



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

VIA E-MAIL

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Bacelar de Vasconcelos
E-Mail: 1CACDLG@ar.parlamento.pt

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Officio n.º	Data:
Of. 311/1ª-CACDLG/2016	19-04-2016	2016/GAVPM/1713	2016/OFC/1161	05-05-2016

ASSUNTO: **NU: 548241 - Parecer sobre o Projecto Lei nº 149/XIII/1ª (PS)**

Exmo. Senhor

Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias

Prof. Dr. Bacelar de Vasconcelos

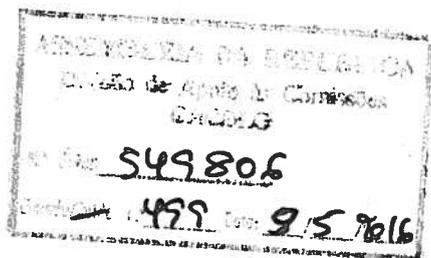
Tenho a honra de remeter a V. Exa., e em conformidade com o solicitado, parecer sobre as iniciativas legislativas identificadas, elaborado pelo Exmo. Adjunto deste GAVPM, Juiz de Direito, Dr. Carlos Gabriel Donoso Castelo Branco.

Com os nossos melhores cumprimentos e elevada consideração,

A Chefe de Gabinete

Ana de Azeredo Coelho

Juíza Desembargadora



Ana Isabel De
Azeredo
Rodrigues C. F.
Da Silva
Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Ana Isabel
De Azeredo Rodrigues C. F. Da Silva
9973b579f815f3088f77ead18b0c7978ca1cd5
Dados: 2016.05.09 10:26:47

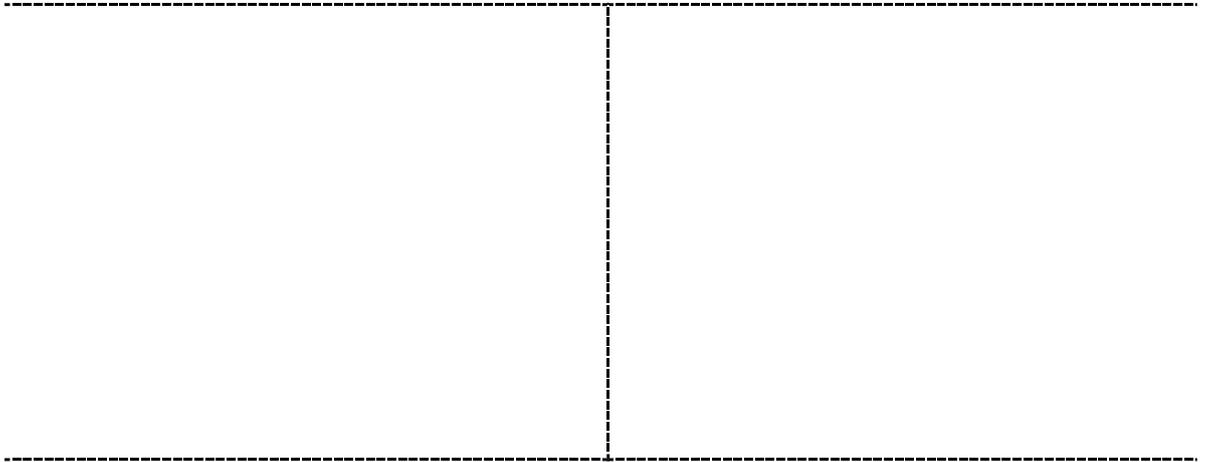


MDCDRVR | 1 / 1

Rua Mouzinho da Silveira, n.º 10 • 1269-273 Lisboa
Telefone: 213 220 020 • Fax: 213 47 4918
<http://www.csm.org.pt> • csm@csm.org.pt

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM



PARECER

ASSUNTO
:

Projeto de Lei n.º 149/XIII - Regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo junto das Conservatórias do Registo Civil em caso de dissolução de uniões de facto e casos similares.

2016/GAVPM/17
13
Rec: 22-04-2016

*

1. Objeto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura, projeto de lei que, modificando o Código Civil e o Código do Registo Civil, visa introduzir alterações ao regime de exercício das responsabilidades

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

parentais por mútuo acordo em caso de dissolução de uniões de facto e casos similares.

Na sequência de despacho nesse sentido, veio a ser determinada a emissão de parecer sobre esta matéria, por comunicação rececionada, pelo signatário, em 22 de abril de 2016.

*

2. Apreciação formal

O presente projeto de lei visa introduzir alterações aos artigos 1909.º, 1911.º e 1912.º do Código Civil.

Para além disso, preconiza-se o aditamento ao Código do Registo Civil de três novos artigos, numerados de 274.º-A, 274.º-B e 274.º-C¹.

A exposição de motivos (que permite, de forma sintética, apreender a razão de ser das alterações projetadas) do projeto de lei e a ordenação de matérias - tendo o diploma apenas cinco artigos, claramente identificados (o artigo 1.º refere o objeto da alteração; o artigo 2.º contém quais são, de facto, as alterações que se visam introduzir no Código Civil; o artigo 4.º contém os aditamentos a introduzir ao Código do Registo Civil; o artigo 4.º contém a alteração da sistemática do Código do Registo Civil; e o artigo 5.º regula sobre a vigência da lei) - não merece reparos.

De todo o modo, não parece inteiramente rigorosa a alusão efetuada à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, enquanto diploma determinante da possibilidade de instauração, por pais casados, de um processo de divórcio por mútuo consentimento tramitado integralmente junto das Conservatórias do Registo Civil, possibilidade que existe no

1 Altera-se, ainda, a sistemática do Código do Registo Civil, aditando-se uma Subsecção VII-A ao Capítulo III, do Título III deste Código, com a designação “*Processo de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo*”.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

ordenamento jurídico português desde o Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro².

Para além do exposto evidenciam-se, ainda, a existência de manifestos lapsos na indicação que no artigo 4.º do diploma é feita aos novos artigos aditados ao Código do Registo Civil.

Aproveita-se, igualmente, para referenciar que a alusão inclusiva às “responsabilidades parentais”³ não é uniforme em todo o projeto de diploma, constando ainda do penúltimo parágrafo da Exposição de Motivos a referência a “titulares do poder paternal”.

Sublinha-se, ainda, um manifesto lapso de escrita na remissão que consta da redação projetada para o n.º 2 do artigo 1909.º do Código Civil, pois, aí menciona-se a possibilidade de os progenitores separados de facto que pretendam regular ou alterar o exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores, requererem tal faculdade “junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, nos termos previstos nos artigos 275.º a 277.º do Código do Registo Civil. Contudo, estes normativos, embora revogados em tal Código, respeitam ao processo para afastamento da presunção de paternidade, parecendo-

2 Diploma legal que determinou a 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, de entre os quais, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, al. b), a separação e divórcio por mútuo consentimento, excepto nos casos em que os cônjuges não apresentam algum dos acordos a que se refere o n.º 1 do artigo 1775.º do Código Civil, em que algum dos acordos apresentados não é homologado ou nos casos resultantes de acordo obtido no âmbito de processo de separação ou divórcio sem consentimento do outro cônjuge.

3 “Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, substituiu-se a expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, em consonância com a ideia de que aquela se mostrava pouco adequada a reflectir aquela concepção e a exprimir, com rigor, a sua natureza, conteúdo e realidades envolventes, designadamente: -

- a criança como sujeito de direitos;

- a criança como titular de uma autonomia progressiva, reconhecida em função do desenvolvimento das suas capacidades, da sua idade e da sua maturidade (artigos 5.º, 12.º e 14.º, n.º 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança);

- a funcionalidade dos poderes que integram as responsabilidades parentais;

- a vinculação do seu exercício ao interesse do menor;

- a igualdade de direitos e de deveres de ambos os pais relativamente à pessoa e ao património dos filhos menores;

- a co-responsabilidade de ambos pela sua educação, desenvolvimento e bem estar” (assim, Ana Catarina Fialho e João Pedro Caleira; O Regime das Responsabilidades Parentais; F.D.U.N.L., Março 2011, p. 3, texto disponível no endereço www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/ct_MA_13234.doc).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

nos evidente que a remissão se deverá efetuar para os artigos - 274.º-A a 274.º-C - cujo aditamento ora se preconiza para o Código de Registo Civil.

Finalmente, afigura-se-nos que a redação da parte final do n.º 2 do artigo 274.º-A gizada para o Código de Registo Civil, ao referir a possibilidade de não fixação de alimentos (“...e sobre alimentos, se houver lugar a estes”), não tem fundamentação plausível, no que a crianças se refere, pois, tem sido considerado essencial que haja sempre a fixação de uma prestação alimentícia a favor de filhos menores, mesmo que não se conheça integralmente a situação patrimonial do obrigado a alimentos, assim se tendo pronunciado a jurisprudência⁴ e a doutrina⁵⁶ maioritárias.

4 Nesta linha, conforme se decidiu no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-03-2012 (Processo n.º 2213/09.0TMPRT.P1.S1, relator João Trindade, em <http://www.dgsi.pt>): “I - O tribunal deve proceder à fixação de alimentos a favor do menor, ainda que desconheça a concreta situação de vida de um dos progenitores obrigado a alimentos. II - O interesse do menor sobreleva a indeterminação ou não conhecimento dos meios de subsistência do obrigado a alimentos, cabendo a este o ónus da prova da impossibilidade total ou parcial da prestação de alimentos”.

5 “(...) [S]eguimos a orientação – maioritária - de que deve ser fixada, por regra, uma prestação de alimentos a menor que deles careça – mesmo que o progenitor se encontre ausente ou sem possibilidades de a prestar -, por ser a que, em nossa opinião, melhor pondera os seguintes factores: o superior interesse do menor (nele se incluindo, indubitavelmente, o seu direito a alimentos); o especial dever dos pais proverem ao sustento dos filhos menores, não «premiando» o progenitor incumpridor/relapso das suas responsabilidades parentais; as regras do onus da prova que regem a fixação da obrigação de alimentos; e o acesso ao mecanismo legal de substituição do progenitor incumpridor por parte do FGADM. A outra tese – que defende que não deveria ser fixada pensão de alimentos, nas situações referidas -, acaba por produzir um resultado inadequado, levando a que o requerido, apesar de se encontrar juridicamente vinculado pela paternidade, continue totalmente desonerado de qualquer responsabilidade decorrente do poder paternal, incluindo a contribuição para alimentos do seu filho, pois, ao negar a fixação de uma qualquer prestação, ao menos partindo de padrões de normalidade, a decisão acaba por deixar desprotegido quem o direito da família pretende essencialmente tutelar: o menor.” (assim, Maria Amália Pereira dos Santos; “O dever (judicial) de fixação de alimentos a menores” in Julgar on line, 2014, disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/09/O-dever-judicial-de-fixacao-de-alimentos-a-menores.pdf>).

6 No mesmo sentido, vd. Maria Aurora Vieira de Oliveira (Alimentos Devidos a Menores; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Janeiro de 2015, p. 52, disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/28643/1/Alimentos%20devidos%20a%20menores.pdf>) referindo que: “A fixação da prestação alimentar e obrigatória nas decisões que regulem as responsabilidades parentais, pois o dever de contribuir com alimentos para o sustento dos filhos menores e um dever parental, que deveria ser imposto mesmo que o obrigado não tenha meios para o cumprir, uma vez que, a situação precária do progenitor não tem a virtualidade de o eximir de tal obrigação. So fixando prestação alimentar a favor do menor o tribunal defende o superior interesse deste – elemento norteador de toda e qualquer decisão e acordo em sede de regulação das responsabilidades parentais.”.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

*

3. Enquadramento das alterações projetadas

Nos termos da exposição de motivos, o presente projeto de lei enuncia o seguinte enquadramento motivador:

- a) A afirmada constatação de que os pais não casados que pretendam proceder à regulação das responsabilidades parentais não têm uma via agilizada para proceder à regulação ao contrário do processo de divórcio por mútuo consentimento integralmente tramitado junto das Conservatórias do Registo Civil;
- b) A assumida verificação de que, *“apesar de se tratarem de relações jurídico-familiares com menor intensidade de formalidade”* do que o casamento (v.g. união de facto) ou em que não existe qualquer relação jurídico-familiar, *“o regime de regulação das responsabilidades parentais perante o acordo das partes é mais oneroso do que nas situações de divórcio por mútuo consentimento”*; e
- c) A assunção de que o regime processual vigente obriga – em caso de dissolução das uniões de facto e situações similares – ao recurso direto aos meios judiciais, o que acarreta encargos adicionais para as partes e uma sobrecarga desnecessária para o sistema judicial ou, em alternativa, a manutenção de situações de resolução informal das responsabilidades parentais, com menor certeza e segurança jurídicas para as crianças e suas famílias.

Perante este enquadramento, as alterações gizadas introduzir pelo presente projeto de lei são, em suma, as seguintes:

- 1. Alteração da redação do artigo 1909.º do Código Civil, incorporando o anterior corpo do artigo num novo n.º 1 e incluindo no n.º 2, uma disposição com a seguinte redação: *“Quando os progenitores pretendam regular por mútuo acordo o exercício de responsabilidades parentais de filhos menores ou proceder à*

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

alteração de acordo já homologado, podem require-lo a todo o tempo junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, nos termos previstos nos artigos 275.º a 277.º do Código do Registo Civil”.

2. Inclusão no n.º 2 do artigo 1911.º do Código Civil, da aplicação do disposto no n.º 2 do artigo 1909.º do mesmo Código, no caso de cessação de convivência entre progenitores que viveram em condições análogas às dos cônjuges;
3. Semelhante modificação é operada no n.º 2 do artigo 1912.º do Código Civil, disposição que regula o modo de regulação do exercício em comum das responsabilidades parentais no caso de a filiação se encontrar estabelecida quanto a ambos os progenitores, mas em que os mesmos não vivam em condições análogas às dos cônjuges.
4. O estabelecimento de regras processuais – quer na órbita das Conservatórias do Registo Civil, quer disciplinando a intervenção do Ministério Público e, ainda, estabelecendo os casos de remessa do processo das conservatórias para os tribunais – para a regulação das responsabilidades parentais de pais não casados que pretendam estabelecer (ou alterar) por mútuo acordo o exercício de responsabilidades parentais de filhos menores.

*

4. Análise das alterações legislativas

Apreciemos, então, criticamente, as alterações legislativas ora projetadas, liminarmente se referindo que, em termos gerais, o projeto de diploma legal disponibilizado coaduna-se com as finalidades que visam a sua criação, cujos termos são afirmados na Exposição de Motivos.

Neste sentido, o projetado artigo 1.º do diploma não merece reparo, estando o texto das alterações gizadas de harmonia com o objeto –



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

estabelecer o regime de regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo, junto das Conservatórias do Registo Civil em caso de separação de facto, dissolução de união de facto e entre pais não casados, nem unidos de facto - definido em tal normativo.

Também no que ao artigo 5.º do projeto respeita - prevendo o mesmo que a lei entre em vigor no 1º dia do mês seguinte à data da sua publicação (ou seja, daí resultando, no máximo um tempo de *vacatio legis* de cerca um mês) - não merece especial reparo, afigurando-se possível o pleno conhecimento pelos seus destinatários, dos efeitos decorrentes da alteração de lei preconizada, não se olvidando que as alterações legislativas são introduzidas num diploma normativo base do ordenamento jurídico português.

Apreciemos, então, as alterações aos artigos 1909.º, 1911.º e 1912.º do Código Civil, a que se dedica o artigo 2.º do presente projeto de lei - e, bem assim, o aditamento normativo projetado para o Código do Registo Civil - , efetuando um prévio enquadramento da problemática onde as mesmas se inserem.

*

4.1. A alteração do paradigma familiar

Como referia Antunes Varela⁷, «*durante muitos séculos, desde a fundação da nacionalidade, a família lusitana obedeceu na sua traça jurídica essencial ao modelo da família cristã comunitária do período medieval (...)*».

Era o casamento - então, união entre duas pessoas de sexo diferente - que determinava e modelava o conteúdo do conceito de família.

«*A família monoparental não era bem vista e apenas de admitia em caso de força maior (leia-se morte da mãe ou do pai). Fora do casamento não se concebia família ou algo que se pudesse assemelhar*

7 Cfr. Direito da Família; Liv. Petrony, 1987, p. 46.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

a tal, pelo menos entre pais e filhos (recorde-se o tratamento legislativo que, até a um passado recente estavam votados os filhos concebidos fora do casamento).

Na família todos os papéis estavam bem definidos. O pai trabalhava e trazia o sustento para casa, a mãe ficava em casa e criava os filhos. A estes competia obedecer. Era este o cenário, frio, que, durante séculos, caracterizou os papéis matrimoniais e familiares, sendo certo que a família era pensada (e alguns ainda o pensarão, porventura) e encarada como geradora de riqueza, numa perspectiva eminentemente economicista e não como geradora de afecto e entreajuda entre os membros que a compunham, numa perspectiva eminentemente sentimental.

Desse ponto de vista surgiram, assim o entendemos, os institutos civilistas da curatela e tutela, por exemplo, que eram vistos, essencialmente, como garantes de bens.

A função do pai era vista como geradora de património, mais do que protectora das crianças que compunham o núcleo familiar, caracterizando-se mais pela sua vertente de direito e menos (muito menos) na sua componente de dever - melhor - poder-dever, como hoje é comumente aceite (guarda, educação, sustento, etc.).

A família dos tempos idos queria-se, pelo Estado e pelo patriarca, essencialmente fechada ao exterior e impenetrável por terceiros, fossem eles filhos concebidos fora do matrimónio, fossem eles os companheiros dos progenitores; fossem eles outras pessoas que fugissem àquele "núcleo duro". Daí o tratamento dado, repete-se, aos filhos concebidos fora do matrimónio e daí, igualmente as restritivas regras relativas ao divórcio e as suas consequências legais e sociais (pense-se, por exemplo, no critério/sanção, utilizado para punir o cônjuge culpado do divórcio, retirando-lhe a guarda dos filhos).

No entanto, alterações não tão distantes no tempo ditaram aquilo que apelidaríamos de Nova Ordem Familiar»⁸.

⁸ Assim, Júlio Barbosa e Silva; “O longo caminho dos afectos (Ou, algumas reflexões para uma alteração legislativa respeitante ao direito da criança de manutenção das suas relações afectivas)”, in JusJornal, n.º

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

A este panorama social, não ficou alheio o legislador.

No pós 25 de Abril, a legislação portuguesa⁹, face à nova Constituição de 1976, mormente no Código Civil¹⁰, sofreu uma alteração radical nesta matéria, modificando quer o papel relativo da mulher face ao marido - consagrado o princípio de que o casamento se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (cfr. artigo 1671º, n.º 1 do Código Civil) e de que a direção da família pertence a ambos os cônjuges (cfr. artigo 1671º, n.º 2, do Código Civil) -, quer o das próprias relações dos pais para com os filhos¹¹.

Esta “Nova Ordem Familiar” compreende um conceito de «família» que é claramente diverso do paradigma tradicional e que congrega diversas realidades familiares.

781, de 29 de Maio de 2009, Editora Wolters Kluwer Portugal, cujo texto se encontra disponível no endereço: http://jusjournal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIi9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTif33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9-fB8_IorZ7LOnb3bk2d299wsv87opquVnezs7D3fu7e7ig-L8-mk1fXO9yj87z8om_38AWo4ESjUAAAA=WKE.

9 Sendo que, obviamente, tais alterações tiveram por base profundas mutações sociais, designadamente ao nível do papel da mulher na sociedade: «*Quais foram a causa desta mudança? São muitas, directas e indirectas, políticas, económicas, sociais e culturais. Mas há um facto singular, ele próprio causa e consequência de fenómenos demográficos e sociais, que deve ser realçado e que se encontra na origem imediata da alteração da natureza, funções e formato da família: o mais importante é a alteração do papel da mulher. Foi esta que provocou um verdadeiro terramoto na instituição familiar*» (cfr. António Barreto e Joana Pontes; in “*Portugal, Um Retrato Social. 01 Gente Diferente – Quem somos, quantos somos e como vivemos*”, Edição Público – Comunicação Social, S.A., 2007, p. 54).

10 Com as alterações introduzidas pelo D.L. n.º 496/77, de 25 de Novembro. Antunes Varela dá, com particular ênfase, nota dessas alterações: «*A Reforma de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro) veio, entretanto, introduzir alterações, significativas, quer na composição do núcleo familiar relevante para os efeitos mais importantes da disciplina da família, quer na estrutura da sociedade conjugal. Em primeiro lugar, estreitou a ideia da família celular ou nuclear (...). Em segundo lugar, além de se ter rompido o princípio da perpetuidade do casamento católico, permitindo que os tribunais civis decretem a dissolução do próprio vínculo sacramental, abriu-se rasgadamente o leque das causas do divórcio, incluindo entre elas a chamada ruptura objectiva do casamento, mesmo que imputável ao requerente. Em terceiro lugar, eliminou-se a concepção da relação matrimonial como relação funcionalmente diferenciada, proclamando-se o princípio da igualdade de direito e deveres dos cônjuges (art. 1670.º, 1) abolindo-se a tradicional distribuição de “pelouros específicos” dentro da sociedade conjugal e admitindo-se a intervenção directa do Estado nos assuntos da vida familiar, para dirimir os dissídios entre os cônjuges, a requerimento de qualquer deles (...). Também nas relações entre pais e filhos, a Reforma de 77 esbateu bastante a concepção hierárquica da sociedade familiar (...). Depois, (...) a Reforma definiu o poder paternal em termos que visam, por um lado, atenuar a autoridade paterna e, por outro, robustecer a independência dos filhos*» (Direito da Família, Liv. Petrony, 1987, pp. 48-51).

11 A este respeito, a Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto passou a permitir que, em caso de dissociação familiar, os pais optassem pelo exercício em comum do poder paternal e à face da Lei n.º 59/99, de 30 de Junho veio estabelecer-se a regra do exercício conjunto do poder paternal.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Assiste-se, de facto, nos nossos dias, a uma pluralidade e a uma heterogeneidade de relações familiares, geradora de diversas e novas problemáticas sociais, económicas, mas também jurídicas: «*Há um número crescente de indivíduos que casa mais tarde, diminui o número de casamentos, aumenta a taxa de divórcio¹² e da coabitação, mais casamentos envolvem pelo menos um divorciado, mais mulheres (divorciadas e mães solteiras) educam filhos sozinhas, as mulheres têm menos filhos e constituem família mais tarde, aumenta a taxa de nascimentos fora do casamento, mais mulheres decidem não ter filhos, mais crianças nascidas fora do casamento são registadas por ambos os progenitores, mais crianças vivem com um padrasto¹³, as crianças experimentam diversos tipos de ambientes familiares, mais famílias são constituídas por reprodução artificial de fontes genéticas externas, mais mulheres idosas vivem sozinhas ou com parentes e não com os maridos*»¹⁴.

12 “*Em Portugal, na década 70, foi consagrada na lei a possibilidade de divórcio para casamentos realizados na igreja, verificando-se, desde dessa data, um aumento das ruturas conjugais (...). O pico máximo da taxa de divórcios pertence ao ano de 2002, aquando a entrada em vigor das alterações legislativas que vieram a facilitar a dissolução do casamento por mutuo consentimento. As últimas estatísticas demonstram que em 2009 a taxa bruta de divórcios situava-se em 2,5 divórcios por mil habitantes, mais precisamente foram decretados 26 464 divórcios (INE, 2010). Além disso, a proporção de divórcio por mutuo consentimento tem aumentado nos últimos anos, diminuindo, consequentemente, a proporção de divórcios litigiosos. Em 2009, enquanto 69,1% dos processos de divórcio deram entrada nas conservatórias do registo civil (i.e., divórcios por mutuo consentimento), os restantes 30,9% seguiram a via judicial” (assim, Maria Inês Costa e Sousa; Regulacao das responsabilidades parentais e resistencia as visitas: Caracterizacao de processos de avaliacao periciais; Universidade do Minho -Escola de Psicologia, Outubro de 2012, p. 7, texto consultado em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/24271/1/Maria%20Inês%20Costa%20e%20Sousa.pdf>).*

13 “*Em materia de parentalidade, o aumento do numero de divórcios registado ao longo dos últimos quarenta anos teve como consequencia directa o crescimento de fenomenos como a monoparentalidade e a parentalidade nao residente, na generalidade dos países ocidentais. Em simultaneo, tornaram-se cada vez mais comuns as situacoes de recomposicao familiar precedidas por divórcio/ separacao de, pelo menos, um dos membros do casal. Contudo, uma vez que o pai/ mae nao residente permanece vivo, deixou de ser possivel pensar a parentalidade social enquanto substituta da parentalidade biologica. Por isso, hoje em dia, a parentalidade social associa-se a parentalidade biologica num quadro de pluriparentalidade” (assim, Susana Isabel Atalaia Ferreira; A Parentalidade em Contexto de Recomposicao Familiar: O Caso do Padrasto; Universidade de Lisboa Instituto de Ciencias Sociais, 2011, p. 1, disponível no endereço http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/6788/1/ulsd063194_td_Susana_Ferreira.pdf).*

14 Assim, Maria João Tomé, “*Qualidade de Vida: Conciliação entre o trabalho e a família*”, in Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano I, n.º 1, 2004, p. 56.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

*

4.2. A família, o afecto e a criança

O conceito de família é, pois, na atualidade, mais compreensivo: «A família não constitui apenas “locus da justiça distributiva e da solidariedade inter-individual e inter-geracional” (MARIA JOÃO TOMÉ, *Qualidade de vida*, pág. 52), sendo nela que “o ser humano inicia as suas relações com os outros e desenvolve a sua personalidade (Ac. n.º 181/97)»¹⁵¹⁶¹⁷.

Ao nível das relações parentais, a família dos nossos dias passou a ser “um dispositivo regulador e mediador entre a criança e o meio. Efectivamente, a família modera a flagrante desproporção que existe entre a criança (vulnerável e desprovida) e o mundo (complexo e inexorável) e regula as permutas de modo a que a criança se integre sem ser aniquilada.

A família torna-se, assim, um local de realização pessoal/humana de cada um dos seus membros, dissolvendo-se lentamente o carácter perpétuo e imutável do agregado familiar. As relações pessoais entre os membros da família passam a assumir, essencialmente, uma dimensão construtiva (de laços, de relações, de entreajuda, de afecto) deixando cair a dimensão de imposição pela lei ou pontos de vista, que espelhavam concepções (maioritariamente católicas) que lentamente se foram dissolvendo (mas não desaparecidas, apenas com nova roupagem). Mostrando-se salvaguardadas as necessidades consideradas básicas das crianças, abre-se a porta ao preenchimento

15 Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros; Constituição Portuguesa Anotada, tomo I, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2.ª ed., 2010, p. 1360.

16 A Constituição da República Portuguesa, apesar de não definir o que é uma “família”, caracteriza-a no artigo 67.º, n.º 1, como «elemento fundamental da sociedade (...)» e enuncia no n.º 1 do artigo 36.º que «todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade».

17 Como refere Cristina Dias (“A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as novas formas de Família”, in Revista Jurídica, Universidade Portucalense, Porto, n.º 15, 2012, p. 35, disponível em http://repositorio.uportu.pt/jspui/bitstream/11328/1102/1/cristina_dias.pdf), por contraponto à norma do artigo 1576.º do Código Civil, “começa a assistir-se a movimentos que, quer em Portugal quer no domínio jurídico europeu, admitem outras formas de família. Aqui poderíamos falar das famílias de facto (assentes numa uniao de facto ou numa relacao nao-matrimonial hetero ou homossexual), das famílias monoparentais, das famílias recombinadas ou pluriparentais, as famílias e o casamento de transsexuais”.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

de conceitos como felicidade e afectuosidade, necessidades, também elas básicas para uma criança”»¹⁸.

«A família tem cada vez menos a ver com casamento ou laços de sangue e cada vez mais com relações emocionais».

Como bem sintetiza Júlio Barbosa e Silva¹⁹: *«Numa palavra, a família passa a ser vista como uma comunidade de afectos. Só assim se pensam e são tidos como relativamente normais, hoje em dia, fenómenos familiares como pais divorciados e respectivos filhos; meios-irmãos; mães adolescentes; famílias de padrastos e madrastas; casais em união de facto com ou sem filhos; as uniões homossexuais/homoafectivas (com²⁰ ou sem crianças) e famílias monoparentais por opção. É a estas realidades que Gomes Canotilho e Vital Moreira parecem referir-se quando falam em "comunidades constitucionalmente protegidas". Tudo isto, diríamos nós, com um denominador comum: o afecto, a trave mestra dos novos fenómenos familiares. Nesta esteira, poder-se-á afirmar que é a vontade dos membros que a compõem e não a vontade do legislador quem define o novo conceito de família. À lei cabe o papel de observar, adequar-se e regular²¹ essa Nova Ordem Familiar».*

*

4.3. O exercício das responsabilidades parentais na atualidade

Efetuada este breve excurso sobre a família dos nossos dias, foquemos a atenção no instituto das responsabilidades parentais, elemento chave para a compreensão daquela e para a compreensão das alterações ora projetadas.

18 Cfr. Júlio Barbosa e Silva, in *“O longo caminho dos afectos (Ou, algumas reflexões para uma alteração legislativa respeitante ao direito da criança de manutenção das suas relações afectivas)”*, supra citado.

19 Cfr. estudo já citado.

20 Cfr. a recente Lei n.º 2/2016, de 29 de fevereiro.

21 De que são exemplos, entre outros, o *novel* instituto do “apadrinhamento civil” (criado pela Lei n.º 103/2009, de 11 de setembro) ou a regulação da atividade de ama (cfr. D.L. n.º 115/2015, de 22 de junho).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

As «responsabilidades parentais» são a nova denominação legal – introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro²² – do anterior «poder paternal».

A alteração da expressão anteriormente consagrada visou sublinhar que, mais do que um poder, o exercício da função dos progenitores é, para com os seus filhos, um dever²³.

A expressão «responsabilidade parental» exprime «*uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos*»^{24,25}.

Trata-se, pois de um conjunto de poderes e deveres funcionais, a exercer tendo por referência o superior interesse dos filhos²⁶ – provendo, designadamente pela alimentação, segurança, educação, saúde, representação dos seus filhos e administração dos seus bens – que competem aos progenitores relativamente à pessoa e bens dos filhos menores (não emancipados)²⁷.

22 Diploma que, nos termos do seu artigo 3.º, n.º 2, determinou que a expressão poder paternal fosse substituída por «responsabilidades parentais». Esta expressão também era conhecida a nível internacional: Vd., v.g. o Anexo à Recomendação n.º R (84) 4, de 28 de Setembro de 1984 do Conselho da Europa.

23 Dever esse também claramente assinalado na prescrição de que «*os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*» constante do artigo 36.º, n.º 5 da Constituição.

24 Assim, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de divórcio; 4ª Ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2004, p. 16.

25 Como explica Cristina Dias (“*A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção*”, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 88) a expressão «responsabilidade parental» é preferível face à de «poder paternal», dado que, «*a palavra “poder” significa posse, domínio, e as relações entre pais e filhos, bem como as relações familiares em geral, assentam na igualdade e em deveres mútuos de colaboração (...). Por seu lado, a palavra “paternal” traduz a preponderância da figura do pai, característica da família patriarcal onde este tinha uma posição hierarquicamente superior em relação à mulher e aos filhos. Por isso se prefere a expressão de responsabilidade ou cuidado parental*».

26 Conforme decorre dos artigos 3.º, n.º 1 e 9.º, n.ºs. 1 e 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, os princípios fundamentais inerentes a todas as decisões adoptadas, mormente por tribunais, relativamente a crianças são o do respeito pelo interesse superior da criança e o de que esta não será separada dos pais contra a vontade destas, salvo se as autoridades competentes decidirem (sem prejuízo de revisão das decisões) que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Também, a Constituição da República Portuguesa (cfr. artigos 18.º, n.º 2, 36.º, n.º 6, 67.º, 69.º e 70.º) estabelece princípios jurídico-constitucionais que estruturam as directrizes normativas de protecção da família, da infância e da juventude, prevendo que os direitos fundamentais dos pais – direito à educação e manutenção dos filhos – só podem ser restringidos em situações especialmente previstas na lei, sempre em prol da defesa dos direitos fundamentais da criança e sempre sujeitos às exigências da proporcionalidade e da adequação.

27 Nos termos do disposto no artigo 1878.º do Código Civil: «*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*

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Na constância do matrimónio, pela natureza da comunhão de vida da relação mantida pelo casal, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais, que exercem tal responsabilidade de comum acordo. É a regra que decorre do artigo 1901.º, n.ºs. 1 e 2, do Código Civil.

Os pais ficam automaticamente investidos na titularidade das responsabilidades parentais, independentemente da sua vontade e por mero efeito da filiação, não podendo renunciar a estas nem a qualquer dos direitos que as mesmas especialmente lhes conferem²⁸,

Para além desta situação-regra, muitas outras vicissitudes podem ocorrer relativamente ao exercício das responsabilidades parentais na diversidade da vida. A elas se referem os artigos seguintes do Código Civil, regulando, sucessivamente:

a) O caso de falta de acordo entre os pais, quanto ao exercício das responsabilidades parentais (ainda na constância do matrimónio) – artigo 1901.º, n.º 2 e 3;

b) A situação de impedimento – por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal - de um dos pais no exercício das responsabilidades parentais – artigo 1903.º;

c) O caso de morte de um dos progenitores – artigo 1904.º;

d) O exercício das responsabilidades parentais – incluindo alimentos – em caso de divórcio²⁹, separação judicial de pessoas e bens,

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

²⁸ Embora sem prejuízo do que legalmente se dispõe a propósito da adoção (cfr. artigo 1882.º do Código Civil).

²⁹ Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro passaram a existir tres modalidades de divórcio:

a) o divórcio por mutuo consentimento requerido na conservatoria do registo civil (sendo competência exclusive desta) quando os conjugues estejam de acordo em divorciar-se e tambem quanto aos termos da regulacao do exercicio das responsabilidades parentais dos filhos menores - ou quando o exercicio das responsabilidades parentais esteja previamente regulado – e a atribuicao da casa de morada de familia, a fixacao da prestacao de alimentos ao conjuge que deles careca e a relacao especificada dos bens comuns ou, caso os conjugues optem por proceder a partilha, acordo sobre a respetiva partilha (artigos 1775.º, 1776.º, 1776.º-A e 1778.º do Codigo Civil, 272.º a 272.º-C do Codigo de Registo Civil, 12.º e 14.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, e 995.º, 997.º e 999.º do Codigo de Processo Civil – no caso de haver filhos



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

declaração de nulidade ou anulação de casamento e separação de facto - artigos 1905.º, 1906.º e 1909.º;

e) O exercício das responsabilidades parentais quando o filho é confiado a terceira pessoa - artigo 1907.º;

f) A situação de sobrevivência do progenitor a quem o filho não foi confiado - artigo 1908.º;

g) Outros casos de filiação ainda não estabelecida quanto a ambos os progenitores ou de filiação estabelecida mas em que os progenitores vivem em condições análogas às dos cônjuges ou em que tal não suceda - artigos 1904.º-A, 1910.º, 1911.º e 1912.º.

menores e sendo apresentado acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, o conservador envia o processo 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, no prazo de 30 dias, sobre esse acordo, nomeadamente se o mesmo acautela os reais interesses dos filhos menores; se o Ministério Público der parecer negativo, por considerar que o acordo não acautela devidamente os interesses dos filhos menores, deve propor a alteração e os respetivos termos, remetendo novamente o processo ao conservador que notifica os requerentes para apresentarem novo acordo ou alterá-lo em conformidade com o parecer do Ministério Público. Neste caso, os conjuges requerentes do divórcio podem: a) Apresentar novo acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais em conformidade com o parecer do Ministério Público; b) Alterar o acordo em conformidade com o referido parecer; ou c) Entender que não devem alterar o acordo por discordância com as alterações indicadas pelo Ministério Público, mantendo a vontade do divórcio ou da separação. No primeiro caso, o processo é remetido de novo ao Ministério Público para se pronunciar, no prazo de 30 dias (artigos 1776.º-A, n.º 2 e 14.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro). No segundo caso, o conservador marca dia para conferência (artigos 1776.º-A, n.º 3 do Código Civil e 14.º, n.º 5 do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro). No terceiro caso, o processo é remetido ao tribunal da comarca a que pertence a conservatória (artigos 1776.º-A, n.º 4 e 14.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro). Este é também o procedimento que deve ser adotado quando o conservador entender que os acordos apresentados não acautelam suficientemente os interesses de um dos conjuges, devendo a homologação ser recusada (artigos 1778.º do Código Civil e 14.º, n.º 7 do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro). Importa ainda salientar que as decisões proferidas pelo conservador do registo civil produzem os mesmos efeitos das sentenças judiciais sobre idêntica matéria (artigo 1776.º, n.º 3 do Código Civil) e que, da decisão do conservador cabe recurso para o tribunal da Relação (artigos 274.º, 288.º e 289.º, todos do Código de Registo Civil);

b) o divórcio por mútuo consentimento requerido no tribunal quando os conjuges estejam de acordo em divorciar-se, mas esse acordo não exista quanto a regulação do exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores, quanto a atribuição da casa de morada de família, quanto a fixação da prestação de alimentos ao conjuge que deles careça ou quanto a relação especificada dos bens comuns (artigo 1178.º-A do Código Civil); e

c) o divórcio sem consentimento de um dos conjuges quando um dos conjuges não esteja de acordo em divorciar-se (artigos 1779.º, 1781.º e 1785.º do Código Civil e 931.º e 932.º, ambos do Código de Processo Civil).

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Neste âmbito – do exercício das responsabilidades parentais – e, especificamente sobre as questões ligadas à guarda da criança, o princípio orientador fundamental continua a ser o do superior interesse da criança, com a proteção da sua relação afetiva³⁰ com as suas pessoas de referência, isto é, os adultos que cuidam da criança no dia-a-dia, independentemente da existência de vínculos biológicos entre os cuidadores da criança e esta³¹.

*

4.5. O exercício das responsabilidades parentais nos casos de separação de facto, nos casos de pais não casados entre si que vivem em condições análogas às dos cônjuges e nos casos de pais não casados que não vivem em condições análogas às dos cônjuges

“O processo de regulação do poder paternal tem por objecto decidir do destino dos filhos, fixar os alimentos a estes devidos, forma da respectiva prestação e ainda fixar o regime de visitas no tocante ao progenitor que não tem a seu cargo as crianças – artigo 1905º do Código Civil.

Na prossecução das aludidas finalidades deverá sempre que possível privilegiar-se uma solução de consenso com respeito pelo interesse do menor, devendo o Tribunal recusar uma solução que não defenda adequadamente tal interesse; e na falta de consenso decidirá o Tribunal sempre orientado por aquele escopo, devendo atentar

30 Como dá nota Ana Luísa Campos (A situação jurídica das crianças que vivem com pessoas do mesmo sexo casadas ou em união de facto; Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2015, p. 17, disponível no endereço <http://hdl.handle.net/10400.14/18655>) foi em outubro de 2012 que os Tribunais portugueses deram a conhecer a primeira decisão favorável a guarda conjunta de uma criança por um casal homossexual. O Tribunal de Família e Menores do Barreiro (Processo n.º 782/11.4TBBRR, Tribunal de Família e Menores do Barreiro, 01-10-2012) “*aplicou ao menor a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa idónea (art. 35.º, n.º 1 alínea c) e 43.º, ambos da LPCJP)*”.

31 Assim, Maria Clara Sottomayor; “*Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva*”, in Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Proteção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, n.º 12, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, 2009, pp. 23-60.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

especialmente na conveniência em que o menor mantenha o contacto com progenitor que não tem a guarda dos menores.

No que toca à guarda do menor desenham-se duas vias de resolução do problema em causa, a saber o da “guarda única” e o da “guarda conjunta”.

A guarda, conjunta ou mesmo, alternada supõe que os desentendimentos entre os progenitores sejam eliminados ou minimizados, colocando os interesses da criança acima dos mesmos; pressupõe uma convivência estreita entre ambos os progenitores e a possibilidade de tomada de decisões em comum.

Não se verificando aquele condicionalismo impõe-se a entrega dos menores a um dos progenitores, havendo todavia que salvaguardar tanto quanto possível um relacionamento saudável com o outro, sempre salvaguardando o interesse superior daqueles, devendo os pais de consciencializar-se de que tais contactos assumem o cariz de convívios-dever (...).

O dever de alimentos está englobado no conjunto dos deveres inerentes ao poder paternal, nomeadamente o artigo 1878º ao referir que “compete a ambos os 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”³².

A regulação do exercício das responsabilidades parentais pode ser definida por sentença homologatória (quando confirmativa de acordo dos progenitores sobre o exercício das responsabilidades parentais) ou de mérito (contendo decisão impositiva sobre o regime de tal exercício) ou, por decisão do conservador do registo civil, a qual é homologatória do acordo dos progenitores.

“Estas decisões são proclamadas em processo de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens ou em processo autónomo de

32 Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04-05-2010 (Processo n.º 1014/08.8TMCBR-A.C1, relator Távora Vítor).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

regulação do exercício das responsabilidades parentais, pelo que a intervenção da conservatória do registo civil acontece apenas nos processos de separação e divórcio por mútuo consentimento. Diferenciando.

Se os progenitores estiverem de acordo quanto o exercício das responsabilidades parentais e este acordo acautelar os interesses do menor e regular os vários direitos e deveres compreendidos em tal exercício, deve o mesmo ser homologado pelo juiz do tribunal competente ou pelo conservador do registo civil. Ainda que decorra de processo de divórcio - sem consentimento de um dos cônjuges - ou de processo autónomo de regulação das responsabilidades parentais, este acordo pode também ser alcançado em sede de diligência de tentativa de conciliação presidida pelo juiz, pelo que nestas condições, será o mesmo ditado para a ata e homologado pelo referido magistrado judicial.

Quando o processo corre diante o conservador, em regra na sequência de processo de divórcio por mútuo consentimento, o ministério público do tribunal de primeira instância competente da circunscrição territorial a que pertença a conservatória tem que se pronunciar sobre o acordo - no prazo de 30 dias - antes da avaliação final pelo conservador.

Sempre imprescindível é obter homologação judicial de qualquer acordo celebrado pelos progenitores, seja ele voluntário ou resultante de um processo, com exceção do que se refere à acima enunciada participação da conservatória do registo civil.

No caso de os progenitores não estarem de acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais, subsistem dois meios para resolver tal conflito, designadamente com recurso para o tribunal - ação e regulação do exercício das responsabilidades parentais - ou através da mediação familiar³³.

33 Cfr. Isa Catarina Dias Belo, O Exercício das Responsabilidades Parentais em Portugal face à Legislação Atual; Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Março 2012, pp. 51-52, consultada em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/158/1/Dissertação%20Isa.pdf>.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

O diploma ora projetado pretende, desde logo, introduzir alterações aos artigos 1909.º, 1911.º e 1912.º do Código Civil, normas que regulam, sucessivamente, os termos do exercício das responsabilidades parentais dos cônjuges separados de facto, dos pais não casados entre si e que vivam em condições análogas às dos cônjuges³⁴ (união de facto³⁵) e dos pais de uma criança que não estão entre si ligados pelo casamento, nem vivem em condições análogas às dos cônjuges.

No caso da separação de facto, o legislador considera serem aplicáveis as disposições dos artigos 1905.º a 1908.º do Código Civil.

Já no caso de pais a viverem em situação de união de facto³⁶, o artigo 1911.º do Código Civil em vigor determina a aplicação dos artigos 1901.º a 1904.º do mesmo Código, quando a união subsista (n.º 1) e, no caso de cessar tal forma de convivência, determina que sejam aplicáveis as disposições dos artigos 1905.º a 1908.º deste Código (n.º 2).

Finalmente, se entre os pais não casados entre si não tiver existido uma situação de união de facto, aplica-se o disposto nos artigos 1904.º a 1908.º do Código Civil (aplicando-se ao exercício em comum das responsabilidades parentais, nesta situação, as disposições dos artigos

34 “Segundo alguns Autores, designadamente, Antunes Varela e Pires de Lima, a expressão «condições análogas as dos conjugues» significa que os “companheiros não só mantêm notoriamente relações de sexo, mas vivem também de casa e púcarinho um com o outro, com comunhão de mesa, leito e habitação, como se fossem de facto conjugues um do outro, sendo ainda necessária a convicção, por parte do público, de que os companheiros são casados. Todavia, tal conceito, já definido pela jurisprudência, reside na questão de saber se vivem a semelhança dos conjugues, isto é, em comunhão de leito, mesa e habitação” (assim, Isa Catarina Dias Belo, O Exercício das Responsabilidades Parentais em Portugal face à Legislação Atual; Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões, Março 2012, p. 32, nota 17, consultada em <http://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/158/1/Dissertação%20Isa.pdf>).

35 Expressão com paralelismo noutros ordenamentos jurídicos: a “*uniao estavel*” no direito brasileiro, as “*parejas de hecho*”, em Espanha, a “*non marital cohabitation*” no direito anglo-saxónico, a “*famiglia di fatto*” em Itália, a “*union libre*” em França, etc.

36 A Lei n.º 7/2001 de 11 de maio (com as alterações introduzidas pela Lei 23/2010, de 30 de agosto) veio estabelecer um conjunto de medidas de proteção das uniões de facto, entendendo esta como a situação jurídica de duas pessoas que, independentemente do sexo, vivam em condições análogas há mais de dois anos. A união de facto consiste na vida em comum em condições análogas às dos cônjuges e por isso, as pessoas vivem em união de cama, mesa e habitação como se fossem casadas, mas não estão ligadas pelo vínculo formal do casamento. A dissolução da união de facto, como se prevê no art. 8.º da Lei n.º 7/2001, ocorre por falecimento de um dos membros, por vontade de um dos seus membros e com o casamento de um dos seus membros..



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

1901.º e 1903.º do mesmo Código), pelo que, neste caso, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os progenitores, exercendo estes as responsabilidades de comum acordo e, apenas na falta de tal acordo, é que devem recorrer ao tribunal.

*

4.6. Apreciação crítica das alterações normativas preconizadas

I. - De acordo com a Exposição de Motivos do presente projeto de lei assinala-se que, ao contrário do que sucede com os pais casados (que podem proceder à regulação por mútuo acordo das responsabilidades parentais, no âmbito de um processo de divórcio por mútuo consentimento integralmente tramitado nas Conservatórias do Registo Civil), aos pais não casados - que pretendam proceder à regulação por acordo das responsabilidades parentais - *“não se abre o caminho dessa regulação por via agilizada”*.

Ora, neste ponto, parecem-nos integralmente de subscrever as considerações expendidas, a este propósito, no parecer apresentado sobre o projeto de lei em apreço pelo Exmo. Senhor Juiz de Direito António José Fialho³⁷, quando menciona que *“havendo acordo entre os progenitores, estes podem utilizar o mecanismo processual previsto nos artigos 34.º e 43.º, ambos do Regime Geral do Processo Tutelar Cível submetendo ao tribunal para homologação o acordo a que chegaram e evitando que o processo tenha que andar entre a conservatória do registo civil e o tribunal no caso de não ser possível a homologação uma vez que a questão é logo resolvida no tribunal”*.

37 Conforme contributo consultado no endereço <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.PDF?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c324d794f444a6b4f445a6d4c54646b4e5445744e446b3559533168595755334c5449324e446c6c4e4442694e54677a4f5335515245593d&fich=c282d86f-7d51-499a-aae7-2649e40b5839.PDF&Inline=true>.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Na realidade, na secção I do capítulo III do Regime Geral do Processo Tutelar Cível³⁸ regula-se a tramitação do processo especial de “Regulação do exercício das responsabilidades parentais e resolução de questões conexas”, processo esse, de harmonia com o disposto no artigo 43.º do mesmo Regime Geral é aplicável a outros casos de regulação das responsabilidades parentais, como o sejam as relativas a filhos de cônjuges separados de facto, de filhos de progenitores não unidos pelo matrimónio e ainda de crianças apadrinhadas civilmente quando os padrinhos cessem a vida em comum³⁹.

II. - Por outro lado, também não está demonstrado que, nestes casos, o processo seja tramitado de forma menos célere do que o seja o processo preconizado nos ora gizados artigos 274.º-A a 274.º-C do Código de Registo Civil, com tramitação de entrada nas conservatórias do registo civil.

De facto, tendo presente a redação dos novos artigos 274.º-A a 274.º-C do Código do Registo Civil verifica-se o seguinte “circuito” de tramitação:

1. Apresentação de requerimento – acompanhado do acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais e sobre alimentos, se houver lugar a estes - junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, pelos pais não casados que pretendam regular por mútuo acordo o exercício de responsabilidades parentais de filhos menores, ou proceder à alteração de acordo já homologado;

38 Aprovado pela Lei n.º 141/2015 de 8 de setembro.

39 A redação do artigo 43.º é a seguinte: “1 — O disposto nos artigos anteriores e aplicável a regulação do exercício das responsabilidades parentais de filhos de conjugues separados de facto, de filhos de progenitores não unidos pelo matrimónio e ainda de crianças apadrinhadas civilmente quando os padrinhos cessem a vida em comum.

2 — Qualquer das pessoas a quem incumba o exercício das responsabilidades parentais pode requerer a homologação do acordo extrajudicial sobre aquele exercício.

3 — A regulação prevista neste artigo, bem como as diligências executorias da decisão judicial ou do acordo homologado, podem ser requeridas por qualquer das pessoas a quem caiba o exercício das responsabilidades parentais ou pelo Ministério Público.

4 — A necessidade da intervenção judicial pode ser comunicada ao Ministério Público por qualquer pessoa”.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

2. Apreciação do requerimento pelo conservador (que pode convidar os progenitores a alterá-lo se acordo não acautelar os interesses dos filhos, podendo determinar para esse efeito a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária);

3. Após a referida apreciação, 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 mesmo no prazo de 30 dias;

4. Se o Ministério Público considerar que o acordo acautela devidamente os interesses dos menores, ou tendo os progenitores alterado o acordo nos termos indicados pelo Ministério Público, emite parecer e remete o exercício das responsabilidades parentais ao conservador do registo civil para homologação;

5. Caso o Ministério Público considere que o acordo não acautela devidamente os interesses dos menores, podem os requerentes alterar o acordo em conformidade ou apresentar novo acordo, sendo neste último caso dada nova vista ao Ministério Público, salvo se este optar por convocar os pais a fim de suprir as falhas identificadas nos acordos;

6. Nas situações em que os requerentes não se conformem com as alterações indicadas pelo Ministério Público e mantenham o propósito constante dos acordos, o processo é remetido para o tribunal da comarca a que pertença a conservatória;

7. Recebido o requerimento, o juiz aprecia os acordos que os pais tiverem apresentado, convidando-os a alterá-los se esses acordos não acautelarem os interesses dos filhos (podendo o juiz determinar a prática de atos e a produção da prova eventualmente necessária, nos termos gerais); e

8. Os termos da regulação das responsabilidades parentais são decretados em seguida.

Em face da preconizada “interposição” dos serviços do registo civil e considerada a aludida tramitação (por contraposição à que resulta do Regime Geral do Processo Tutelar Cível) não se afigura que, por si só,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

advenha do preconizado processo com tramitação nas conservatórias, maior celeridade.

III. - Para além do referido, afigura-se-nos que (ao contrário do que sucede com o processo de divórcio por mútuo consentimento regulado nos artigos 271.º e ss. do Código do Registo Civil) não está estabelecida qualquer relação de prioridade (de utilização) entre as formas processuais existentes e aquela que é preconizada no projeto de lei em apreço, o que pode determinar a utilização simultânea de uma multiplicidade de mecanismos processuais para acautelar uma mesma situação factual, com o inerente aumento exponencial da possibilidade de ocorrência de decisões de efeitos sobrepostos, de efeitos parcialmente contraditórios, ou mesmo, incompatíveis (v.g. estabelecendo um acordo um determinado regime de visitas em contradição com o constante de outro acordo apresentado noutra processo), gerando maior incerteza e insegurança jurídicas.

IV. - Assinala o projeto de lei em apreço que *“apesar de se tratarem de relações jurídico-familiares com menor intensidade de formalidade”* do que o casamento ou em que não existe qualquer relação jurídico-familiar, *“o regime de regulação das responsabilidades parentais perante o acordo das partes é mais oneroso do que nas situações de divórcio por mútuo consentimento”*.

Ora, não se afigura que sob o aspecto da “onerosidade” haja alguma diferença substantiva entre os processos que tenham por objeto a regulação do exercício das responsabilidades parentais de cônjuges na constância do matrimónio, nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, nos casos de regulação a respeito de progenitores que vivam em condições análogas às dos cônjuges ou, ainda, dos progenitores que não tenham esta vivência.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Revisitando – e subscrevendo – as considerações expendidas pelo Exmo. Senhor Juiz de Direito António José Fialho, já supra assinaladas: *“Os encargos adicionais para as partes apenas são os que resultam do valor excessivo e desproporcionado das custas processuais quando as partes tenham chegado a acordo (por comparação com a situação em que esse acordo não tenha existido)”*.

Na realidade, chegando os interessados ou não a acordo, o valor tributário a satisfazer é idêntico, pelo que, não existe qualquer incentivo a que os interessados procurem o consenso mútuo, que melhor acautele os respetivos interesses e os dos seus filhos.

Em linha com o que vem sendo exposto, e como forma pragmática, mas eficaz, de conseguir uma efetiva procura de mútuo acordo entre os progenitores, parece-nos que seria aconselhável que o legislador pudesse equacionar uma diversidade de tratamento inerente à diversidade de postura perante a conformação uniforme de vontade que acautele os interesses dos filhos – mútuo acordo – (ou que admitindo a intervenção de mediação familiar culmine num acordo que permita acautelar tais interesses), em face de outras situações em que tal comportamento não tenha lugar.

V. – Por outro lado, o projeto de diploma legal em apreço, ao permitir que os “pais não casados” que pretendam regular o exercício das responsabilidades parentais de filhos menores por mútuo acordo ou proceder à “alteração de acordo já homologado” parece colocar em crise o princípio da igualdade, na medida em que os “pais casados” não podem efetuar a alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, ainda que de mútuo acordo, na conservatória do registo civil, tendo de recorrer a tribunal para tal efeito (cfr. artigos 1901.º e 1909.º do Código Civil).

VI. – Para além do exposto, a expressão utilizada na redação do n.º 1 do artigo 274.º-A do Código do Registo Civil – *“pais não casados”* –

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

parece-nos algo genérica, impondo-se a sua precisa e rigorosa delimitação, sob pena de se poderem subsumir na previsão normativa realidades às quais a mesma não se pretendeu destinar.

Neste sentido, afigura-se-nos que a referência em questão deveria ser substituída pela alusão a “*pais não casados entre si*” e, adicionalmente, poder-se-ia, porventura, completar a previsão legal no sentido de que o mútuo acordo sobre o exercício de responsabilidades parentais respeita aos “*filhos menores de ambos*” (sendo certo que, como resulta dos artigos 1911.º e 1912.º do Código Civil, nestes artigos estão em questão situações de “*filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores*”) ou, então, adotando uma expressão legal ainda mais inclusiva como “*filhos de ambos com idade inferior a 18 anos*”⁴⁰.

VII. - Para além do referido, o projeto de lei em apreço não contempla qualquer referência aos termos de audição da criança⁴¹, atualmente com plena consagração legal, quer na ordem jurídica

40 Sem prejuízo, claro está, do regime que resulta dos artigos 1880.º e 1905.º, n.º 2, do Código Civil para os filhos até 25 anos de idade, no que respeita a alimentos.

41 Como explica Cristina Dias (“*A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção*”, in *Julgar*, n.º 4, 2008, p. 94) «*a grande novidade que a Convenção sobre os Direitos da Criança apresenta é a da consideração da criança como sujeito de direitos fundamentais dotado de uma progressiva autonomia para o seu exercício em função da sua idade, maturidade e desenvolvimento das suas capacidades. Ou seja, a consideração da criança como alguém capaz de formar e expressar as suas opiniões, de participar no processo de decisão de modo a influenciar a solução final – com capacidade para a autodeterminação. Tal resulta, aliás, do art. 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança: o direito da criança a exprimir livremente a sua opinião nos assuntos que lhe digam respeito e a que esta seja considerada, e no consequente direito a ser ouvida nos processos administrativos e judiciais a ela respeitantes em função da sua idade e maturidade. E é isto que muitas vezes, na resolução prática dos problemas, com famílias em crise, em processos de divórcio, em famílias destruídas...os aplicadores da lei, os técnicos e cada um de nós esquecemos*».

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

interna⁴², quer na ordem jurídica internacional⁴³, audição essa que constitui um contributo fundamental para os termos da regulação.

A audição e participação da criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade é, presentemente, um fundamental princípio orientador de intervenção nos processos tutelares cíveis, traduzindo o direito de ser ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito.

De acordo com o previsto no artigo 23.º, al. b) do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003, a tomada de decisão em matéria de responsabilidade parental – salvo em caso de urgência –, sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normas processuais fundamentais dos Estados-Membros, constitui fundamento para o não-reconhecimento de decisões em matéria de responsabilidade parental por parte de outro Estado-Membro.

Impor-se-ia, pois, que fosse regulada a possibilidade de a criança ser ouvida⁴⁴ – mesmo existindo formalmente acordo dos progenitores sobre

42 Cfr. os artigos 4.º, 5.º e 35.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro), o artigo 84.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (aprovada pela Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, com as alterações da Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto e da Lei n.º 142/2015, de 8 de setembro) e o artigo 47.º da Lei Tutelar Educativa (aprovada pela Lei n.º 166/99, de 14 de setembro, com as alterações dadas pela Lei n.º 4/2015, de 15 de janeiro).

43 Cfr. o artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança (aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12 de setembro), os artigos 3.º e 6.º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro), o artigo 13.º da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças (aprovada pelo Decreto do Governo n.º 33/83, de 11 de maio), os artigos 11.º, n.º 5 e 23.º, al. b) do Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de novembro de 2003.

44 Como se referiu no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04/12/2012 (processo:272/04.1TBVNC-D.G1, relator ANTÓNIO SANTOS, disponível em <http://www.dgsi.pt>): «1. - No âmbito das decisões a proferir em sede de processos de regulação das responsabilidades parentais está e deve estar sempre, presente o superior interesse do menor, razão porque nenhuma decisão pode olvidar e abstrair-se do referido critério orientador, o qual há-de sempre “prevaler” e guiar o sentido da decisão do Julgador. 2. - De resto, em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio e/ou separação judicial de pessoas e bens, é o n.º 7, do art.º 1906º, do Código Civil, bastante claro e incisivo ao determinar que “o Tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores (...)”. 3. - Quando o regime de visitas acordado não é cumprido, prima facie em razão apenas da “resistência” do próprio menor, a audição deste último pode revelar-se uma diligência judicial fundamental e decisiva para compreender quais as razões que estão por detrás do referido comportamento. 4. - Destarte, e sobretudo

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

o exercício das responsabilidades parentais –, ou seja, de poder ter a oportunidade de expressar os seus pontos de vista, sobre uma matéria que influi decisivamente na sua vida.

Também se imporia, neste contexto – e caso se pretenda manter a possibilidade de tramitação processual nas conservatórias –, que fosse concretizada específica formação dos profissionais que trabalham nestas instituições, para que a audição da criança pudesse decorrer com a salvaguarda da sua pessoa e dos respetivos interesses.

Sem a existência de uma tal formação, a prática burocrática e rotineira das conservatórias de registo poderá sobrepor-se a uma efetiva defesa e proteção dos direitos das crianças, fomentando, ademais, a existência de acordos de regulação que, por não terem material aderência à realidade, gerarão, por certo, situações de incumprimento e de alterações de regulação⁴⁵.

VIII. - Afigura-se-nos que é de subscrever uma outra observação expendida pelo Exmo. Senhor Juiz de Direito, António José Fialho, quando no ponto 9 do seu parecer, a propósito da redação preconizada para o artigo 274.º-C do Código do Registo Civil, explana o seguinte:

quando tem já o menor uma idade e maturidade que lhe permite manifestar uma vontade livre e esclarecida, “lícito” não é ao julgador determinar, sem mais, o arquivamento de expediente/informação do respectivo progenitor “alienado” sem antes perscrutar, ouvindo o menor, quais as razões do seu afastamento e, assim, aferir da possibilidade/viabilidade de proferir concreta decisão que contribua para a solução do “conflito”, designadamente em sede de alteração do regime de regulação do poder paternal antes definido».

45 Relembrem-se aqui as considerações expendidas pela Associação para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, que, no ponto 11 do parecer que apresentou no Parlamento – e disponível no endereço –

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a5355786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c3251794d3255304f4463304c5445344e3245744e44517a596930354f4459344c54466b5a6d4d32596a63794e7a4d774f5335775a47593d&fich=d23e4874-187a-443b-9868-1dfc6b727309.pdf&Inline=true>: «...a

cultura das Conservatórias não têm em conta as orientações previstas quanto à audição da criança, nem possuem qualquer especialização ou formação na área das crianças e suas famílias, potenciando acordo que pouco têm a ver com as dinâmicas da família da criança em situação de pós-separação. Lembra-se que a quantidade de processos de alteração/incumprimento é superior ao número de regulações, sendo inclusive em média mais demorado. Querer tornar a regulação do exercício das responsabilidades parentais mais rápida quando a forma adotada pode potenciar o aumento de incumprimentos e pedidos de alteração, não nos parece a melhor opção por parte do legislador».



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

«[A] proposta de redação para o artigo 274.º-C refere que, em caso de recusa de homologação do acordo, o processo é remetido ao tribunal de comarca da circunscrição da conservatória.

Deste modo, pode bem suceder que os progenitores unidos de facto tenham submetido inicialmente o pedido junto da conservatória do registo civil de Braga (por um deles residir lá ou por qualquer outra circunstância, designadamente por ser uma conservatória onde os processos são mais rápidos) e, em caso de recusa de homologação, o processo será remetido ao Tribunal Judicial da Comarca de Braga.

Ora, se a criança estiver a residir com o outro progenitor no Porto ou em Faro, é desta forma desrespeitada a regra de competência prevista no artigo 9.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível que determina que é competente para apreciar a situação da criança, em face da sua proximidade, o tribunal da área de residência».

Por outro lado, no presente projeto de lei - que apenas alude ao «tribunal da comarca» - afigura-se-nos não se mostrar expressamente salvaguardada a especialização de competência material, decorrente da existência de secções de família e menores, a que se reporta o artigo 123.º, n.º 1, al. d) da Lei da Organização do Sistema Judiciário, aprovada pela Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto.

Em conformidade com o exposto, parece-nos que a redação a estabelecer para o proposto n.º 1 do artigo 274.º-C do Código do Registo Civil, contemplando este aspeto e a sua articulação com a solução constante do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, poderia ser a seguinte: *«1. Se os acordos apresentados não acautelarem suficientemente os interesses dos menores, a homologação é recusada pelo conservador e o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais integralmente remetido ao tribunal, com competência para regular o exercício das responsabilidades parentais e conhecer das questões a este respeitantes, da comarca da residência da criança no momento da remessa».*

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

*

5. Conclusão.

A realidade social da família dos nossos dias implica o necessário acompanhamento e atualização da legislação que a enquadra.

As alterações legais ora projetadas - se bem que, enquadradas numa motivação assente no sentido de se almejar uma resposta «*expressa e agilizada*» para a regulação do exercício das responsabilidades parentais quando as mesmas não ocorrem enquadradas em casamentos ou uniões de facto e, bem assim, determinadas por razões de igualdade de tratamento com o regime de regulação das responsabilidades parentais, com o acordo de ambos os progenitores, nas situações de divórcio por mútuo consentimento - podem, na prática, acarretar maiores problemas do que aqueles a que procuram dar resposta.

Quanto ao mais, sem prejuízo da superior consideração de Vossa(s) Excelência(s), com vista ao aprimoramento do projecto legislativo disponibilizado, sugere-se sejam tomadas em conta os comentários e sugestões *supra* assinalados.

Lisboa, 26 de abril de 2016.

Carlos Gabriel Donoso Castelo Branco

Juiz de Direito

*Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do
CSM.*



**Carlos Gabriel
Donoso Castelo
Branco**

Adjunto

Assinado de forma digital por Carlos
Gabriel Donoso Castelo Branco
d7a91e51823ba29731e06d715410fcdafa0f04bc
Dados: 2016.04.26 17:54:10