais, familiares e sociais de suporte.

O projecto de lei n.º 509/X(3.ª), composto por seis artigos, encontra-se estruturado da seguinte forma: Artigo 1.º — Procede à alteração dos artigos 1585.º, 1676.º, 1773.º, 1774.º, 1775.º, 1776.º, 1778.º, 1778.º-A, 1779.º, 1781.º, 1785.º, 1789.º, 1790.º, 1791.º, 1792.º, 1793.º, 1901.º, 1902.º, 1903.º, 1904.º, 1905.º, 1906.º, 1907.º, 1908.º, 1910.º, 1911.º, 1912.º e 2016.º do Código Civil; Artigo 2.º — Propõe o aditamento dos artigos 1777.º-A, 2016.º-A, 2016.º-B e 2016.º-C ao Código Civil; Artigo 3.º — Revoga os artigos 1780.º, 1782.º, n.º 2, 1783.º, 1786.º e 1787.º do Código Civil; Artigo 4.º — Procede à substituição da expressão «Poder paternal» por «responsabilidades parentais» em todos os diplomas legais e nas repartições oficiais; Artigo 5.º — Determina a entrada em vigor da nova lei «30 dias após a sua publicação»; Artigo 6.º — Determina a republicação dos artigos 1585.º e 1676.º, da Secção I, do Capítulo XII, do Título II, do Livro IV e da Subsecção IV, da Secção II, do Capítulo II, do Título III, do Livro IV, todos do Código Civil. (Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias - aprovado por unanimidade (registando-se a ausência do CDS-PP, do BE e de Os Verdes) em 16 Abril de 2008 - em que foi **Deputado Relator** o Vice-Presidente da supracitada comissão parlamentar permanente, Mestre Dr. **António Edmundo Barbosa Montalvão Machado** (PSD), publicado no DAR-II-A-082 de 17/04/2008.)

NOTAS DE FIM

ⁱ Artigos 272.º-A a 272.º-C do Código do Registo Civil, aditados pelo Artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 324/2007, de 28 de Setembro.

Artigo 272.º -A (**Partilha do património conjugal**)

1 — Os cônjuges podem proceder à partilha dos seus bens comuns no âmbito do processo de separação judicial de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento.

2 — São pressupostos da partilha do património conjugal quanto aos bens imóveis, móveis ou participações sociais sujeitos a registo:

a) A inexistência de dúvidas quanto à identidade e à titularidade dos bens a partilhar;

b) O seu registo definitivo a favor dos cônjuges.

3 — O acordo é homologado pela decisão que decreta o divórcio, tendo os mesmos efeitos previstos na lei para outras formas de partilha.

4 — A recusa de titulação da partilha não obsta à promoção do procedimento de divórcio ou de separação de pessoas e bens por mútuo consentimento.

5 — Por portaria do membro do Governo responsável pela área da justiça podem ser definidas as condições de verificação dos pressupostos referidos no n.º 2.

Artigo 272.º -B (**Sequência de actos**)

1 — No âmbito da partilha do património conjugal, o serviço de registo procede aos seguintes actos, pela ordem indicada:

a) Elaboração de documento, conforme à vontade dos interessados, que titule a partilha, seguida da leitura e explicação do respectivo conteúdo;

b) Promoção da liquidação e do pagamento dos impostos relativos à partilha, nos termos declarados pelo contribuinte;

Artigo 272.º -C (**Remissão**)

À partilha do património conjugal são aplicáveis, com as necessárias adaptações, o n.º 4 do artigo 210.º -A e os artigos 210.º -E, 210.º -I, 210.º -J e 210.º -N.

ⁱⁱ Código do Processo Civil

ARTIGO 1420.º (Convocação da conferência)

1. Não havendo fundamento para indeferimento liminar, o juiz fixará o dia da conferência a que se refere o artigo 1776.º do Código Civil, podendo para ela convocar parentes ou afins dos cônjuges ou quaisquer pessoas em cuja presença veja utilidade.

2. O cônjuge que esteja ausente do continente ou da ilha em que tiver lugar a conferência ou que se encontre impossibilitado de comparecer poderá fazer-se representar por procurador com poderes especiais.

3. A conferência poderá ser adiada por um período não superior a 30 dias quando haja fundado motivo para presumir que a impossibilidade de comparecimento referida no número anterior cessará dentro desse prazo.

ARTIGO 1422.º (Suspensão ou adiamento da conferência)

1. ...

2. Quando algum dos cônjuges falte à conferência, o processo aguardará que seja requerida a designação de novo dia.

ARTIGO 1424.º (Irrecorribilidade do convite à alteração dos acordos)

Não cabe recurso do convite à alteração dos acordos previstos nos artigos 1776.º e 1777.º do Código Civil.

ⁱⁱⁱ Artigos 1.409.º a 1.411.º do Código do Processo Civil

CAPÍTULO XVIII

Dos processos de jurisdição voluntária
SECÇÃO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

ARTIGO 1409.º (Regras do processo)

1. São aplicáveis aos processos regulados neste capítulo as disposições dos artigos 302.º a 304.º.
2. O tribunal pode, no entanto, investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes; só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias.
3. As sentenças são proferidas no prazo de 15 dias.
4. Nos processos de jurisdição voluntária não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso.

ARTIGO 1410.º (Critério de julgamento)

Nas providências a tomar o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adoptar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna.

ARTIGO 1411.º (Valor das resoluções)

1. Nos processos de jurisdição voluntária as resoluções podem ser alteradas, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, com fundamento em circunstâncias supervenientes que justifiquem a alteração; dizem-se supervenientes tanto as circunstâncias ocorridas posteriormente à decisão como as anteriores, que não tenham sido alegadas por ignorância ou outro motivo ponderoso.
2. Das resoluções proferidas segundo critérios de conveniência ou oportunidade não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça.

Bibliografia

A Ausência do Pai, Celeste Malpique, *Afrontamento*

A Parentalidade, **Bayle, Filomena**, in *Psicologia da Gravidez e da Parentalidade*, capítulo 12, Fim de Século, Lisboa (2005).

A Responsabilidade do Estado pela Administração da Justiça. O Erro Judiciário e o Anormal Funcionamento, **Catarino, Luís Guilherme**, Almedina (Maio 1999).

Amor de Pai, **Ribeiro, Maria Saldanha Pinto**, Livros d'hoje / Dom Quixote (2007).

As Crianças não São Adultos, **Royer-Copper, Béatrice**, Caleidoscópio, Lisboa (2008).

Creating a Successful Parenting Plan: A Step-By-Step Guide for the Care of Children of Divided Families, **Major, A. Jayne, Santa Monica**, CA: Breakthrough Parenting, Inc. (2002).

Decidir sobre as Crianças, Richard Schaffer, Piaget, (2000)

Divórcio em Portugal: Ditos e Interditos, **Torres, Anália Cardoso**, Celta Editores, Oeiras (1996).

Domestic Violence, Custody, and Visitation, Fineman, Martha A., *Family Law Quarterly* 36: 211 (Primavera 2002)

Édipo és Tu – Experiências Pedopsiquiátricas, **Rufo, Marcel**, Pergaminho, 1.ª Edição (2002).

Em Defesa da Criança – Teoria e Prática Psicanalítica da Infância, Teresa Ferreira, Assírio & Alvim, (2002)

Família, Divórcio, Parentalidade - Que Relações, Guerra, Paulo, in *Psicologia da gravidez e da Parentalidade*, capítulo 13, Fim de Século, Lisboa (2005).

Famílias e Maus Tratos às Crianças em Portugal – Relatório Final, Ana Nunes de Almeida, Isabel Margarida André e Helena Nunes de Almeida, Edição Assembleia da República, Lisboa, 2001

La notion du meilleur intérêt de l'enfant – Applications Judiciaires et Psychosociales, Lorriane Fillion, *Couples et Parent des Années 80, Questions de Culture, Institut Quebécoise de la Recherche sur la Culture*, Março 1987

Novas e Velhas Parentalidades, Leal, Isabel, in *Psicologia da gravidez e da Parentalidade*, capítulo 14, Fim de Século, Lisboa (2005).

Novas Formas de Família, Ana Paula Relvas e Madalena Alarcão (Coords.), *Colecção Psicologia Clínica e Psiquiatria*, Quarteto Editores, Coimbra (2002)

O Pai. Paternidade em Transição, Gomez, Rita M., in *Psicologia da gravidez e da Parentalidade*, capítulo 10, Fim de Século, Lisboa (2005).

Omissão e Dever de Agir em Direito Civil. Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão, Almedina, Coimbra (1999)

Parent Education and Custody Effectiveness Handbook, The Family Mediation Centre, adaptado do *Parent Education and Custody Effectiveness Handbook for Parents*, um programa de formação conjunto da Hofstra University School of Law e a Hofstra University School of Education Graduate Programs in Marriage and Family Counseling.

Proposed Guidelines, Standards, and Requirements for Parent Education Program, New York Parent Educational Advisory Board (2003)

Psicologia da gravidez e da Parentalidade, Leal, Isabel, Fim de Século, Lisboa (2005)

Separação e Divórcio: Um Olhar Feminino, Pinto, Henrique Almeida e Pereira, Maria da Graça, 1.ª Edição (Março 2005)

Síndrome de Alienação Parental, Aguilar, José Manuel, Caleidoscópio, Lisboa (2008)

Surviving the Breakup, Wallerstein, J., Kelly, J., Nasic Books, Inc., New York, 1980

The Effectiveness of Custody Decisions, Custody Evaluations: Prior Considerations, Interventions for Children of Divorce, William F. Hodges, 1986, New York

The Epistemology of Child Custody Evaluations: The Value of Austin`s Convergent Multitmodal Approach, Kirkland, Karl, Family Court Review 40: 185 (Abril 2002)

The Scientific Basis of Child Custody Decisions (Kindle Edition), Galatzer-Levy, Robert M. e Kraus, Louis, (1999)

Vida, Pensamento e Obra de João dos Santos, Maria Eugénia Carvalho e Branco, Livros Horizonte, Março 2000.

Vinculação, Conceitos e Aplicações, Guedeney, Nicole e Guedeney, Antoine (Coords.), Climepsi, 1.ª Edição, Lisboa (Janeiro 2004).

When is a Parent Out of the Picture? Different Custody, Different Perceptions, Marla Beth Isaacs, Ph. D., George H. Leon, Ph.D., Marsha Kline, M.S., in Family Process, Inc, Vol. 26, March 1987

A Resiliência. Ultrapassar os Traumatismos, Anaut, Marie, (2002)

Os Pais e a Aprendizagem dos Filhos, Redding, Sam, Departamento Internacional de Educação da Academia Internacional de Educação. Tradução para português pela Doutora Maria Helena Santos Silva, professora auxiliar de Metodologia de Ensino das Ciências na Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro, Vila Real, Portugal, UNESCO, Série Práticas Educativas – 2 (2002).

Evaluating parental effects on child development, Coleman, J. S., Review of Research in Education, 6, 47-119 (1990).

Home environment, social status, and mental test performance. *Journal of Educational Psychology, 69, 697-701.* Carr, A. A. e Wilson, R. (1997).

Parent involvement: What the research says to administrators. *Education and Urban Society, 19, 119-136.* Epstein, J. e Dauber, S. (1991).

The forgotten factor in school success: The family. Washington, DC: The Home and School Institute. Redding, S. (1991).

Psychosocial resilience and protective mechanisms. En: J. Rolf, A.S. Masten, D. Cicchetti, K.H. Nuechterlein e S. Weintraub (Eds.), *Risk and protective factors in the development of psychopathology* (pp. 181-214). New York: Cambridge University Press. Sergiovani, T. J. (1994).

Risk and resilience: Contextual influences on the development of African-American adolescents. En: M. C. Wang & E. W. Gordon (eds.). *Educational resilience in inner-city America: Challenges and prospects* (pp. 119-130). Hillsdale, NY: Erlbaum Associates. Walberg, H. J. (1984).

DO DIREITO DE CRIANÇAS E JOVENS

A TUTELA PENAL

DO SUPERIOR INTERESSE

À MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAIS

“A Família continua a ser a célula básica, o grande mediador cultural, a essencial matriz biológica e afectiva para o desenvolvimento harmonioso da criança e a realização do adulto”.¹

Contudo, a família de hoje já não é a do modelo, dito, tradicional. De facto, a família perdeu o seu cariz institucional, tendo, em contrapartida, sido reforçada a sua intimidade e o seu papel como factor de realização afectiva dos cônjuges e filhos, e na socialização e aculturação destes.

É o que nos mostram as estatísticas² e a experiência de cada um de nós.

Alguns autores chegam mesmo a afirmar que a família ocidental de hoje é uma “família pacto”³, onde o interesse do indivíduo se sobrepõe ao interesse do grupo.

Por isso, o Estado deverá dedicar à família uma atenção cada vez maior ou, caso contrário, poderão perder-se para sempre os valores sociais mais elementares.

Também a ONU, quando proclamou 1994 como o “**Ano Internacional da Família**”⁴, ao concluir que o processo de rápidas mudanças demográficas e sócio-económicas verificado em todo o mundo influenciou os padrões de formação da família e a vida familiar, estabeleceu como um dos objectivos “desenvolver as políticas e as leis que melhor apoiem a família, contribuam para a sua estabilidade e tenham em conta a sua pluralidade de formas”.

A ambição do estado social moderno é de assegurar a estabilidade da família.

E, nesse sentido, há que velar também para que o Direito, enquanto direito natural, e a sua aplicação, reflectam a realidade social e assegurem efectivamente os direitos de todos - ainda que para isso se tenha, por vezes, de romper com o *status quo*.

As consequências do crescimento da divorcialidade e da coabitação enchem de incerteza o futuro da “Família”.

¹ Armando Acácio Gomes Leandro, comunicação “Ajuda à decisão, ajuda aos pais, aos filhos e à justiça em caso de separação e divórcio”, Junho de 1986.

² *A Situação Social em Portugal, 1960-1995*, Organização de António Barreto, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Abril de 1996; Eurostat (Yves-Thibault de Silguy e Pádraig Flynn), *Les femmes et les hommes dans l’Union européenne, Portrait statistique*, 1995; Mário Leston Bandeira, *Demografia e Modernidade, Família e Transição Demográfica em Portugal*, INCM, 1996.

³ *A Situação Demográfica na União Europeia* - Relatório 1994, DGV-COM(94) 595, Comissão Europeia, pág. 63; Louis Roussel, professor honorário da Sorbonne, *La Famille Source d’Avenir*, Projet - Société Recherche Famille, revista trimestral, n.º 239, Outono de 1994, págs. 7 a 15.

⁴ Assembleia-Geral das Nações Unidas, Resolução 44/82 de 9 de Dezembro de 1989.

Segundo o investigador francês Paul Martinot-Lagarde, 11% das crianças com idades dos 0 aos 3 anos, 15% dos 4 aos 7 anos, 17% dos 8 aos 11 anos e 21% dos 12 aos 15 *não* vivem com os dois pais biológicos⁵.

De que forma irá esta vivência influenciar a maneira como as crianças de hoje viverão amanhã as suas vidas de casal ?

A Criança tem o seu papel social firmemente cimentado.

A Carta Europeia dos Direitos da Criança⁶ e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança⁷ obrigam os Estados signatários, podemos dizer, a humanidade, a respeitar o menor como sujeito de um conjunto de direitos por forma a assegurar o seu normal, saudável e completo desenvolvimento, tanto ao nível físico como psíquico e intelectual.

Contudo, a mutação da Família, o aumento do número dos divórcios, a diminuição do número de casamentos, a aparição das novas entidades familiares (as famílias monoparentais, biparentais, alargadas, reconstituídas, etc.), em suma, a realidade social da família de hoje, e principalmente quando a célula familiar se dissolve, enchem de interrogações o destino da criança; qual o seu lugar e qual o futuro da sua relação com os dois progenitores.

E todos sabemos quão importante é para o desenvolvimento harmonioso da criança, para o seu normal crescimento afectivo, que esta se possa identificar com os dois progenitores, nos seus comportamentos e nas relações que mantêm com cada um deles, bem como nas relações com irmãos e ascendentes e restante família alargada.

Daí que a citada Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, no seu artigo 9.º § 3. determina:

“Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos ...”

e o Parlamento Europeu⁸, ao reconhecer *“que a protecção da criança deve ser orientada de acordo com o interesse superior da criança, com os princípios da liberdade e da dignidade da mesma”*, e atendendo a que *“se verificam cada vez mais raptos de crianças perpetrados por um dos membros do casal”*, estabelece na Carta Europeia dos Direitos da

⁵ Pierre Martinot-Lagarde, *Émergence et crise du mariage-contrat*, Projet - Société Recherche Famille, revista trimestral, n.º 239, Outono de 1994, pág. 50; recenseamento francês de 1990 - 15% das crianças com menos de 18 anos vivem apenas com um dos pais biológicos, sendo que 1,1% com o pai, 8,7% com a mãe e 5,5% com a mãe ou com o pai inseridos numa nova família, dos quais 2,9% têm meios irmãos e irmãs.

⁶ Carta Europeia dos Direitos da Criança, resolução A3-0172/92 do Parlamento Europeu (JO n.º C 241 de 21.9.92).

⁷ United Nations General Assembly, Documento A/RES/44/25 de 12 de Dezembro de 1989; Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, publicada no Diário da República de 12/09/1990.

⁸ Resolução A3-314/91 sobre os problemas da criança na Comunidade Europeia (JO n.º C13 de 20.01.92, pág. 536 e 537).

Criança⁹ que “em caso de separação de facto, separação judicial, divórcio dos pais ou anulação do casamento, a criança tem direito a manter contacto directo e permanente com os dois progenitores”, e insta os Estados-membros a adoptarem rapidamente “as medidas oportunas para impedir o sequestro das crianças, a sua retenção ou não devolução ilegais”, salientando que “os processos judiciais instituídos devem ser capazes de solucionar os litígios económica e rapidamente e ser de fácil aplicação em toda a Comunidade”.

Também na Constituição da República Portuguesa o interesse do menor está consagrado como critério decisor¹⁰, estando também expresso claramente no Código Civil (n.º 1 do art.º 1878.º e n.º 2 do art.º 1905.º) e na Organização Tutelar de Menores (art.º 180.º).

O n.º 2 do artigo 1905.º do Código Civil, na redacção dada pela Lei n.º 84/95 de 31 de Agosto, determina que “na falta de acordo, o Tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiado”.

Esta especificação de um dos itens que faz parte do interesse do menor demonstra, na aplicação do princípio da efectividade dos direitos fundamentais, a preocupação do legislador de querer assegurar que determinados direitos, indispensáveis à realização do direito fundamental constitucionalmente garantido (n.º 3 do artigo 36.º da C.R.P.) à educação dos filhos, como, por exemplo, o direito de estabelecer relações com estes e de participar nas grandes opções relativamente à pessoas destes, fossem concretizados na grande proximidade dos filhos com o progenitor a quem não são confiados.

Na verdade, a relação directa entre o progenitor a quem os filhos não foram confiados e estes, constitui um direito fundamental daquele, uma vez que é uma concretização do art.º 36.º, n.º 6 da C.R.P., segundo o qual os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e, mesmo nesta circunstância, sempre mediante decisão judicial.

Contudo, na nossa opinião, a vontade expressa do legislador carece de alguma concretização, como iremos expor mais adiante.

⁹ *Idem* nota 6, § 8.13. da resolução.

¹⁰ *Vide* Maria Clara Pereira de Sousa de Santiago Sottomayor, **Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens**, Universidade Católica Portuguesa - Editora, Porto, 1995, pág. 194 onde a autora “recorrendo ao art.º 36.º, n.º 6 da Constituição, que consagra o direito dos pais à educação dos filhos, sem distinguir entre família intacta e a família cindida pelo divórcio ou pela separação”, conclui “que o sentido e a finalidade da lei sobre a regulamentação do exercício do poder paternal após o divórcio ou a separação judicial de pessoas e bens implicam que os pais disponham de um poder de concretização do interesse da criança”; o interesse da criança é unanimemente identificado, pelos especialistas das ciências sociais e humanas e também pela jurisprudência, com a estabilidade das condições de vida da criança, do seu ambiente físico e das relações afectivas, cfr. I. Thery, **La Référence L’Intérêt de L’Enfant, du Divorce et des Enfants**, Travaux et Documents, Cahier n.º 111, Presses Universitaires de France, 1985, pág. 59.

Agora que os progenitores homens estão cada vez mais participativos e interessados em acompanhar o desenvolvimento das suas crianças desde a mais tenra idade, são cada vez mais frequentes os litígios entre o pai e mãe que têm por objecto os filhos.

A função micro-social da criança, e o significado afectivo que assume, parecem contribuir para este aumento de conflitos.

O exercício do poder paternal não é, já há muito, um direito de domínio do *paterfamilias*¹¹.

No direito romano, principalmente nas primeiras leis e na última República, quando a lei era escrita por Servius, a tutela dos menores, imposta por lei a todas as crianças romanas *sui iuris* (que não tivessem *pater familias*) ou *impubes* (de menor idade), era exercida para proteger o direito de propriedade¹². Mas sente-se, particularmente no final da última República, que a tutela é cada vez mais exercida no interesse da criança¹³.

A criança também já não é mais um instrumento de trabalho ou de provento económico para a família.

De facto, a ideia de criança está hoje firmemente ligada à ideia de amor e de protecção, pelo que, por vezes, os pais querem, mesmo após a separação, deter um monopólio afectivo sobre a criança, o que explica a existência de litígios entre estes acerca da atribuição da guarda dos filhos e em torno do exercício do direito de visita.

Apesar de estar consignado que aquilo que deve prevalecer, única e exclusivamente, é o interesse superior da criança, os adultos reivindicam, frequentemente, um “direito à criança”, como se esta se tratasse de um objecto, muitas vezes não motivados pela protecção do interesse desta, mas apenas pela fonte de reconhecimento social que a guarda da criança simboliza¹⁴, e porque ela contribui, de alguma forma, egocentricamente, para a realização e satisfação pessoal dos progenitores.

É por isso legítima a preocupação do legislador em que a criança mantenha um contacto directo e permanente com os dois progenitores, e em particular a manutenção de uma relação de grande proximidade com aquele a quem não está confiado.

No nosso caso, em que o legislador deu uma nítida preferência à guarda única, em relação às outras formas de guarda dos menores após a separação dos pais, nomeadamente a guarda conjunta, só está assegurado o contacto dos filhos com um dos progenitores, já que

¹¹ Cfr. Jacques Commaille, *Familles Sans Justice?*, Le Centurion, 1982, pág. 136.

¹² Andrew Borkowski, *Textbook on Roman Law*, p. 128, - “Tutelage is, as Servius defines it, force and power and all owed by the civil law over a free person, for the protection of one who, on account of his age, is unable to protect himself of his own accord”.

¹³ A. Watson, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford: Clarendon Press, 1974; Luigi Mengoni, *Affidamento del Minori nei Casi di Separazione e dei Divorzio*, *JUS*, 1-2, 1983.

¹⁴ Rubellin-Dévichi, *Jurisprudence Française en Matière de Droit Civil, Autorité Parentale*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, ano 86.º, n.º 4, 1978, pág. 738.

o exercício do poder paternal inclui o direito, deste pai, de decidir sobre o lugar de residência dos menores¹⁵.

Confiar os filhos a apenas um dos progenitores corresponde à concessão de uma “*posição privilegiada*” a esse progenitor, destruindo de forma particularmente dolorosa a igualdade entre os pais, “*pois põe em causa direitos adquiridos*”¹⁶.

É certo que o progenitor a quem os filhos são confiados não exerce o poder paternal de modo totalmente exclusivo¹⁷, porque deve respeitar o direito de visita do outro progenitor, e o seu exercício do poder paternal não pode ser exercido de modo totalmente discricionário, pois tem de contar com o exercício pelo outro progenitor de um direito de controlo ou de vigilância que lhe é reconhecido pela lei¹⁸.

Contudo, estes direitos têm sobretudo um valor simbólico, significando que o progenitor não guardião não foi afastado da vida da criança nem inibido dos seus direitos. Estes direitos, de visita (às relações de visita) e de vigilância têm, ou pretendem ter, também, uma função prática, conferindo ao progenitor que não reside com a criança um papel, ainda que indirecto e limitado, na educação desta.

O direito às relações pessoais dos filhos com os pais, e vice-versa, é um direito natural¹⁹, nascido do amor paterno e materno, que resulta da natureza - a relação biológica de geração - e é reconhecido pela lei²⁰.

Genericamente, consiste no direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afectivos conviverem. No contexto da separação ou divórcio, significa o direito de o progenitor sem a guarda dos filhos se relacionar e conviver com estes, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal em virtude da falta de coabitação dos pais. Substitui, assim, o convívio diário entre este progenitor e os seus filhos, existente antes da separação.

Contudo, este direito é permanentemente violado.

A recusa do “direito de visita” foi já alvo de inúmeros estudos²¹.

¹⁵ Veja-se, por exemplo, a definição do conceito de ‘custódia’ no Art.º 5.º alínea a) da Convenção de Haia sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças, de 25 de Outubro de 1980 - entrou em vigor em Portugal em 1-12-83, Decreto-Lei n.º 33/83 de 11 de Maio, aviso no Diário da República de 31-5-84.

¹⁶ *Idem* Maria Clara Pereira de Sousa de Santiago Sottomayor, ob. cit. nota 10, pág. 205.

¹⁷ Cfr. Raymonde Legeais, *L’Autorité Parentale*, § 107.

¹⁸ Direitos fundamentais, como já vimos, garantidos pela C.R.P. e expressos no C.C. e na O.T.M.

¹⁹ *Idem* Maria Clara Pereira de Sousa de Santiago Sottomayor, ob. cit. nota 10, pág. 220.

²⁰ Ainda que o não fosse, a sua existência não seria afectada pelo silêncio do legislador relativamente à consagração deste direito ou pela omissão do julgador na regulação judicial do seu exercício.

²¹ D. H. Demo e Alan C. Acock, *The Impact of Divorce on Children*, Journal of Marriage and the Family, n.º 50, 1988; Robert E. Emery, *Marriage, Divorce and Children’s Adjustment*, 1988; E. Marvis Hetherington e outros, *Divorced Fathers*, Family Coordinator n.º 25, 1976; Marsha Kline e outros, *The Long Shadow of Marital*

Tratando-se, como é, de um direito-função, é exercido não no interesse do progenitor detentor do direito, mas no dos filhos que têm o direito, que é também uma necessidade, de manter uma relação e um contacto directo e permanente com os dois progenitores²².

A recusa da criança ao exercício deste direito, conforme concluem os vários estudos, se não é ditada directamente pela mãe ou pelo pai, tem, pelo menos, a sua origem na recusa, quer explícita quer inconsciente, do progenitor guardião.

É, antes de mais, uma forma de se proteger. A criança sabe que qualquer atitude diferente levá-la-ia a um clima de guerra e retaliação, na sua própria casa. A melhor forma de sobreviverem é refugiarem-se no silêncio, ou repetir aquele discurso, tantas vezes proferido, e que serve de escudo ao seu imenso sofrimento²³.

O motivo mais frequentemente apontado para impedir o exercício do direito às relações pessoais é o medo.

Invocado massivamente pelas mães, dizem ter medo que as suas crianças sejam alvo de violência perpetrada pelos pais, e também que sejam por eles sonegadas ou raptadas.

Por detrás destes medos, existe um outro inconsciente, e portanto duplamente forte, e que é o medo de ver o direito de visita do pai por um fim à sua relação com a criança - têm medo que o seu papel enquanto progenitoras fique diminuído. De facto, o convívio com o pai vem perturbar ou interferir na relação fusional mãe-criança; no entanto, o interesse da criança deve sobrepor-se ao interesse egocêntrico do progenitor guardião.

Mães e Pais complementam-se no desenvolvimento psicológico dos seus filhos.

Os trabalhos de pesquisa²⁴ indicam que a maior parte das consequências negativas da separação e do divórcio podem ser minorados através da manutenção e do reforço de uma relação contínua e próxima com os dois progenitores.

Conflict: A Model of Children's Postdivorce Adjustment, Journal of Marriage and the Family, n.º 53, 1991; J. Kunz, *The Effects of Divorce on Children*, in Family Research: A review from 1900 to 1990, Stephen J. Bahr editores, 1992; Jeanne M. Tschann e outros, *Family Process and Children's Functioning During Divorce*, Journal of Marriage and the Family, n.º 51, 1989; Judith S. Wallerstein, *The Overburned Child: Some Long-Term Consequences of Divorce*, Soc. Work n.º 30, 1985; Judith S. Wallerstein e Sandra Blakeslee, *Second Chances: Men, Women and Children a Decade after Divorce*, 1989.

²² A importância da relação da criança com o progenitor a quem não está confiada está sobejamente documentada; ver também J. B. Kelly, *Long-term Adjustment in Children of divorce: converging findings and implications for practice*, Journal of Family Psychology, 2, págs. 119 a 140.

²³ Cfr. Maria Saldanha Pinto Ribeiro, *As Crianças e o Divórcio, O Diário de Ana, Uma História para os Pais*, Edições Universitárias Lusófonas, 1997, pág. 124.

²⁴ Para além dos estudos mencionados na nota 21 ver também: H.B. Biller, *Paternal Deprivation*, Lexington M.A., Lexington Books, 1974; N. Davidson, *Life without father: American greatest social catastrophe*, Policy Review n.º 51; R. Levy-Shiff, *The Effects of father absence on young children in mother-headed families*, Child Development, Vol. 53, n.º10, 1982; G. Russell, *The father role and its relation to masculinity, femininity and androgyny*, comunicação apresentada no simpósio: Research on Women and Men, Australian Psychological Society Annual Conference, Adelaide, Austrália, 1977; K. Zinsmeister, *The Need for Fathers*, IPA Review, Vol. 46, n.º 1, 1993; L. Bisnaire, P. Firestone e D. Rynard, *Factors Associated with Academic Achievement in Children Following Parental Separation*, American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 60, n.º 1, Janeiro de 1990; Thomas S. Parish, *Children's Self Concepts: Are They Affected by Parental Divorce and Remarriage*, Journal of Social Behaviour and Personality, Vol. 2, n.º 4, 1987; Neil Kalter, Universidade de Michigan, *Long-Term*

A “contínua exposição a ambos os pais”²⁵ contribui para “um melhor ajuste ao divórcio”²⁶ e para uma “recuperação mais rápida do trauma emocional que possa ter resultado da separação dos seus pais”²⁷.

Estudos publicados há dez anos afirmam: “O envolvimento contínuo dos homens divorciados nas famílias em que as mães mantêm a guarda física dos filhos, tem sido reconhecida como um importante factor conducente à adaptação e bem-estar das crianças do divórcio”²⁸.

Esta melhor adaptação conduz a uma “diminuição da interiorização dos problemas”²⁹ e, conseqüentemente, a uma menor ansiedade e melhor auto-estima³⁰.

Está, portanto, estabelecido que o direito de visita enquanto forma de, após a separação, os pais estabelecerem relações pessoais com os seus filhos, é imprescindível para o bem-estar e o normal e integrado desenvolvimento psico-social das crianças, em virtude de contribuir positivamente para a superação dos eventuais problemas internos que tenham sido provocados pela rotura familiar.

O direito de visita, sendo um direito dos pais³¹, é também um direito das crianças.

É por isso que alguns autores falam de “vitimização” dos pais e das crianças³², e justificam a utilização deste termo em virtude de serem forçados a concluir, porque os dados de que dispõem o indicam de forma clara, que as acções dos progenitores a quem os

Effects of Divorce on Children: A Developmental Vulnerability Model, American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 57, n.º 4, Outubro de 1987.

²⁵ Mary Ann P Koch e Carol R. Lowery, *Visitation and the Noncustodial Father*, Journal of Divorce, Vol. 8, n.º 2, Inverno de 1984; ver também, Judith A. Seltzer, *Relationships between Fathers and Children Who Live Apart: The Father’s Role after Separation*, Universidade de Wisconsin-Madison, Journal of Marriage and the Family, Vol. 53, n.º 1, Fevereiro de 1991.

²⁶ *Idem* nota 25.

²⁷ Judith A. Seltzer, Nora Shaeffer e Hong-wen Charing, Universidade de Wisconsin, *Family Ties after Divorce: The Relationship Between Visiting and Paying Support*, Journal of Marriage and the Family, Vol. 51, n.º 4, Novembro 1989.

²⁸ Constance R. Ahrons e Richard B. Miller, *The Effect of the Post Divorce Relationship on Paternal Involvement: A Longitudinal Analysis*, American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 63, n.º 3, Julho de 1993, (*The continuing involvement of divorced fathers in families where mothers maintain physical custody has become recognized as an important mediating factor in the adjustment and well-being of children of divorce*).

²⁹ Gene Brody e Rex Forehand, Universidade da Georgia, *Interparental Conflict, Relationship with Noncustodial Father, and Adolescent Post-Divorced Adjustment*, Journal of Applied Psychology, Vol. 11, n.º 2, Abril-Junho de 1990.

³⁰ Amanda Thomas e Rex Forehand, *The Role of Paternal Variables in Divorced and Married Families*, American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 63, n.º 1, Janeiro de 1993.

³¹ **Veja-se o Art.º 1874.º do Código Civil que ao prever a existência de deveres mútuos traduz a realidade da relação de filiação, que não se estabelece somente no interesse dos filhos, mas também no dos pais - Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, pág. 369, Almedina, Coimbra, 1990 ; e ainda, as disposições dos artigos 1882.º e 1887.º do C.C., que visam proporcionar ao menor não só o enquadramento mais feliz, mas também proteger os laços afectivos dos pais em relação aos filhos - Jorge Miranda, *Sobre o Poder Paternal*, Revista do Direito e Estudos Sociais, págs. 38 a 40, Janeiro-Dezembro, Ano XXXII, 1990.**

³² William N. Bender e Lynn Brannon, *Victimization of Non-Custodial Parents, Grandparents, and Children as a Function of Sole Custody: Views of the Advocacy Groups and Research Support*, Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 21 (3/4), The Haworth Press, Inc., 1994, págs. 81 a 113.

menores estão confiadas, destinadas a impedir o direito de visita, são, quase sempre, esforços intencionais para atacar emocionalmente o outro pai.

Sustentam ainda, conjuntamente com outros autores³³, que o impedimento do regular convívio com o pai não detentor do poder paternal, tem por objectivo sabotar essa relação e fere emocionalmente pai e filhos, constituindo uma vitimização inaceitável.

De facto, as decisões judiciais não conseguem assegurar o direito do menor e do progenitor de manterem uma relação contínua e duradoura, porque os pais a quem os filhos estão confiados, devido, em parte, a serem detentores de uma autoridade absoluta sobre os menores³⁴, impedem o direito de visita, que se quer normal, regular e continuado.

A preocupação do Tribunal deve ser, também, a protecção do direito da criança a ter uma relação com os dois pais, e não pode permitir que essa preocupação seja considerada como um acto benévolo do progenitor a quem confiou o menor.

As decisões dos Tribunais são interdependentes³⁵, até porque as diferentes necessidades das crianças estão interligadas³⁶. Sendo certo que as sentenças judiciais, como sejam, por exemplo, sobre divórcio, anulação ou declaração de nulidade de casamento, adopção, reconhecimento judicial de paternidade ou da maternidade (ou sua impugnação), não podem ser postas em causa pelo juiz penal³⁷, o Direito Penal não deve, não pode ser, omissivo sobre a violação das necessidades das crianças e jovens.

A justiça para as crianças consiste em muito mais do que direitos formais.

As leis têm de ser acompanhadas dos mecanismos e dos recursos necessários para tornar efectivos esses direitos formais.

A tradição, a jurisprudência já firmada, e os precedentes não justificam a manutenção de situações que não garantam a efectividade dos direitos da criança.

No que concerne às decisões judiciais relativas ao suporte económico - a prestação de alimentos, devida pelo progenitor a quem os filhos não estão confiados -, o legislador, por estar perante um dever/direito³⁸ que põe em risco a subsistência do menor, penaliza o seu incumprimento³⁹.

³³ *Idem* ob. cit. nota 22 e J. Wallerstein e J. B. Kelly, *Surviving The Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*, Nova Iorque: Basic Books, 1980.

³⁴ Sobre este “poder/autoridade” veja-se Maria Saldanha Pinto Ribeiro, ob. cit. nota 23, pág. 141 - “na realidade quase tudo depende desse progenitor que ficou, diremos, com o controle da situação: este Pai que tem a guarda da criança, controla muitas vezes os sentimentos e os comportamentos do seu filho. Este Pai pode facilitar ou não o contacto, o desejo, a oportunidade da relação com o outro Pai”.

³⁵ Jessica Pearson e Jean Anhalt, *Examining the Connection Between Child Access and Child Support*, Family and Conciliation Court Review, Vol. 32, n.º 1, Janeiro 1997, Sage Publications, Inc., pág. 108.

³⁶ Malcolm Hill e Stewart Asquit, *Justice for Children - A Story Without an Ending*, in Justice for Children, editado por Stewart Asquit e Malcolm Hill, Martinus Nijhoff Publisher, pág. 144.

³⁷ J.M. Damião da Cunha, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 623

³⁸ Cfr. Art.º 1874.º, 1878.º e 1879.º do Código Civil.

³⁹ Cfr. *Código Penal* de 1995 - art.º 250.º (violação da obrigação de alimentos).

Os estudos efectuados sobre a prestação de alimentos constataam que o aumento das penalidades legais têm contribuído para um maior cumprimento das responsabilidades económicas dos progenitores^{40,41}.

Está, portanto, estabelecido que o direito de visita enquanto meio de os pais, após a separação, estabelecerem relações pessoais com os seus filhos, é imprescindível para o bem-estar e o normal e integrado desenvolvimento psico-social das crianças.

Há que assegurar que assim aconteça⁴².

No sentido de proporcionar à criança um exercício pacífico e estável do direito de visita, permitindo-lhe um contacto fácil com o progenitor a quem não foi confiada, alguns autores propõem que aquela seja confiada ao pai que mostrar maior capacidade de cooperação com o outro quanto à fixação das condições do direito de visita.

Na jurisprudência americana esta tendência é muito forte e este critério está mesmo consagrado legalmente nos estatutos de alguns dos Estados, aliás como acontece presentemente no nosso Código Civil, após as introduções introduzidas no art.º 1905.º pela Lei 84/95, de 31 de Agosto⁴³.

No mesmo sentido, o Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) alemão, no § 1634, 1 prevê uma cláusula segundo a qual cada um dos pais se deva abster de tudo o que possa prejudicar a relação da criança com o outro progenitor⁴⁴. O seu incumprimento pode ter como consequência uma revisão da decisão sobre a atribuição da guarda (§ 1696, 1 BGB).

Similarmente, o nosso direito da família apresenta-nos como medidas a propositura de uma acção de alteração do regime do exercício do poder paternal, com base no art.º 182.º da O.T.M., n.º 1, 1.ª parte, ou uma medida de assistência educativa, mas só em caso de perigo para o menor, ou a suspensão da obrigação de alimentos e, ainda, a norma expressa na O.T.M., segundo a qual nos casos em que um dos progenitores não cumpra a decisão judicial ou o acordo que regula o exercício do poder paternal, o progenitor vítima do comportamento do outro tem a possibilidade de requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até €249,40 e em indemnização a favor do menor ou do requerente, ou de ambos..

⁴⁰ O facto de 73 % dos homens confirmarem um suporte financeiro regular das suas crianças indica um maior envolvimento financeiro dos pais sem a guarda e ter como razão a aplicação de penalidades legais - cfr. Mary Ann P Koch e Carol R. Lowery, ob. cit. nota 25, pág. 60.

⁴¹ De facto, apesar de o art.º 181.º da O.T.M. se referir a qualquer inobservância do regime do exercício do poder paternal, o legislador sanciona de forma muito mais severa a não prestação de alimentos (*vide* nota 38), dotando o julgador de medidas executivas e coactivas bem definidas e que são utilizadas sempre que necessário. Já o mesmo não acontece com as medidas possíveis de serem usadas para se tornar efectivo o direito de visita.

⁴² Conforme sustenta o **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**, o **artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem** inclui o direito de serem aplicadas medidas efectivas com vista a que os pais tenham contacto com os filhos, e a obrigação por parte das autoridades nacionais a tomarem tais medidas - Processos **TEDH Eriksson v. Suécia**, A n.º 156: 12 EHRR 183, § 71 e **Anderson v. Suécia**, A n.º 226-A: 14 EHRR 615, § 91.

⁴³ Cfr. Maria Clara Sottomayor, **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**, Almedina, 1997, pág. 42.

⁴⁴ A jurisprudência alemã chega mesmo a falar de uma obrigação do progenitor a quem o menor foi confiado em “utilizar, caso seja necessário, a sua autoridade para ultrapassar os caprichos das crianças” - cfr. Dieter Schwab, **Handbuch des Scheidung Recht**, Verlag Franz Vahlen München, 1987.

Mas constatamos que estas medidas não são suficientes.

A morosidade da máquina judicial e, lamentamos dizer-lo, a sistemática falta de acção efectiva por parte das magistraturas, também, na aplicação das medidas punitivas e outras, tornam um número demasiadamente elevado de crianças em “orfãos de pai”.

Perante o crescente número de conflitos gerados em torno do direito de visita, se este direito não obtiver uma protecção eficaz, ficará reduzido praticamente a nada e servirá de muito pouco ao seu titular o ser-lhe ou não concedido, o que, conjuntamente com a convicção de impunidade que tal situação gera, constitui um sério desprestígio para a instituição e para o próprio ordenamento jurídico.

Toda esta situação põe em risco a criança.

Parafraseando a Convenção sobre os Direitos da Criança da ONU, o Estado respeita o direito da Criança de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores.

E o Estado deve fazer com que os cidadãos, independentemente da relação familiar que mantenham com a criança, respeitem a Criança e os seus Direitos.

É por isso necessário dar, explicitamente, ao **direito às relações pessoais** uma **tutela penal**. A Criança merece que, tal como se pune criminalmente quem faz perigar a sua sobrevivência por violação da prestação de alimentos, se puna igualmente quem faz perigar o seu bom e integral desenvolvimento por violação do direito às relações pessoais.

Pretende-se, com uma medida desta natureza, que os pais a quem os filhos estão confiados menosprezem menos este direito das crianças. Dada a inserção sistemática do artigo 249.º nos crimes contra a família, no Código Penal, caberão no seu âmbito de tipificação as obrigações que se fundamentem numa relação jurídico-familiar⁴⁵.

Com a possibilidade expressa na Lei de punir quem viole, injustificadamente, o direito da criança em conviver e manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não está confiada, a magistratura tem à sua disposição um mecanismo, que para além de dissuadir, é ele mesmo gerador de acção - acção por parte do progenitor a quem a criança está confiada que promoverá os convívios desta com o outro progenitor, acção por parte do progenitor a quem o menor não está confiada que pagará mais prontamente as prestações de alimentos e, acção por parte do sistema judicial que poderá penalizar quem incumpra dolosamente o regime de visitas que foi decidido judicialmente ou acordado entre ambos os progenitores.

A doutrina portuguesa tem entendido que a recusa do progenitor a quem o menor está confiada de entregar ao outro o filho, ainda que contra uma ordem judicial, não constitui um crime, embora seja um acto civilmente ilegal.⁴⁶

⁴⁵ J.M. Damião da Cunha, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 625

⁴⁶ “... face à actual redacção do tipo legal, não constitui “subtracção de menor” a recusa, por parte do legítimo titular dos poderes, em garantir o direito de visita ao outro progenitor (ou progenitores). ... parece que hoje a

A jurisprudência francesa, por exemplo, já não partilha desta posição. O tribunal de «Cassation» decidiu que o art.º 357.º do código penal francês se aplica também ao direito de visita.

É também na jurisprudência francesa que verificamos que a recusa da criança ao exercício do direito de visita, devido à forte probabilidade de esta ser gerada por influência do progenitor guardião, não é admitida como causa justificativa da responsabilidade penal em que o progenitor guardião incorre, se não permitir as visitas ao outro progenitor (crime da não representação da criança).

Atente-se que, apesar de estarmos perante uma violação de um direito fundamental, o direito dos filhos e dos pais à vida familiar e o direito destes à educação dos seus filhos, o direito constituído não o espelha convenientemente, deixando impune quem, com manifesta intenção dolosa de interferir ou impedir as relações pessoais, o viola.

Alguns autores, contudo, são a favor de uma tutela penal do direito de visita ⁴⁷.

Outros perfilham da opinião de que já no Código Penal de 1982, a recusa do progenitor guardião em entregar a criança ao outro a fim de satisfazer o seu direito era subsumível ao art.º 196.º do C.P. (art.º 249.º do C.P. de 1995) ^{48,49}.

Apesar disso, tal subsumição não tem sido alvo de qualquer aplicação digna de nota, o que tem concorrido para a constante violação dos direitos da criança e dos direitos dos pais a quem estas não estão confiadas, e a inculcação de um profundo sentimento de impunidade nos outros progenitores.

Assim:

Considerando o direito da criança de manter contacto directo e permanente com os dois progenitores;

Considerando que esse direito é, também, a concretização do interesse da criança;

Considerando o direito de ambos os pais à vida familiar e à educação e vigilância dos filhos;

conduta será atípica, pois é pressuposto que a pessoa reclamante tem de exercer o poder paternal ou de tutela, ou de ter o menor a seu cargo.” - J.M. Damião da Cunha, Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II, dirigido por Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, p. 617

⁴⁷ Vide José Carlos Moutinho de Almeida, *As Medidas Executivas dos Regimes Reguladores do Poder Paternal*, Scientia Iuridica, Tomo XV, 1966, pág. 135-140.

⁴⁸ Segundo Maia Gonçalves (*Código Penal Anotado*, 1992), «a materialidade deste crime pode consistir em:

- a) Subtrair um menor a quem tem o exercício do poder paternal,
- b) Por meio de fraude, violência ou ameaça de grave mal determinar o menor à fuga a quem tem o exercício do poder paternal, e
- c) recusa da entrega do menor, a quem, pela lei, pode pedir a entrega».

⁴⁹ Há recusa de entrega sempre que o menor, temporária ou precariamente fora dos cuidados de quem de direito, não regressa ao seu poder de direcção e guarda por acção do agente sob cujo instável poder se encontra. A tónica criminosa, aqui, reside, pois, na retenção sem justa causa - cfr. Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas Santos, *O Código Penal de 1982*, vol. 3, 1986, pág. 43.º.

Considerando o crescente número de conflitos gerados em torno do direito das crianças e jovens às relações pessoais;

Considerando que há uma necessidade premente em proteger este direito;

Considerando a vitimização emocional e económica dos filhos e dos pais, resultante do não exercício do direito de visita;

e,

Tendo em conta que o aumento das penalidades legais têm contribuído para um maior cumprimento das responsabilidades económicas dos progenitores;

Tendo em conta que há uma relação directa entre o cumprimento do pagamento da obrigação de alimentos e o exercício efectivo do direito às relações pessoais de crianças e jovens;

...

apresentamos a seguinte Proposta de PROJECTO DE LEI:

Artigo 1.º

O artigo 249.º do Código Penal passa a ter a seguinte redacção:

249.º

(Violação do direito de crianças e jovens às relações pessoais)

1. *Quem impedir as relações pessoais de crianças ou jovem, subtraindo-o, determinando-o a fugir ou retendo-o, por qualquer forma ou meio, de quem:*

- a) *exerça a responsabilidade parental;*
- b) *exerça a tutela;*
- c) *esteja legalmente confiado;* ou
- d) *tenha, legalmente ou por decisão judicial, o direito a manter relações pessoais;*

é punido com pena de prisão de 1 a 3 anos ou com multa de 120 a 360 dias.

2. *A tentativa é punível.*

3. *Se o facto for praticado por ascendentes, adoptantes, ou familiares até ao terceiro grau colateral, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 4 anos, ou pena de multa de 240 a 480 dias.*

4. *Se o facto for praticado por meio de violência, de ameaça com mal importante ou fraude, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 5 anos, ou pena de multa de 360 a 600 dias.*

5. *Se do facto resultar:*

a) *ofensa à integridade física ou psicológica grave da criança ou jovem, o agente é punido com pena de prisão de 3 a 8 anos;*

b) *a morte da criança ou jovem, o agente é punido com pena de prisão de 4 a 10 anos.*