



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E AOS MEMBROS

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão de Assuntos
Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias
Dr. Fernando Negrão
Assembleia da República,
Palácio de São Bento
1249-068 Lisboa

V/ Referência: Parecer - Proj. Lei n.º 607/XII/3.ª (PS)	V/ Data: 03/06/2014	N/ Referência: Pasta 1.1 - Órgãos de Soberania	Ofício n.º 4729	Data: 07-07-2014
--	-------------------------------	---	---------------------------	----------------------------

ASSUNTO: Parecer sobre Projecto de Lei n.º 607/XII/3.ª (PS), que «Altera o Código Civil, promovendo o alargamento do regime de exercício de responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor».

Exmo. Senhor Presidente
Dr. Fernando Negrão,

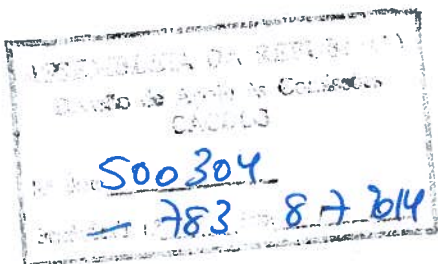
Tenho a honra de remeter a V/ Exa. e em conformidade com o solicitado, parecer sobre Projecto de Lei n.º 607/XII/3.ª (PS), que «Altera o Código Civil, promovendo o alargamento do regime de exercício de responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor», elaborado pelo Exmo. Senhor Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice - Presidente e aos Membros do CSM, Juiz de Direito, Dr. Carlos Gabriel Donoso Castelo Branco.

Com os melhores cumprimentos, e 2 vezes elevada estives

A Chefe do Gabinete do Vice-Presidente do CSM,

Albertina Pedrosa

(Juíza de Direito)





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

PARECER

Assunto: Projeto de Lei n.º 607/XII/3.^a (PS) que *«Altera o Código Civil, promovendo o alargamento do regime de exercício de responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor»*.

1. Objecto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetido ao Conselho Superior da Magistratura, projecto de lei que, alterando o Código Civil, visa introduzir alterações ao regime de exercício das responsabilidades parentais em caso de ausência, incapacidade, impedimento ou morte de progenitor.

Na sequência de despacho nesse sentido, veio a ser determinada a emissão de parecer sobre esta matéria, por comunicação recepcionada, pelo signatário, em 17 de Junho de 2014.

2. Apreciação formal

O presente projeto de lei visa introduzir alterações aos artigos 1903.º e 1904.º do Código Civil.

A exposição de motivos (que permite, de forma sintética, apreender a razão de ser das alterações projectadas) do projecto de lei e a ordenação de matérias – tendo o diploma apenas três





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

artigos, claramente identificados (o artigo 1.º refere o objecto da alteração; o artigo 2.º contém quais são, de facto, as alterações que se visam introduzir no Código Civil; e o artigo 3.º regulando sobre a vigência da lei) - não merecem reparos.

3. Enquadramento das alterações projectadas

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

- a) A actualização do Código Civil em matéria de responsabilidades parentais, numa perspectiva de reforço da protecção dos menores em caso de morte ou impossibilidade, nos termos da lei, de um dos progenitores;
- b) A constatação de que o superior interesse da criança constitui o critério e fundamento para a atribuição das responsabilidades parentais, em primeira linha, aos progenitores, mas também aos que com ela constroem laços de afectividade, a protegem e contribuem para o seu crescimento e desenvolvimento são e normal, nos planos físico, intelectual, moral e social.

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

1. Alteração da redacção do artigo 1903.º do Código Civil, por forma a prever que, no caso de impedimento de exercício das responsabilidades parentais por ambos os pais, tal exercício caiba ao cônjuge do progenitor impedido, a quem viva em união de facto com o progenitor impedido (ou a alguém da família de qualquer dos pais, previsão esta, que já consta da redacção ainda vigente);
2. Alteração da redacção do artigo 1904.º do Código Civil, com inclusão no seu novo n.º 1 de uma ressalva da previsão do artigo 1908.º do mesmo Código;
3. A previsão – no projectado n.º 2 do artigo 1904.º do Código Civil – de que, por decisão judicial, o exercício das responsabilidades parentais possa ser atribuído conjuntamente ao cônjuge do progenitor sobrevivente ou a quem com este viva em união de facto, atribuição que se prevê – pela previsão do n.º 3 – seja requerida pelo progenitor sobrevivente e conjuntamente pelo cônjuge deste ou por quem com aquele viva em união de facto;
4. A previsão inovadora de que o exercício conjunto das responsabilidades parentais se inicia com a decisão judicial (cfr. projectado n.º 4 do artigo 1904.º do Código Civil); e





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

5. A prescrição constante do novo n.º 5 do artigo 1904.º do Código Civil no sentido de que o tribunal deverá, sempre que possível, proceder à audição do menor.

4. Análise das alterações legislativas

Apreciemos, então, criticamente, as alterações legislativas ora projectadas, liminarmente se referindo que, em termos gerais, o projecto 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 projectado artigo 1.º do diploma não merece reparo, estando o texto das alterações gizadas de harmonia com o objecto definido em tal normativo.

Também no que ao artigo 3.º do projecto 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, sendo certo que, a alteração é introduzida num diploma base do ordenamento jurídico português.

Às alterações aos artigos 1903.º e 1904.º do Código Civil dedica-se o artigo 2.º do presente projecto de lei.

Sobre estas alterações importa efectuar um prévio enquadramento da problemática onde as mesmas se inserem.

4.1. A alteração do paradigma familiar

Como referia Antunes Varela¹, «*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*

¹ Cfr. Direito da Família; Liv. Petrony, 1987, p. 46.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

assemelhar 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»².

A este panorama social, não ficou alheio o legislador.

No pós 25 de Abril, a legislação portuguesa³, face à nova Constituição de 1976, mormente no Código Civil⁴, sofreu uma alteração radical nesta matéria, modificando quer o papel relativo da

² 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 781, de 29 de Maio de 2009, Editora Wolters Kluwer Portugal, cujo texto se encontra disponível no endereço: http://jusjornal.wolterskluwer.pt/Content/Document.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIji9tynt_SvVK1-B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee--999577733ujudTiF33_8_XGZkAWz2zkrayZ4hgKrlHz9-fB8_lorZ7LOnb3bk2d299wsv87opquVnezs7D3fu7e7ig-L8-mk1fXO9vj87z8om_38AWo4ESjUAAAA=WKE.

³ 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





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

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 direcção da família pertence a ambos os cônjuges (cfr. artigo 1671º, n.º 2) - , quer o das próprias relações dos pais para com os filhos⁵.

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

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 divórcio 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 padrasto, as crianças experimentam diversos tipos de ambientes familiares, mais famílias são constituídas por reprodução artificial de*

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).

⁴ 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).

⁵ 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

fontes genéticas externas, mais mulheres idosas vivem sozinhas ou com parentes e não com os maridos»⁶.

4.2. A família, o afecto e a criança

O conceito de família é, pois, na actualidade, 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)”⁷.*»

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 de conceitos como felicidade e afectuosidade, necessidades, também elas básicas para uma criança”⁹.

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

⁶ 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.

⁷ Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros; *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2.ª ed., 2010, p. 1360.

⁸ 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*».

⁹ 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.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Como bem sintetiza Júlio Barbosa e Silva¹⁰: «*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 (com 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 regular essa Nova Ordem Familiar*».

4.3. O exercício das responsabilidades parentais na actualidade

Efectuado este breve excuro 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 projectadas.

As «responsabilidades parentais» são a nova denominação legal – introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro¹¹ - 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 dever¹².

A expressão «responsabilidade parental» exprime «*uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos*»¹³¹⁴.

¹⁰ Cfr. estudo já citado.

¹¹ 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.ºR (84) 4, de 28 de Setembro de 1984 do Conselho da Europa.

¹² 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.

¹³ Assim, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de divórcio; 4ª Ed., reimp., Coimbra, Almedina, 2004, p. 16.

¹⁴ 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*





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Trata-se, pois de um conjunto de poderes e deveres funcionais, a exercer no interesse dos filhos – 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)¹⁵.

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 conferem¹⁶,

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 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 divórcio, separação judicial de pessoas e bens, 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;

uma posição hierarquicamente superior em relação à mulher e aos filhos. Por isso se prefere a expressão de responsabilidade ou cuidado parental».

¹⁵ 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 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».

¹⁶ Embora sem prejuízo do que legalmente se dispõe a propósito da adopção (cfr. artigo 1882.º do Código Civil).





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

- 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 ou de filiação estabelecida mas em que os progenitores vivem em condições análogas às dos cônjuges ou em que tal não suceda – artigos 1910.º, 1911.º e 1912.º.

4.4. As situações de impedimento no exercício das responsabilidades parentais e de morte de um dos progenitores

Como se referiu, os artigos 1903.º e 1904.º do Código Civil, ora projectados alterar, regulam algumas das situações em que o exercício das responsabilidades parentais não poderá ser feito por ambos os progenitores.

O artigo 1903.º do Código Civil regula a questão do exercício das responsabilidades parentais, no caso de um dos pais se encontrar ausente, interditado ou por qualquer outro modo impedido, de facto, de exercer tais responsabilidades, desde que tal impedimento seja decretado pelo tribunal¹⁷.

A opção legal constante do actual e vigente artigo 1903.º funda-se no seguinte princípio: «*da autonomia e da unidade da família que se sobrepunha às regras do puro suprimento da incapacidade individual*»¹⁸.

«O artigo 1903.º não abrange os casos em que o impedimento de um dos pais não seja total (como nos casos de inibição parcial: art. 1915.º, n.º 2) e se limita aos casos de verdadeiro impedimento (e já não de cessação definitiva do poder paternal, por virtude da morte do titular, regulada na disposição imediata»¹⁹.

¹⁷ Decidindo uma situação em que era desconhecido o paradeiro de um dos pais, vd. o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 13/10/2011 (Processo 2364/09.1TBSTR.E1, relator ROSA BARROSO, em <http://www.dgsi.pt>) com o seguinte sumário: «1- Fazer depender do pai o exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância para a vida da criança, seria prejudicial aos seus interesses, dada a impossibilidade de contactar com o mesmo e o facto de ser desconhecido o seu paradeiro. 2- Estamos perante um caso em que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, nas questões de particular importância, se viria a revelar sério obstáculo ao saudável desenvolvimento da criança, pelo que o superior interesse da mesma impõe o exercício unilateral dessas responsabilidades pela mãe, com quem vive. 3- Justifica-se, no caso concreto, o afastamento do regime regra, de exercício comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida da filha, face à ausência do progenitor, falta de contactos com a criança desde 2008 e total desconhecimento do seu paradeiro, nos termos do estatuído no artigo 1903.º, do Código Civil».

¹⁸ Assim, Pires de Lima e Antunes Varela; Código Civil anotado, vol. V, Coimbra Editora, 1995, p. 396, nota 2.

¹⁹ Também, Pires de Lima e Antunes Varela; Código Civil anotado, vol. V, Coimbra Editora, 1995, p. 397.





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Por seu turno, este artigo 1904.º do Código Civil visa, para os casos de morte de um dos pais, suprir uma tal impossibilidade de exercício das responsabilidades parentais, por via do falecimento.

4.5. As alterações gizadas para o artigo 1903.º do Código Civil

Por via da alteração projectada para o artigo 1903.º do Código Civil, prevê-se, agora, que, em caso de impedimento por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal ao exercício das responsabilidades parentais por um dos pais, tal exercício caiba unicamente ao outro progenitor e, em caso de impedimento deste, ao seu cônjuge ou a pessoa com quem viva – o progenitor impedido, entenda-se – em situação de união de facto ou alguém da família de qualquer dos pais. Ou seja: Passa a prever-se que, no impedimento do outro progenitor, o exercício das responsabilidades parentais caiba ao cônjuge ou ao companheiro deste (que pode nunca ter vivido com o menor) em detrimento de pessoa de outra pessoa da família do menor (porventura da família do progenitor que inicialmente exercia as responsabilidades parentais). Este alargamento não parece trazer qualquer vantagem.

Por outro lado, continua a sujeitar-se o exercício por tais pessoas, por um lado, a um prévio acordo e com «validação legal» relativamente ao exercício, expressão que careceria de melhor regulamentação ou especificação conceptual.

E, para além disso, podem configurar-se situações em que a mera atribuição de responsabilidades parentais – na expressão da lei - «unicamente» ao outro progenitor, não satisfaça o superior interesse da criança em questão, geradores, porventura, de conflitos com familiares²⁰. E o projecto de lei ora em apreço não se mostra acautelar tais situações.

De facto, sendo a estabilidade das relações familiares um factor essencial ao crescimento harmonioso de uma criança, a introdução da possibilidade de uma criança ficar sujeita às

²⁰ No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24/10/2013 (processo n.º 1037/13.5TBRR.L1-6, relator AGUIAR PEREIRA, em <http://www.dgsi.pt>) dá-se nota de uma situação desse tipo: «1. Tendo o menor, por acordo dos seus progenitores, sido confiado à mãe, e tendo esta falecido, a circunstância de as responsabilidades parentais passarem a ser exercidas em exclusivo pelo progenitor sobrevivente não afasta, no interesse da estabilidade emocional e desenvolvimento do menor, a possibilidade de ele estabelecer com terceira pessoa um acordo confiando o menor à sua guarda. 2. Tal acordo prossegue o superior interesse da criança se essa terceira pessoa for um familiar próximo com quem o menor mantém estreito relacionamento e que se dispõe a proporcionar-lhe melhores condições de desenvolvimento do que as que resultariam do seu desenraizamento social e da sua deslocação para o local de residência do progenitor sobrevivente. 3. Não observa o superior interesse da criança a interpretação do art 182º nº 1 da OTM com base na qual se recusa a homologação de um acordo estabelecido entre o progenitor sobrevivente do menor e uma sua tia materna através do qual os requerentes formalizam a confiança do menor a essa familiar, pelo facto de não haver entre eles qualquer litígio a regular».





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

responsabilidades parentais do companheiro ou do cônjuge do seu único progenitor, não obstante poderem nunca ter convivido com proximidade, poderá ser extremamente perturbador do superior interesse da criança.

Certo é que, também nestas situações, se justificaria, a audição do menor, à semelhança do que se projecta para o artigo 1904.º, n.º 5.

4.6. As alterações gizadas para o artigo 1904.º do Código Civil

A proposta de nova redacção para o artigo 1904.º do Código Civil passa, fundamentalmente, a prever que, em caso de morte de um dos progenitores - situação em que o exercício das responsabilidades parentais pertence ao progenitor sobrevivente - o cônjuge do progenitor sobrevivente ou a pessoa com quem este viva em união de facto passe a exercer conjuntamente com esse progenitor as responsabilidades parentais. Ou seja, por morte de um progenitor, as responsabilidades parentais serão exercidas pelo progenitor sobrevivente e poderão ser (e, provavelmente, passarão a sê-lo, por regra) exercidas conjuntamente pelo cônjuge ou pessoa com quem viva em união de facto.

Qual é verdadeiramente o interesse deste exercício conjunto das responsabilidades parentais, entre o progenitor sobrevivente do menor e o respectivo cônjuge ou companheiro? Que regime se aplicaria a este “*exercício conjunto*”?

As respostas possíveis parecem levantar problemas novos. Por exemplo, se o progenitor sobrevivente do menor e o respectivo cônjuge ou companheiro não chegarem a acordo em questões de particular importância, aplicar-se-iam com certeza as disposições que permitem o recurso ao tribunal por qualquer deles (aliás, se assim não fosse, ou seja, se o progenitor pudesse decidir sozinho as questões de particular importância da vida do menor, não faria sentido fazer-se apelo à figura do “exercício conjunto das responsabilidades parentais”, como se faz no Projecto de Lei).

E continuam as interrogações sobre a utilidade da alteração proposta: sendo legalmente admitido o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas não sendo permitida a adopção senão por duas pessoas de sexo diferente, será que a nova redacção do artigo 1904.º passará a permitir que o cônjuge (ou companheiro) do mesmo sexo do progenitor sobrevivente do menor poderá passar a exercer em conjunto as responsabilidades parentais? Ou seja, não pode adoptar, mas pode exercer as responsabilidades parentais!

E continuam as interrogações, de algum modo denunciadoras de, pelo menos aparentes, incongruências do sistema proposto: se o progenitor sobrevivente e o seu cônjuge ou pessoa com





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

quem ele vivia em condições análogas às do cônjuge se divorciarem ou se separarem, poderão manter (como se prevê nos artigos 1906.º e 1911.º do Código Civil) o exercício conjunto das responsabilidades parentais?

Em caso de divórcio ou separação, a guarda do menor poderá ser atribuída ao cônjuge ou companheiro do progenitor, em vez de ser atribuída ao progenitor natural? E se morrer o progenitor do menor, quem exercerá as responsabilidades parentais? O cônjuge ou companheiro do progenitor falecido (em vez de, como seria natural, se atribuir a guarda do menor a pessoa da família natural do menor)?

No fundo, este Projecto de Lei, sem verdadeiramente o proclamar, vem permitir que as responsabilidades parentais sejam, conjuntamente, exercidas por um dos progenitores (em caso de morte do outro) e pelo cônjuge ou companheiro do sobrevivente.

Mas, se é esse o objectivo do Projecto, porque razão deixar de fora desta hipótese as situações (previstas no artigo 1910.º), em que a filiação de um menor se encontra estabelecida apenas quanto a um dos progenitores? Neste caso, o Código Civil prevê que o exercício das responsabilidades parentais pertence ao progenitor relativamente ao qual estiver estabelecida a filiação. E se este vier a casar ou a viver em união de facto com alguém, não poderá estabelecer-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais?

Em suma, no que respeita ao artigo 1904.º, a possibilidade do exercício conjunto das responsabilidades parentais entre o progenitor sobrevivente e o cônjuge ou companheiro parecem mais geradoras de dificuldades de aplicação prática do que de soluções respeitadoras dos interesses do menor.

Não se intui, de facto, das alterações projectadas nenhuma conveniência, antes de vislumbrando a possibilidade de se gerarem consequências nefastas no devir de uma criança a ponto de, para além da perda de um progenitor, ter de crescer no meio da conflitualidade gerada entre “responsáveis parentais”.

Positiva e que consolida uma prática já corrente nos nossos tribunais²¹ é, apesar de tudo, a previsão formulada para o n.º 5 do artigo 1904.º do Código Civil. Trata-se de enunciar que, sempre

²¹ Mas que, de facto, por vezes, não ocorria ao contrário do que seria desejável. Como explica Cristina Dias (“A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção”, in *Julgado*, 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





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

que possível, o tribunal deve ouvir o menor²². A redacção projectada para esta disposição poderia, contudo, ser aprimorada, designadamente, prevendo-se o momento temporal em que tal audição da criança deve ter lugar (previamente à decisão sobre as responsabilidades parentais ou sua alteração).

5. Conclusão.

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

Contudo, as alterações legais ora projectadas - numa temática tão sensível e com tantas consequências para a vida das crianças e para a sua realização como Pessoas Humanas que são - poderão, na prática, gerar problemas novos e de consequências não completamente alcançáveis, ocasionando maiores dificuldades - em particular para o superior interesse da criança - do que as resultantes da consideração do vigente enquadramento legal.

A juridicidade preconizada nas soluções constantes do presente projecto de lei não é proporcional, nem toma em devida conta, a afectividade inerente e essencial ao estabelecimento de qualquer relação de "responsabilidade parental".

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 conseqüente 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».

²² 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 "prevalecer" 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 1906.º, 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 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».





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Assim, sem prejuízo da superior consideração de Vossa Excelência, com vista ao aprimoramento do projecto legislativo disponibilizado, sugere-se sejam tomadas em conta os comentários e sugestões supra assinaladas.

Lisboa, 30 de Junho de 2014.

Carlos Gabriel Donoso Castelo Branco

Juiz de Direito

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

