

1 2 9 0



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

HELDER JOÃO MARTINS NOGUEIRA ROQUE

**DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS PROGENITORES AO
PRINCÍPIO DA INSEPARABILIDADE DOS FILHOS
A RESIDÊNCIA ALTERNADA COMO VIA PRIVILEGIADA DA
SUA AFIRMAÇÃO E O BIOLOGISMO COMO ÚLTIMO
SUSTENTÁCULO DO MITO DA PERENIDADE DO «CASAL
PARENTAL»**

**Tese no âmbito do doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século
XXI, orientada pelo Professor doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Dezembro, 2021



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

**DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS PROGENITORES AO PRINCÍPIO DA
INSEPARABILIDADE DOS FILHOS
A RESIDÊNCIA ALTERNADA COMO VIA PRIVILEGIADA DA SUA AFIRMAÇÃO E O
BIOLOGISMO COMO ÚLTIMO SUSTENTÁCULO DO MITO DA PERENIDADE DO «CASAL
PARENTAL»**

**Tese no âmbito do doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI,
orientada pelo Professor doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira e
apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**

Helder João Martins Nogueira Roque

Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra

2021

SUMÁRIO:

CITAÇÃO PRÉVIA.....	9
AGRADECIMENTOS.....	10
RESUMO E PALAVRAS-CHAVE.....	11
ABSTRACT E KEYWORDS.....	13
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	15
CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO PREPARATÓRIA TEMÁTICA GERAL.....	19
CAPÍTULO II. A NOVA ARQUITETURA DAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DAS «ENTIDADES FAMILIARES».....	63
II.1. A constituição das identidades de género: a desigualdade de género e as relações de parentalidade na sociedade contemporânea.....	63
II.2. A ressignificação da paternidade em transição	70
II.3. A família em transição, mas ainda como o espaço natural da criança.....	75
II.4. A separação dos pais e a construção dos novos «arranjos familiares»	84
CAPÍTULO III. DO DIREITO DE MANUTENÇÃO E EDUCAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO.....	88
III.1. Elementos para uma releitura constitucional dos princípios em análise	90
III.2. O princípio da igualdade dos progenitores quanto à educação e manutenção dos filhos.....	95
III.3. O desacordo dos progenitores quanto às «questões de particular importância».....	105
III.4. Das «questões de particular importância».....	109
III.5. A intervenção dos tribunais na resolução dos conflitos entre os progenitores e o papel subsidiário do juiz na delimitação da noção de «questões de particular importância».....	113
III. 6. «Atos correntes» para a vida do menor.....	114

III.7. Delegação dos «atos da vida corrente» pelo progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais.....	118
III.8. A situação excecional da «urgência manifesta».....	121
CAPÍTULO IV. O PODER PATERNAL E A GUARDA.....	123
IV.1. Natureza jurídica da guarda.....	129
IV.2. Sentidos, formas ou modos de atribuição da guarda.....	136
CAPÍTULO V. A GUARDA CONJUNTA.....	137
V.1. Os fundamentos e pressupostos da guarda conjunta	137
V.2. Das virtualidades e inconsistências da guarda conjunta	145
V.3. Virtualidades da guarda conjunta	145
V.4. Desvantagens da guarda conjunta	158
V.5. A guarda conjunta e a efetiva participação no exercício das responsabilidades parentais.....	163
V.6. A guarda conjunta e a finalidade primeira da família	170
V.7. Consequências da guarda conjunta.....	172
CAPÍTULO VI. DO CONTEÚDO E REGIME DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	174
CAPÍTULO VII. CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	180
VII.1. Exercício Unilateral das Responsabilidades Parentais.....	180
VII.2. Quadro legal existente, no espaço temporal compreendido entre a Reforma de 1977 e a Reforma de 2008.....	180
VII.3. Quadro legal intercalar, após a Reforma de 1995 e a Reforma de 1999.....	183
VII.4. Crítica aos critérios de atribuição da guarda exclusiva.....	187
VII.5. Âmbito do controlo judicial dos acordos dos progenitores. Consequências.....	195
VII.6. Quadro legal após a Reforma de 2008.....	199
CAPÍTULO VIII. FORMAS DE ORGANIZAÇÃO CONCRETA DO EXERCÍCIO CONJUNTO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS. OS MODELOS FUNDAMENTAIS.....	205

VIII.1. A residência alternada no quadro da afirmação da parentalidade positiva e da salvaguarda da necessidade de vinculação afetiva da criança.....216

VIII.2. A realidade da residência alternada e a problemática da determinação da dupla residência.....220

VIII.3. A regra do exercício conjunto da parentalidade enquanto imposição legal do princípio da igualdade entre os progenitores.....237

VIII.4. Tipos de intervenção nas responsabilidades parentais.....238

CAPÍTULO IX. MODOS DE ATRIBUIÇÃO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA E DO JOVEM MENOR.....242

IX.1. Critérios de estabelecimento da residência dos filhos.....243

IX.2. Dos critérios legais de determinação do interesse da criança e do jovem menor na fixação da residência.....244

IX.3. Dos critérios doutrinários e jurisprudenciais de determinação do interesse da criança e do jovem menor na fixação da residência.....247

IX.3.1. A presunção ou preferência maternal/reduzida idade do filho/sexo feminino.....247

IX.3.2. A preferência paternal.....253

IX.3.3. A preferência do filho.....253

IX.3.4. A qualidade e consistência das relações afetivas da criança com os pais.....254

IX.3.5. A estabilidade do ambiente e das relações afetivas da criança.....255

IX.3.6. A não separação dos irmãos.....255

IX.3.7. A identidade de sexo entre o progenitor e a criança.....258

IX.3.8. A regra do ambiente social de inserção.....258

IX.3.9. A regra da pessoa ou figura primária de referência.....258

IX.3.10. A capacidade educativa dos progenitores.....262

IX.3.11. O direito da criança à continuidade das suas relações afetivas precoces.....263

CAPÍTULO X. O MODELO PORTUGUÊS. UMA CAMINHADA HISTÓRICA DE RETORNO À FAMÍLIA PARENTAL. SÍNTESE DE UM PERCURSO DE CHEGADA AO NOVO REGIME.....263

CAPÍTULO XI. O INTERESSE DA CRIANÇA OU JOVEM MENOR NA ENCRUZILHADA DA DICOTOMIA VERDADE BIOLÓGICA OU VERDADE AFETIVA EM MATÉRIA DE FILIAÇÃO E O BIOLOGISMO COMO EXPRESSÃO E ÚLTIMO SUSTENTÁCULO DA VISÃO ROMÂNTICA DA FAMÍLIA UNIDA.....	296
XI.1. A verdade biológica e a verdade afetiva em matéria de filiação.....	296
XI.2. A sócio-afetividade como novo modo de estabelecimento da filiação e a desbiologização da paternidade como um novo facto cultural.....	320
XI.3. A afetividade como valor jurídico e princípio constitutivo das relações interpessoais	328
XI.4. A qualificação das relações constitutivas de vida familiar pelo Conselho da Europa.....	331
XI.5. O critério de prevalência da parentalidade nas famílias recombinadas ou pluriparentais da jurisprudência do TEDH	337
XI.6. O critério da jurisprudência do TEDH no contexto da família homossexual e da família integrada por um transexual	338
XI.6.1. Da família homossexual.....	338
XI.6.2. Da família integrada por um transexual.....	340
XI.7. A multiparentalidade e o direito de investigar a origem genética.....	342
XI.7.1. A multiparentalidade como direito de personalidade com vínculo de filiação.....	343
XI.7.2. A multiparentalidade como direito de personalidade sem vínculo de filiação.....	344
XI.8. A posse de estado de filho.....	345
XI.9. A adoção como instrumento de proteção da criança.....	348
XI.9.1. A adoção à brasileira.....	359
XI.10. A tendência para o estabelecimento do equilíbrio e coexistência entre a verdade biológica e a verdade sociológica e o princípio da coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica.....	361

CAPÍTULO XII. A DESCODIFICAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA E A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA PLURAL.....	379
XII.1. O pluralismo jurídico no Direito da Família.....	379
XII.2. A pluralidade social e as «entidades familiares».....	380
XII.3. O núcleo inalienável da essência estrutural da família.....	383
XII.4. O registo de filiação simultâneo por mais de duas pessoas.....	387
CAPÍTULO XIII. SÍNTESE CONCLUSIVA FINAL.....	394
A. Do princípio da proteção da unidade familiar e da instituição matrimonial ao princípio da proteção dos filhos.....	394
B. Do poder paternal ao exercício conjunto das responsabilidades parentais.....	403
C. Do princípio da igualdade dos progenitores ao princípio da inseparabilidade dos filhos.....	411
D. A guarda conjunta com residência alternada como via privilegiada da consagração do princípio da igualdade e da inseparabilidade e da afirmação do mito da perenidade do «casal parental», em defesa do princípio do interesse primordial da criança.....	423
D.1. O exercício conjunto das responsabilidades parentais como regime-regra e sistema amortecedor do impacto negativo da rutura conjugal.....	423
D.2. A residência alternada como via de realização da parentalidade positiva e de preservação da necessidade da vinculação afetiva da criança.....	433
E. O interesse da criança na encruzilhada dos pressupostos histórico-culturais da verdade biológica com a verdade afetiva e o biologismo como expressão e último sustentáculo da visão romântica da família unida.....	440
E.1. A parentalidade relacional.....	440
E.2. A desbiologização da paternidade.....	447
F. Uma proposta de solução.....	457
Referências bibliográficas.....	462
Referências jurisprudenciais.....	515
Jurisprudência nacional.....	515
Jurisprudência comunitária.....	528

Jurisprudência do Brasil.....	532
Jurisprudência Alemã.....	533

“Um filho nunca escolhe um pai e, quase sempre, quer permanecer com ambos”,
Fabiane Simioni.

Agradecimentos

Ao Senhor Professor Doutor Guilherme de Oliveira,

Por todas as Lições...

Aos meus pais,

Por tudo o que me deram...

Aos meus filhos,

Pela compreensão por aquilo que não lhes dei...

À minha mulher,

Pela caminhada conjunta...

RESUMO:

Regista-se, atualmente, uma alteração do modelo do Direito da Família, em que o valor da estabilidade da instituição cede perante a tutela dos interesses dos indivíduos, quer quanto às relações intersubjetivas, quer no que respeita aos direitos fundamentais de cada um dos seus membros, especialmente, os filhos menores, onde a dimensão afetiva conquistou uma visibilidade jurídica nunca dantes conhecida, sob pena de os laços que entre si se estabelecem não poderem ser denominados como vínculos familiares.

Correspondendo a guarda legal ou jurídica e a residência alternada com os dois progenitores a modalidades do mesmo denominador comum que é a guarda conjunta, ou melhor, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, e sendo este, nas questões de particular importância para a vida do filho, salvo nos casos de urgência manifesta, o regime-regra proposto pelo legislador da Reforma de 2008 (DL nº 61/2008, de 31 de outubro), de natureza imperativa e de ordem pública, nos precisos termos que vigoravam na constância do matrimónio, o modelo da residência alternada deve, por maioria de razão, ser consagrado, face ao da guarda legal, independentemente, do acordo dos progenitores, com o único limite de se demonstrar um «compelling interest», ou seja, de o mesmo ser julgado contrário aos interesses dos filhos, como via de realização da parentalidade positiva, por um lado, e de preservação da necessidade da vinculação afetiva da criança ou jovem menor, por outro.

Qualquer construção jurídica que, em nome do legítimo direito dos cônjuges à dissolução do contrato de casamento que celebraram, conduza à possibilidade de ser quebrado o vínculo afetivo que estabeleceram com os filhos menores, com a consequente exclusão do progenitor não residente em participar na sua educação ativa, contra a sua vontade, afronta os princípios constitucionais da igualdade dos cônjuges e dos progenitores na educação e manutenção dos filhos e da inseparabilidade uns dos outros, que se encontram, inextricavelmente, entrelaçados.

Subjacente ao exercício conjunto das responsabilidades parentais encontra-se o ideário da manutenção do mito da família não cindida, de modo a realizar uma transição mais tranquila para a nova filosofia da perenidade do «casal parental», apesar do desaparecimento e precariedade do «casal conjugal», substitutivo da anterior convicção

profunda da sociedade quanto à indissolubilidade do casamento, em cujo contexto o biologismo confere expressão e constitui o último sustentáculo da visão romântica da família unida, como célula básica e estruturante da sociedade.

Não podendo o paradigma da parentalidade ter como único suporte o critério biológico, quando não sustentado, de igual modo, em critérios de responsabilidade e de relação, é notória a dificuldade em superar o preconceito biologista, ou seja, a ideia subjacente da complementaridade homem/mulher, ou, pelo menos, do binómio afetivo da relação a dois, com vista a um adequado exercício da função parental.

Palavras-chave: Afetividade; Biologismo; Casal conjugal; Casal parental; Criança; Dignidade da pessoa humana; Divórcio; Exercício conjunto; Família; Filiação; Função parental; Guarda conjunta; Jovem menor; Poder paternal; Princípio da igualdade; Princípio da inseparabilidade; Questões de particular importância; Residência; Residência alternada; Responsabilidades Parentais; Superior interesse da criança.

ABSTRACT:

There is today an ongoing shift in Family Law in which the stability of the institution is losing precedence over the superior interests of the individuals, namely in favour of their intersubjective relationships and the fundamental rights of each of its members, including most importantly those concerning minors. Indeed, the affective dimension has seized an unprecedented standing in judicial settings, in recognition that its disregard fundamentally negates the bonds that pre-exist within a family.

In view of joint custody, that is, the shared right to exercise parental responsibilities, being proposed by the legislator of the 2008 Reform (Decree-law no. 61/2008, of October 31, published in the Official Gazette of the Portuguese Republic) as the default model of child custody, and considering its current subdivision in two dominant forms of implementation, joint legal custody and joint physical custody, a case is made here in favor of the latter being established as the preferred choice, independently of whether an agreement between both parents can be reached, except when deemed harmful to the best interests of the minor(s), since it permits the continued exercise of positive parenting and safeguards the youth-parent affective bond.

Any judicial construct arising from the legitimate right of the spouses to file for divorce that opens the possibility of severing the emotional bond with their minor children, and the consequent exclusion of the non-resident parent from maintaining an active role in their education, against his/her will, is deemed contrary to the constitutional provisions that guarantee equal rights in marriage to both spouses as well as to both parents in the upbringing of their progeny, at heart asserting all parties to be inseparable and inextricably intertwined.

This shared exercise of parental responsibilities implicitly holds the idea of preserving the myth of a united family, in an attempt to ease the transition to the new reality as a «parental couple» that comes to exist in lieu of the «marital couple». This concept overcomes a previously embedded belief in society that saw in marriage an

indissoluble contract and finds support in the biological bond, which constitutes the last remnant of a united family, still to this day the basic structural cell of our culture.

While parenthood cannot be solely underpinned by the biological context when responsibility and interpersonal criteria are not equally upheld, it is notoriously difficult to surpass entirely all biological biases, namely the underlying man-woman complementarity or, at least, the binomial bond of a two-party relationship, in light of an adequate exercise of parental duties.

Keywords: Affection; Biologism; Marital couple; Parental couple; Child; Human dignity; Divorce; Joint exercise; Family; Shared parenting; Filiation; Parental role; Joint custody; Minor; Parental power; Principle of equality; Nonseparability principle; Issues of special importance; Residence; Joint physical custody; Parental responsibilities; Best interest of the child.

SIGLAS E ABREVIATURAS

- AAFDL**..... Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- ADN**.....ou DNA, iniciais da designação em inglês DeoxyriboNucleic Acid
- APIPDF**.....Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos
- APMJ**.....Associação Portuguesa de Mulheres Juristas
- AR**.....Assembleia da República
- BGB**.....Burgerlicher Gesetz Buch
- BFDUC**.....Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
- BMJ**.....Boletim do Ministério da Justiça
- CC**.....Código Civil Português de 1966
- CCB**.....Código Civil Brasileiro de 2002
- CCE**.....Código Civil Espanhol
- CCF**.....Código Civil Francês
- CCI**.....Código Civil Italiano
- CDC**.....Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, assinada, em Nova Iorque, a 26 de janeiro de 1990, aprovada para ratificação, pela Resolução da AR nº 20/90, de 12 de setembro, e ratificada por Portugal, em 21 de setembro de 1990.
- CE**.....Comunidade Europeia

CEDH.....Convenção Europeia sobre os Direitos do Homem

CJ.....Coletânea de Jurisprudência

CP.....Código Penal Português

CPC.....Código de Processo Civil Português

CRB.....Constituição da República do Brasil de 1988

CRC.....Conservatória do Registo Civil

CdRC.....Código do Registo Civil

CdRC67.....Código do Registo Civil de 1967

CRP.....Constituição República Portuguesa de 1976

CSM.....Conselho Superior da Magistratura

DR.....Diário da República

EMP.....Estatuto do Ministério Público

EUA.....Estados Unidos da América

FDUC.....Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

INE.....Instituto Nacional de Estatística

IRS.....Instituto de Reinserção Social

JR.....Jurisprudência das Relações

LAR.....Lei do Arrendamento Rural

LPCJP.....Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo, criada pela
Lei nº 147/99, de 1 de setembro

LPMA.....resultante da Lei nº 17/2016, de 20 de junho, com as
alterações introduzidas pela Lei nº 32/2016, de 26 de julho

LUF.....Lei da União de Facto, Lei nº 7/2001, de 11 de maio, alterada pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto

MP.....Ministério Público

OMS.....Organização Mundial de Saúde

ONU.....Organização das Nações Unidas

OTM.....Organização Tutelar de Menores de 1978, resultante do DL nº 314/78, de 27 de outubro

OTM.....Organização Tutelar de Menores de 1962, resultante do DL nº 44287, de 20-4-1962

PGR.....Procuradoria-Geral da República

RDES.....Revista de Direito e Estudos Sociais

Reforma de 1977.....Resultante do DL nº 496/77, de 25 de novembro, em vigor, a partir de 1 de abril de 1978

Reforma de 1995.....Instituída pela Lei nº 84/95, de 31 de agosto

Reforma de 2008.....Resultante da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro

RFDUNL.....Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

RGPTC.....Regime Geral do Processo Tutelar Cível, adotado pela Lei nº 141/2015, de 8 de setembro

RIJ.....Revista da Infância e Juventude

RJPA.....Regime Jurídico do Processo de Adoção, aprovado pela Lei nº 143/2015, de 8 de setembro.

RLJ.....Revista de Legislação e Jurisprudência

PMA.....Procriação Medicamente Assistida

ROA.....Revista da Ordem dos Advogados

RPDF.....Revista Portuguesa de Direito da Família

SJ.....Scientia Juridica

STJ.....Supremo Tribunal de Justiça

TC.....Tribunal Constitucional

TEDH.....Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRC.....Tribunal da Relação de Coimbra

TRE.....Tribunal da Relação de Évora

TRG.....Tribunal da Relação de Guimarães

TRL.....Tribunal da Relação de Lisboa

TRP.....Tribunal da Relação do Porto

DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DOS PROGENITORES AO PRINCÍPIO DA INSEPARABILIDADE DOS FILHOS.

A RESIDÊNCIA ALTERNADA COMO VIA PRIVILEGIADA DA SUA AFIRMAÇÃO E O BIOLOGISMO COMO ÚLTIMO SUSTENTÁCULO DO MITO DA PERENIDADE DO «CASAL PARENTAL»

CAPÍTULO I. INTRODUÇÃO PREPARATÓRIA TEMÁTICA GERAL

Pretende-se demonstrar que é, potencialmente, violador do princípio da igualdade dos cônjuges ou dos progenitores quanto à manutenção e educação dos filhos menores e bem assim como do princípio da inseparabilidade daqueles perante estes, após desfeito o casal conjugal, o exercício das responsabilidades parentais em que a residência da criança ou jovem menor não seja partilhada por ambos, sendo o biologismo, não obstante, a expressão e último sustentáculo da visão romântica da família nuclear intacta e do correspondente mito da perenidade do «casal parental», no contexto do estudo a que se vai proceder sobre os diferentes critérios de estabelecimento do exercício das responsabilidades parentais, modos de fixação da residência das crianças e jovens menores e correlativas formas de organização das responsabilidades parentais, no caso de divórcio dos progenitores e situações assimiladas, tomando-se, sempre, em consideração o princípio fundamental do superior interesse daqueles.

Proponho-me desenvolver na tese de dissertação, de que esta apresentação constitui um simples projecto de um trabalho¹, que se pretende consistente, integrado, crítico e inovador, a questão do exercício do poder paternal, relativamente à pessoa do filho, na sequência de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, mas na outra face, menos visível, do progenitor que não tem a guarda, ou melhor, de acordo com o regime-regra adoptado pelo legislador, do progenitor não residente com o menor, ou, em termos ainda mais abrangentes e impressionantes dos vários leques de situações, legalmente, possíveis, incluindo ao nível do Direito Comparado, mas, também, mais simplistas, da situação do progenitor, após o divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

¹ Projeto de tese de dissertação defendido, em julho de 2008.

É uma proposta que, naturalmente, comporta algum risco e, sendo susceptível de prometer algo, bem pode vir a acontecer que, em resultado da posterior investigação, que ainda agora se iniciou, acabe por esvaziar as expectativas criadas e conduzir a uma tese que se traduza num passeio, «dèjà vue», de revisitação de lugares comuns.

De todo o modo, enquanto projecto de dissertação, não passa de um plano geral e provisório de um trabalho a empreender, sujeito às vicissitudes da própria investigação, sem esquecer as directrizes tutoriais orientadoras, e até as eventuais alterações legislativas que, tendo sido anunciadas, neste domínio, podem conduzir a inflexões na marcha da actividade em início de execução.

Ainda de referir que, através da apresentação deste projecto, não se pretende, como é óbvio, uma síntese de obra feita, quer porque não existe, quer porque agora se irá, tão-só, destacar aquilo que se entende ser a linha dorsal do trabalho, esquecendo ou silenciando ou, apenas, vagamente, referindo as demais questões circundantes ao seu núcleo essencial.

Porém, e, desde já, este projecto pretende integrar o estudo do estatuto do progenitor, na sequência de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento ou da mera separação de facto, em interligação com o binómio estruturante do direito constitucional português da família, que consagra o princípio da igualdade dos cônjuges e dos progenitores não casados, na educação e na manutenção dos filhos, com assento no artigo 36º, nº 3, da Constituição da República Portuguesa, segundo o qual “os cônjuges [e os outros progenitores²] têm iguais direitos e deveres quanto... à manutenção e educação dos filhos”, conjugadamente com o princípio da inseparabilidade dos filhos, em relação aos progenitores, que assumem, perante aqueles, os deveres fundamentais da responsabilidade parental.

Assim, se enunciava o propósito que, em seguida, se vai concretizar.

I.1. No centro da viagem para a modernidade, a família saiu da rede social, fechou-se sobre si mesma, atingindo, no século XVIII, uma nova existência de felicidade, associada à liberdade, repudiando o mundo anterior, fundado na tradição e na autoridade³, enquanto direitos

² Artigo 36º, nºs 4, 5 e 6, da CRP.

³ A reconstrução da família, como quadro essencial da humanização da pessoa, tem lugar com o Imperador Romano Octávio Augusto, que governou entre 27 AC e 14 DC.

inalienáveis da criação⁴, ou seja, privatizou-se e, com ela, privatizou-se, igualmente, o Direito que a regula, isto é, o Direito da Família.

As várias funções que, historicamente, conheceu a vida coletiva dos membros da família⁵, encontram-se, estreitamente, associadas às concepções que se propõem esclarecer o seu fundamento, quer a contratualista e subjetivista, que privilegia a vontade dos seus membros e a associação que constituem⁶, quer a objetivista, que sustenta que o indivíduo se integra na família, por força de uma ordem ético-social, a ordem comunitária, a que obedece e lhe limita a liberdade⁷.

Da associação do poder público, representado pelo Estado, com o direito à felicidade, prosseguido através da liberdade, resulta o predomínio do indivíduo e o favorecimento do seu enquadramento no seu seio.

O individualismo moderno, que conhece a sua arrancada, nos séculos XII e XIII, como forma perturbadora da «tranquilidade da ordem», em que cada homem se torna no fim-último⁸, foi continuado no Renascimento, com a renovada atenção voltada para as coisas do mundo, onde o ser humano deve, prioritariamente, procurar a felicidade, e com o Luteranismo, que confere preeminência à vida pessoal no conjunto íntimo que estabelece com Deus⁹.

E foi esta procura de liberdade que, estreitamente, controlada pelas classes dominantes, até ao século XVIII, passou a estender-se, desde, então, a todas as classes sociais.

I.2. E quando a liberdade se substituiu à justiça, então, entendida como uma ordenação de fundamento transcendente das pessoas, a felicidade desvinculada abalou a estabilidade do casamento, onde o amor era, necessariamente, extraconjugal, e a mulher, serva do marido e objeto de procriação, vivia «separada» do esposo^{10 11 12}.

⁴ Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776, redigida por Tomás Jefferson, baseada na nova filosofia das luzes do século XVIII, que defendia o princípio da soberania popular.

⁵ Franz Carl Müller-Lyer, *The Family*, London, George Allen and Unwin, 1931, 316 a 339.

⁶ Emanuel Kant, *Princípios Metafísicos del Derecho*, tradução de G. Lizarraga, Madrid, 1873, 114 e ss.

⁷ Friedrich Hegel, *Princípios da Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1997, 166 e ss.

⁸ Henry Osborn Taylor, *The Medieval Mind*, 4ª edição, Harvard University Press (Cambridge, MA), I, 1962, 426-7.

⁹ Theodosius Harnack, *Luthers Theologie mit besonderer Beziehung auf seine Versöhnungs – und Erlösungslehre: Luthers Lehr dem Erlöser und der Erlösung*, München, Kaiser, 1927, II.

¹⁰ Clive Staples Lewis, *The Allegory of Love, A Study in Medieval Tradition*, Oxford, 1936, 1 e ss.

¹¹ Apesar do cristianismo ter elevado a condição social da mulher, fazendo-a, em teoria, igual ao homem, a sua situação tinha sido muito precária, desde a Alta Idade Média, exposta ao misogénismo dos autores eclesiásticos e à crueldade do marido, a que fugia a mulher de condição nobre quando decidia refugiar-se num convento, competindo ou, mesmo, superando o homem em instrução, no século XI, Heinrich Finke, *Die Frau im Mittelalter*, Kempten, Kössel & Pustet, 1912, 30.

¹² A reação feminina contra a dependência social e jurídica da mulher, na Idade Média, com expressão na poesia trovadoresca, já define e pressagia um ideal de feminismo, Wechsler, *Das Kulturproblem des*

Desmistificada a ideia de que o casamento tem que ser, necessariamente, uma união alicerçada no amor romântico¹³, devem os esposos ser autorizados a dissolver o matrimónio quando descobrem que já não se amam, o que colide com o controlo que a Igreja, em especial, e o Estado, também, pretendem exercer sobre o mesmo, mas que significa a transição da ordem política e social transcendente para a ordem contratual imanente, em que, correlativamente, se restringe o campo do Direito Público da Família, que passa a ser ocupado pelo Direito Privado da Família, integrado no Direito Civil, o Direito dos Iguais, dos cidadãos libertados do constrangimento do Estado¹⁴.

O casamento não é mais uma união, em princípio, indissolúvel, mas, antes, um contrato entre duas pessoas de sexo diferente, revogável, a todo o tempo, não assumindo a sociedade outro papel que não seja o do registo do facto e da eventual constatação do seu início e, igualmente, do seu epílogo.

Criou-se uma verdadeira mística do divórcio, porquanto “ninguém contesta os males que ele produz, mas ninguém se permitiria, porém, pedir uma modificação das leis existentes, ou uma restrição da sua prática, o que seria dar provas de um espírito antidemocrático”¹⁵.

Efetivamente, o direito ao divórcio, em qualquer modalidade de casamento, civil ou religioso, é admitido pelo artigo 36º, nº 2, da CRP, muito embora, para a Igreja Católica, o casamento rato e consumado seja indissolúvel¹⁶, por força do disposto no artigo 1º, cânone 1141º,

Minnesangs, Halle, Niemeyer, 1909, 180, com pontos de contacto com o século XVII, em que “...l’amour n’est pas seulement une simple passion comme partout ailleurs, mais une passion de nécessité et de bienséance: il faut que tous les hommes soient amoureux et que toutes les dames soient aimées”, Ernest Scillière, *Les origines romanesques de la morale et de la politique romantiques*, Paris, La Renaissance du Livre, 1920, 163, citando Scudéry, in “Artamène”.

¹³ Uma certa ideia de incompatibilidade entre o amor e o casamento aparece denunciada na poesia trovadoresca, defendendo-se que “o amor não se pode desenvolver entre dois casados; porque os amantes dão-se reciprocamente tudo, de graça, sem o menor constrangimento; ao passo que os casados se obrigam a mútua obediência, por dever, e não se podem recusar cousa nenhuma”, Andreas Capellanus, *De Amore*, libri tres, edição de Amadeu Pagés, Castelló de la Plana, Sociedad Castellonense de Cultura, 1930, 80; Wechssler, *Das Kulturproblem des Minnesangs*, Halle, Niemeyer, 1909, 208 a 210. Esta conceção audaciosa, pela qual a mulher era livre de dar o seu amor a quem quisesse, denunciava uma tendência revolucionária que conflituava, manifestamente, com a doutrina oficial da Igreja.

¹⁴ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões, II – A Família como problema normativo*, 2ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2005, 44.

¹⁵ Georges Ripert, *Le regime démocratique et le droit civil moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1936, nº 38; René Savatier, *Le droit, l’amour et la liberté*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963, 7.

¹⁶ Em nenhuma época, foi, significativamente, posta em causa pela Igreja, no domínio dos princípios, a doutrina tradicional da indissolubilidade do vínculo conjugal, embora tenha havido um certo debate, sem grande alcance prático, sobre o momento da perfeição do vínculo, centrado na consumação do matrimónio.

do CDC¹⁷, o que significa que, em bom rigor, o Estado não dissolve o casamento católico, mas, tão-só, faz cessar os seus efeitos civis¹⁸.

I.3. Por outro lado, nesta nova conceção de família, que, crescentemente, se não deixa submeter ao controlo da ordem social, distanciando-se, progressivamente, dos modelos normativos impostos ou sugeridos pela mesma, a recusa do casamento e a adesão à união livre constituem manifestações de um princípio geral de desinstitucionalização e de contratualização, no seio da organização da vida privada¹⁹.

Uma mais insistente procura da regulação contratual, por confronto com a regulação tutelar, corresponderia a uma privatização do modo de constituição e dissolução do casal, em conformidade com o que seria um funcionamento familiar de tipo associativo²⁰.

Neste enquadramento, o recurso a Tribunal corresponde a uma estratégia de procura da ordem legítima, a uma forma de justiça clássica, como referencial supremo e árbitro derradeiro de um processo contratual, segundo o qual o contrato social não pode basear-se, apenas, no mútuo acordo ou no encontro de interesses, pressupondo a existência de um poder coativo capaz de garantir a sua aplicação²¹.

I.4. Por seu turno, até ao século XIX, o que ainda, hoje, acontece nas zonas mais tradicionais, a família era um grupo aberto à interferência dos parentes mais afastados, da comunidade em geral, dos centros de poder e de coerção organizada, um elemento da ordem pública e da estrutura social, constituindo o lastro da sociedade e do Estado.

No século XIX, verifica-se, já, a oposição entre a família e o Estado, deixando a organização política de assentar nas famílias, que se privatizam, fechando-se sobre si mesmas, enquanto o Estado se retira da cena pública e política, só, aparentemente, reconhecendo os indivíduos, para o que contribui, constituindo um obstáculo à sua afirmação, a estrutura, rigidamente, imposta pela família.

¹⁷ Dispõe o cânone 1141º, do CDC, que “o matrimónio ratificado e consumado não pode ser dissolvido por nenhum poder humano nem por nenhuma causa, exceto a morte”.

¹⁸ Tal como acontece, em Itália, em que o artigo 2º, da Lei nº 898, de 1 de dezembro de 1970, fala em «cessação dos efeitos decorrentes da transcrição do casamento», concordatário ou não católico, enquanto que, para o casamento civil (laico), usa a expressão «dissolução do casamento».

¹⁹ Jacques Commaille, *Les Régulations de la Famille Française. Déterminations Complexes des Rapports Public-Privé*, Fundación Dialnet, 1991, 22 a 24.

²⁰ B. Bastard, L. Cardia-Vonèche, *L'irrésistible diffusion de la médiation familiale*, *Annales de Vaucresson*, 1988, nº 29, 169 a 198.

²¹ Jean-Daniel Reynaud, *Du Contrat Social à la Négociation Permanente*, in H. Mendras (ed.), *La sagesse et le désordre*, Paris, Gallimard, 1980, 389 a 416.

Com esta aceção, tem ainda hoje sentido falar do carácter institucional da família, enquanto grupo portador do seu direito, da sua ordem íntima, dificilmente, penetrável e regulável pelo ordenamento externo e estranho do Estado²², enquanto instituição natural, que nasce, espontaneamente, desde que haja seres humanos, cujo aparecimento não depende de lhe ser reconhecido pelo Estado um estatuto jurídico, existindo sem a intervenção deste e regendo-se por costumes tradicionais, desenvolvendo-se segundo o seu ritmo próprio e só, residualmente, dependendo das instituições legais²³.

O carácter institucional do Direito da Família assenta em duas coordenadas fundamentais, quais sejam a de que a lei não é a única, nem, porventura, a principal fonte do direito regulador das relações familiares, antes “a família como grupo social primário, ainda mais que o direito, é o fundamento dos sentimentos dos indivíduos que a constituem”²⁴, e, correlativamente, que grande parte da disciplina das relações do foro familiar é criada, no seio das próprias instituições concretas, o que transparece na existência de inúmeras lacunas, intencionalmente, criadas ou consentidas, neste ramo de direito, em conjugação com a utilização frequente de conceitos em branco, fórmulas flexíveis e maleáveis que permitem a adaptação jurisprudencial às transformações dos costumes e à evolução das concepções sociais relativas à vida familiar.

É que, sendo função do Direito da Família regular e salvaguardar todos os valores inerentes a esta instituição, daqui decorre a inevitável permeabilidade desse conjunto de normas pelas flutuações e modificações que a própria instituição familiar venha a sofrer na sua evolução e conformação sociológica.

Constituindo a família uma instituição, como um núcleo social distinto dos seus membros, individualmente, considerados, para além da protecção legal dispensada aos interesses do “núcleo familiar”, o legislador não subestimou os interesses particulares de cada um deles²⁵.

Desdiz-se a visão institucional, mas acaba por se regressar à mesma, com fundamentos igualitaristas, ou de facilitação da vivência conjugal, perante terceiros, ou, até, de tutela dos filhos.

²² Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II...., citado, 129 e 130.

²³ Gomes da Silva, *Curso de Direito de Família*, Tomo I, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1954, 38 e 39, citando Jacques Leclercq, *Leçons de droit naturel*, III, *La famille* (Collection Etudes morales, sociales et juridiques), 3e éd., revue et corrigé.

²⁴ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 36ª edição, Padova, 1995, nº 103, 245.

²⁵ Em sentido contrário, segundo o qual os supostos interesses do grupo familiar não passam de interesses individuais dos membros da família, numa visão individualista, ao estilo oitocentista, Francesco Prospero, *La Familia non fondata sul matrimonio*, 1980, 71.

I.5. O Direito Público da Família, formado por normas imperfeitas, desprovidas de coação, será, tendencialmente, apenas, um conjunto de regras destinadas a garantir a liberdade individual, a igualdade natural, ao serviço de um equilíbrio de interesses de cunho, marcadamente, personalista.

Com efeito, na família, confluem a religião, o costume e a Moral, sendo o Direito da Família um organismo ético, antes que jurídico, onde avultam os preceitos sem sanção ou com uma sanção, apenas, virtual, em que as obrigações são incoercíveis, seja porque esse direito é incapaz, por si mesmo, de impor a sua observância, mediante coação externa, seja porque se considerou preferível entregar a tutela do respetivo ordenamento normativo ao sentimento ético, ao costume ou às forças do ambiente social²⁶.

Do carácter ético das instituições familiares resulta, também, que as normas do Direito da Família sejam incoercíveis ou, reduzidamente, coatíveis, sendo, frequentemente, uma mera jurisdicionalização de preceitos morais.

I.6. Na ordem decorrente do Direito Público da Família do século XX, assente na autoridade soberana e ilimitada do pai, chefe de família, fonte de normas da organização interna da família²⁷, baseada na essência do cristianismo, que se impõe aos seus dependentes, mulher, filhos e outros, nomeadamente, os assalariados, a família, círculo de afetos e centro de autoridade, garantia um grau razoável de segurança da coletividade e esbatia os conflitos internos, com um mínimo de violência, embora à custa dos sacrifícios de uma parte dos seus membros.

A família era, então, um instrumento da ação social da Igreja, mas, também, um veículo ao serviço do controlo do Estado ou do seu poder real sobre as populações²⁸.

A escola alemã do Direito Natural, ainda no século XVIII, apesar do seu fundamentalismo racionalista e do seu protestantismo militante de base, manteve-se, radicalmente, conservadora, não ultrapassando a visão da família-instituição, ao serviço da

²⁶ Francisco Bonet Ramón, *Compendio de Derecho Civil, Derecho de Familia*, volume IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid Editorial, 1961, 17.

²⁷ Segundo Platão, “para uma República bem constituída, as primeiras leis deviam ser as que regulam os casamentos”, *A República*; acrescentando Confúcio que “nada é mais sagrado do que esta união e da boa ordem que aí reinar resulta a boa ordem de toda a sociedade”, *Frases Curtas de Confúcio*; acentuando-se, no decurso dos séculos XVII e XVIII, em consequência do absolutismo político e do despotismo iluminado, a estrita hierarquia e dominação, no interior da família, que assentavam na necessidade de uma rigorosa ordem, tendo à cabeça um chefe esclarecido e de mandato divino.

²⁸ Hugo Grotius, embora assinale a importância do livre consentimento no matrimónio, encara o casamento como uma forma de sujeição natural de uma parte do género humano à outra, e Samuel Pufendorf, considera que é mais conforme à natureza a submissão da mulher ao marido, in “*Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural*”, Rio de Janeiro, Topbooks, 2007, 279.

sociedade, cujo fim era a procriação²⁹, com uma função, eminentemente, social, esquecendo os interesses dos cônjuges, mesmo quando acentuava o caráter contratual do casamento.

Até finais do século XVIII, a vida familiar acontecia, no interior da casa, aberta à multidão de parentes e dependentes, e, por isso, o estreito relacionamento das pessoas não deixava espaço significativo para a afirmação das individualidades dentro da família.

I.7. Porém, a partir de, então, a família fecha-se e foge à rede social tradicional, tornando-se um espaço de sentimento, portador de valores, em substituição do evanescente relacionamento social dos tempos antigos, assistindo-se, no século XIX, e, nos princípios do século XX, a uma aliança entre a família e o indivíduo³⁰, sucedânea do vínculo família-sociedade, em que os pais se preocupam com o destino dos filhos e não já com as vicissitudes do grupo, ainda que, por ironia, como, tantas vezes, acontece com os denominados movimentos sociais do progresso, tal coincida com o momento da entrada massiva das crianças na rua³¹, fugindo ao controle da família, fechada em casa, realizando-se a socialização, no espaço público exterior, através de organizações não familiares ou da comunidade dos indivíduos.

É a época, já referida, em que o Direito da Família deixa de ser público, para se transformar em Direito Civil, e em que o seu reduzido grau de eficácia se reflete nas normas inacabadas que o compõem, a qual, logo se reconhece, face à sua impotência para restaurar a harmonia, por se traduzir em obrigações com sanções imperfeitas, e falhar, sobretudo, na regulamentação das relações pessoais, ao revelar-se incoercível a obrigação de a mulher amar o marido ou de o filho respeitar os pais, reconduzindo-se o Direito da Família ao campo da reserva da Moral e dos costumes que, aliás, invadem, progressivamente, a zona, anteriormente, reservada ao Direito.

²⁹ Sendo mesmo que, para Thomasius e seus discípulos, os cônjuges têm o direito de por fim à união, uma vez alcançada a sua finalidade com o nascimento do primeiro filho, ou, então, segundo Wolff, para quem o casamento era uma sociedade igualitária entre marido e mulher, embora a autoridade conjugal pertença ao marido, podendo ocorrer a dissolução do casamento, logo que se verifique a impossibilidade da procriação, ou que os filhos estejam educados.

³⁰ A tendência para reduzir o núcleo significativo da família ao vínculo conjugal, no sentido de uma família individualista, já vinha ao encontro da doutrina da Igreja, anteriormente, ao feudalismo, que este movimento social e político, entretanto, fez retardar, valorizando a Igreja a vertente contratual do casamento, que se autonomiza e privatiza, constituindo uma das causas do individualismo contemporâneo.

³¹ Estima-se que, no Rio de Janeiro, vivam, na rua, cerca de um milhão de crianças com idade inferior a doze anos.

Para a doutrina tradicional, os direitos familiares pessoais estariam desprovidos de uma sanção organizada, como acontece com a violação dos deveres conjugais pessoais, pelo menos, em termos de uma garantia, especificamente, matrimonial³².

O que era perseguido ou penalizado, outrora, é, hoje, abandonado à liberdade individual e, conseqüentemente, quaisquer tentativas de reaproximação da iniciativa pela família, para que assuma o seu próprio protagonismo, conhecem a resistência do Estado, que as reprime³³.

Com efeito, a principal repercussão da privatização do Direito da Família situa-se, no âmbito do Direito das Pessoas, tornando-se a lei desnecessária quando tudo funciona bem, no seio da família, mas que se limita a constatar a falência da organização familiar, nos momentos de crise, dependendo, portanto, as virtualidades do casamento da vontade dos próprios cônjuges.

O núcleo tradicional do Direito da Família tem vindo, assim, a enfraquecer, quer na sua dimensão, quer na sua eficácia, sendo constituído, na sua maioria, no âmbito das relações familiares pessoais, por normas imperativas, de ordem pública, em especial, nas relações, intrinsecamente, familiares, inderrogáveis pela vontade dos particulares, o que significa um «recuo do Direito», como marca distintiva da sua recente evolução principiológica^{34 35}.

³² Guilherme de Oliveira, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Manual de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Coimbra, Almedina, 2020, reimpressão, 59, 60 e 138. Os atos cuja ilicitude nasça do casamento, ou que só revelem, a partir dele, por ofenderem valores, especificamente, matrimoniais, em vez de violarem direitos de que qualquer pessoa é titular pelo nascimento, não fazem incorrer o agente na autoria de responsabilidade civil, necessariamente, extracontratual, autor e local citados, 60 e 61. Ainda Guilherme de Oliveira, Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais, responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais-pdf, interpretando, restritivamente, o texto do artigo 1792º, do CC, “intervirá, portanto e apenas, o regime da responsabilidade delitual”. A doutrina francesa designa por «faits dommageables de nature mixte» aquelas agressões físicas cometidas entre cônjuges que, para além de constituírem um ilícito matrimonial, traduzem uma violação de um dever que existe entre todas as pessoas, Nerson, De l’ application de l’article 1382 du Code Civil dans les rapports entre époux, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1966, 518. Nestes casos, em que a violação dos deveres conjugais implica, ao mesmo tempo, a violação de um direito de personalidade, a fragilidade da garantia da relação familiar pessoal é, de algum modo, compensada pela infração simultânea de um outro direito subjetivo privado, em relação ao qual a garantia funciona sem quaisquer restrições, Heinrich Ewald Hörster, A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges ente si (ou a doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?), SI, 1995, nºs 253/255, 116. Nestes ilícitos de natureza mista, o dano sobrevivendo resulta de um fato, simultaneamente, violador de um contrato e de um dever geral de conduta, em que só, aparentemente, se pode falar de um concurso entre as duas modalidades de responsabilidade civil, Almeida Costa, O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual, AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 563.

³³ Diogo Leite de Campos, Lições de Direito da Família e das Sucessões, II..., citado, 45.

³⁴ Guilherme de Oliveira, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Manual de Direito da Família, citado..., 55; Guilherme de Oliveira, Direito da Criança à Continuidade das suas Relações Afetivas, Conferência Estado de Direito e Direitos Fundamentais: A Concretização dos Direitos Fundamentais pelos Tribunais, Assembleia da República, 9 de julho de 2013, Lisboa, Assembleia da República/Centro de Estudos Judiciários, 60.

O domínio das relações pessoais entre os cônjuges e entre pais e filhos integra, por via de regra, conceitos jurídicos indeterminados, de difícil interpretação e aplicação, cujo preenchimento depende das circunstâncias do caso concreto, do meio social dos cônjuges envolvente, do seu local de residência e da sua idiosincrasia, conferindo uma larga margem de liberdade aqueles a quem pretendem impor comportamentos.

I.8. Por seu turno, desde a década de setenta do século XX, que se assiste, no continente europeu, a um movimento com a designação sugestiva de «descodificação do direito civil»³⁶, caracterizado, também, no Direito da Família, pela proliferação de leis avulsas e pela formação de extratos setoriais do direito, enquanto constelações normativas dotadas de princípios privativos³⁷.

Este movimento de «descodificação do direito civil» corporiza-se, igualmente, através da emigração do estatuto fundamental do direito privado do Código Civil para o texto da Constituição, não só das normas reguladoras das relações políticas entre o cidadão, a família, a Igreja, outros grupos sociais e o Estado, mas, igualmente, das regras básicas dos institutos em que assenta a vida privada dos indivíduos e das associações e fundações em que eles se integram.

O centro de gravidade do direito privado desloca-se, progressivamente, para o domínio do Direito Constitucional, o que confere um estatuto de primeira grandeza aos institutos que o passam a integrar e torna menos volátil a sua substância, agora mais protegida das contingências político-partidárias de ocasião, atendendo à maioria qualificada que uma eventual revisão constitucional dessas normas exige³⁸.

Mercê deste movimento de «descodificação do direito civil», as relações jurídico-familiares são reguladas pelo Direito Constitucional primário, com uma amplitude variável, em função da intensidade da sua afirmação, pelo direito ordinário, contido no CC, desde logo, o direito das sucessões ou o direito da locação, e pela legislação extravagante, cada vez mais

³⁵ Existem, também, as relações, acessoriamente, familiares, desprovidas da tónica da inderrogabilidade, por vontade das partes, como a obrigação de alimentos entre os cônjuges ou o regime de dívidas entre eles.

³⁶ Antunes Varela, O movimento de descodificação do direito civil, in “Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário”, Rio de Janeiro, Forense, 1984, 499 e ss.; Adriano de Cupis, A propósito di codice e de codificazione, Rivista de Diritto Civil, II, 1979, 47; Natalino Irti, Leggi speciali, Rivista de Diritto Civil, 1979, 141.

³⁷ Trata-se de núcleos de normas que tendem a crescer com a complexidade da vida e o aperfeiçoamento do estudo das relações e que não encontram já, nas grandes codificações do direito privado, os princípios específicos que requerem.

³⁸ Em sentido contrário, defendendo que a parte mais nobre de algumas das suas instituições fica, então, inteiramente, à mercê dos ventos políticos e da força das maiorias partidárias, Antunes Varela, Direito da Família, 1º volume, 4ª edição, revista e actualizada, Lisboa, Livraria Petrony Lda, 1996, 154.

dispersa, quer por áreas adjacentes à legislação civil, quer, por fim, por vários outros ramos do direito, o denominado direito não civil da família³⁹, designadamente, o direito penal, o direito fiscal, o direito do trabalho, o direito da segurança social da família e o direito internacional da família.

A lei ordinária perdeu o monopólio da vinculação normativa, porquanto as disposições constitucionais assumem o papel inspirador das grandes transformações legislativas e constituem elementos essenciais de interpretação daquela lei, passando “o reconhecimento amplo dos direitos fundamentais a influenciar o direito ordinário da família”⁴⁰.

Situado na cúpula do ordenamento jurídico, o Direito Constitucional tem por finalidade a libertação dos membros da família dos constrangimentos tradicionais, consolidando-se os seus direitos individuais, no seio do agregado familiar, que se subtrai ao império da lei, contratualiza a sua relação e se fraciona em diversos membros libertos de dominação.

I.9. Porém, a matéria de «affidamento» ou confiança pré-adoptiva, confiança judicial a pessoa selecionada com vista a adoção ou a instituição com vista a futura adoção de crianças e jovens, a que aludem os artigos 35º, nº 1, g) e 38º-A, da LPCJP, a crescente relevância sociológica e jurídica do instituto da adoção, ainda muito condicionado e conexo com a preocupação de propiciar um lar a menores, em estado de abandono, que se abriu, sob certos pressupostos e, em determinados ordenamentos, a maiores⁴¹, a questão da adoção internacional, o recente desaparecimento das duas modalidades de adoção, a plena e a restrita⁴², sem embargo desta, apesar das suas virtualidades teóricas, ter persistido em nunca arrancar e ocupar um espaço próprio, a instrumentalização funcional da adoção pelas modernas técnicas da procriação artificial, medicamente, assistida (PMA), a proliferação das medidas de assistência educativa que o Estado, cada vez mais, consagra, o instituto do apadrinhamento civil e a generalizada implementação de tribunais de competência especializada, em matéria de família e de menores ou crianças, conduzem, paradoxalmente, a um novo recorte da publicização do Direito da Família, através da necessária e alargada tutela estadual da criança abandonada ou desprotegida.

³⁹ Michel Borgetto, *Métaphore de la famille et idéologies*, Le droit non civil de la famille, Paris, PUF, 1983, 1 e ss.

⁴⁰ Guilherme de Oliveira, com a colaboração de Rui Moura Ramos, *Manual de Direito da Família*, citado..., 40.

⁴¹ Giovanni Cattaneo, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, Trattato di Diritto Privato, por Pietro Rescigno, T 4, 428 e ss.; Os efeitos da adoção de maiores reconduzem-se, em Itália, após a Lei nº 184, de 4 de maio de 1983, ao velho instituto da adoção ordinária, a que aludem os artigos 291º e seguintes, do CCI, correspondente a uma modalidade de adoção restrita.

⁴² Foi revogado o artigo 1977º, do CC, pelo artigo 9º, da Lei nº 143/2015, de 8 de setembro, que previa duas espécies de adoção, ou seja, a adoção plena e a adoção restrita.

Trata-se do fenómeno mais ampliado da publicização e socialização do Direito Privado, vindo o Estado a desenvolver, gradualmente, formas de proteção dos indivíduos considerados, socialmente, mais débeis, criando um «direito social», isto é, um conjunto de regras que asseguram a igualdade das situações, apesar das diferenças relativas dos bens de fortuna, normas que socorrem os mais fracos, desarmam os mais poderosos e organizam a vida económica, segundo os princípios da justiça distributiva⁴³.

1.10. Da função institucional, na qual a verdade biológica, o patriarcado, a hierarquia, na veste do «paterfamilias» e do chefe de família, e o património eram figuras centrais, a família, “perdendo função após função, acabou por encontrar a sua própria”⁴⁴, que se traduz numa função de intimidade, dirigida à colaboração e aperfeiçoamento mútuos dos cônjuges e à educação dos filhos, assistindo-se, hoje, a uma tendência para a valorização acrescida do bem-estar da criança e do jovem menor, com especial incidência na sua proteção integral, demonstrando-se, neste particular, que, se o século XIX foi o tempo do império do homem, desde o casamento à paternidade, o século XX foi o tempo do domínio da mulher, em especial, na sua segunda metade, após a rutura conjugal, já o século XXI será, seguramente, o tempo da afirmação das crianças e dos jovens menores⁴⁵.

A base tradicional da família consistia na união do homem e da mulher, de que resulta a prole ou a relação de filiação, sendo aquela, quando precedida de matrimónio, celebrado em conformidade com as leis do Estado ou com as normas pelo mesmo reconhecidas como válidas, que estabelece a relação conjugal, donde decorrem recíprocos direitos e obrigações entre os cônjuges, quer de natureza pessoal, quer de carácter patrimonial.

Disfuncionalizada da missão política que assumia no Direito Romano, quando se estruturava sobre o parentesco agnático, assente na ideia de subordinação ou sujeição de todos os seus membros ao «paterfamilias»⁴⁶, da missão económica de unidade de produção, com o

⁴³ Vicente Ráo, O Direito e a vida dos direitos, I, São Paulo, Max Limonad, 1960, n° 155, 246.

⁴⁴ Robert Morrison MacIver, The Elements of Social Science, 9ª edição, Londres, Methuen & Co, 1949, 154.

⁴⁵ Eduardo Leite, Revista dos Tribunais, A Família Monoparental como Entidade Familiar, Relatório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais, São Paulo, 1995, II, 52.

⁴⁶ Uma longa evolução a favor do parentesco cognático começou a desenhar-se com a dissolução da família patriarcal romana, sob os auspícios da República, vindo a consumir-se com Justiniano, que retirou ao «paterfamilias» o direito de constituir família como entendesse. Porém, desde há muito, que o costume já havia cerceado o poder absoluto do «paterfamilias», mesmo antes de rescritos imperiais o limitarem a um simples poder de castigar.

Caracala proibira a venda dos filhos, exceto no caso de extrema pobreza. A «lex Julia de adulteriis» aboliu o poder de vida ou de morte do marido sobre a mulher. Os casamentos, «sine manu», tornaram-se

desaparecimento do mundo rural e da economia de subsistência, da missão educativa, assistencial e de segurança, cada vez mais monopólio do exaurido Estado-Providência, e da missão de conservação e transmissão patrimonial⁴⁷, a família é, ainda hoje, e, cada vez mais, um espaço aberto de ideias, mas, também, de contradições, escolhas e projetos, em que a capacidade afirmativa dos progenitores, enquanto veículos preferenciais de transmissão de cultura e de valores, se confronta com as exigências concorrentes da sociedade e do Mundo, mediatizadas pela comunicação social e pelas «redes sociais», sendo, por isso, a presença, o exemplo e o diálogo daqueles, enquanto companheiros mais velhos do grupo, ainda os melhores antídotos, senão os únicos, da desestruturação tendencial, mas não inevitável, a que se assiste na família.

I.11. Em Portugal⁴⁸, tem-se demonstrado, igualmente, de múltiplas formas, a crise da instituição familiar, podendo encontrar-se as razões das transformações que nela se operam, sobretudo, em mudanças políticas relevantes, entretanto, ocorridas, no país, e, ainda, na evolução sócio-cultural da comunidade nacional⁴⁹.

Com efeito, para muitos, a família já não é encarada com a mesma ternura, admiração e respeito, como o aconchego das pessoas do mesmo sangue, ligadas pelo vínculo da unidade familiar, que se vai como que esbatendo e esquecendo, pois que as mulheres e os

possíveis, através do expediente do «trinoctum abesse». A esposa, «sine manu», podia reservar direitos de propriedade independentes [os parafernais] e o sistema dotal protegia os bens que a mulher trazia para o casamento. Embora a «patria potestas» continuasse, tendencialmente, perpétua, poderia terminar pela venda fictícia, por «mancipatio», e o filho começou a poder adquirir bens, nomeadamente, através da extensão aos grupos profissionais do «peculium castrense».

O núcleo conjugal era, no século VIII, o modelo essencial dos grupos familiares, Toubert, *Les structures du latium médiéval*, Annales, DUBY Georges, 1976, porquanto os poderes jurídicos do «paterfamilias» ou do chefe religioso celta ou muçulmano tinham desaparecido, embora só, no século XII, triunfe o modelo, estritamente, conjugal, S. M. Belmartino, *Estrutura de la familia, y «edades sociales» en la aristocracia de Léon y Castilla segun las fuentes literarias y historiográficas* (siglo X-XIII), Cuadernos de Historia de Espana, 1947-8, 256 e ss.; e R. de Togneri, *Historia de las familias en Castilla y Leon* (siglos X-XIV), Cuadernos de Historia de Espana, XLV-XLVI, 1966, 597 e ss.

⁴⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, 3ª edição, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2003, 146 e 147.

⁴⁸ Teresa Picontó Novales, *Family Law and Family Policy in Spain*, 1997, 107 a 127, in Kurczewski Jacek; Mavis Maclean, *Family Law and Family Policy*, 1997, in “The New Europe, England”, The Oñati International Institute for the Sociology of Law, 109 e ss, onde a autora se refere ao tema, na perspectiva da sociedade espanhola, que, afinal, evoluiu em termos muito próximos daqueles que ocorreram, em Portugal, designadamente, por razões políticas de idêntica matriz.

⁴⁹ A questão ultrapassa, indubitavelmente, a geografia nacional e coloca-se, no nosso mundo de furiosa “individualização”, não existindo, hoje, nada de sólido, consistindo a modernidade líquida (pós-modernidade, na aceção mais em voga) na desagregação de todo um processo contínuo de liquefação e de decomposição, sendo que os primeiros corpos sólidos a sofrer de liquefação foram, em geral, as obrigações éticas e religiosas que, profundamente, caracterizavam as sociedades pós-modernas, estendendo-se, depois, essa liquefação a todos os domínios da vida social, ao trabalho, à comunidade, ao indivíduo, às relações entre o espaço e o tempo, aos laços pessoais e sociais e, até, à ideia de liberdade e de emancipação, Zigmunt Bauman, *Amor Líquido – Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*, Lisboa, Relógio d’Água, 2006, 1 e ss.

homens começam a revelar outras aspirações, querem mais liberdade de pensamento e ação e menos responsabilidade de supervisão, mais desafio material e menos preocupações de ordem moral e espiritual.

O casamento é, por vezes, perspectivado como um manancial de embaraços à ânsia de movimentos livres, uma fonte de sacrifícios e inibições, encargos e dissabores, em vez de potenciar uma aspiração louvável, uma finalidade que seduza, pelo que tem de superior e encorajador na luta pela vida, um meio de manutenção e assistência mútuos e uma fonte de constituição de relações jurídicas familiares.

A vida temporal, experimentada ao sabor de Epicuro, sobreleva a realidade metafísica, compreendida ao gosto de Platão, e, assim, o casamento e a família sofrerão, mais cedo ou mais tarde, e, necessariamente, como já acontece, as consequências de uma mudança do paradigma sócio-cultural dominante.

Os finais do século passado e os inícios do século XXI apresentam-nos, com efeito, uma vida familiar em acelerada mutação, atravessada pelos movimentos de modernização da sociedade portuguesa, aproximando-se os seus padrões demográficos e familiares dos que, mais, precocemente, se observavam já, em outras sociedades ocidentais, tendo a família sido, na sociedade portuguesa, desde os anos sessenta do século XX, palco de um duplo movimento, isto é, assumindo, inicialmente, uma fase de «familiarismo renovado»⁵⁰, que se pautou por uma conjugalização da vida familiar, etapa cunhada por uma nupcialidade elevada, por um menor número de nascimentos fora do casamento e por um aumento de casais com filhos, à qual se seguiu um «movimento de modernização», caracterizado pela inversão das tendências anteriores.

Assim, a partir de meados dos anos setenta do século passado, Portugal inicia o seu percurso de entrada definitiva na modernidade demográfica, seguindo a cadência das mudanças, legais e sociais, implicadas pelo 25 de Abril, em que o “triumfalismo familiar”⁵¹ cede lugar a novos desenhos do domínio familiar, traçados pela entrada massiva da mulher no mercado do trabalho, pela afirmação do fim do princípio da tendencial perpetuidade do casamento, pelo desenvolvimento da coabitação informal, por uma alargada indiferenciação dos papéis de género e por um maior recentramento na “qualidade” das relações e nas suas recompensas afetivas⁵².

⁵⁰ O familiarismo é uma ideologia que propugna por um sistema de bem-estar, no qual se presume que as famílias assumirão a responsabilidade pelo cuidado dos seus membros, em detrimento de um certo protagonismo do Estado.

⁵¹ Bernardette Bawin-Legros, *Familles, mariage, divorce: Une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Bruxelles, J. Liège, Pierre Mardaga Editeur, 1988, 213.

⁵² Sofia Aboim, *Conjugalidade em Mudança*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2006, 63 e 64.

É ainda a constatação da menor dependência do casamento como estado social, face ao progressivo ingresso das mulheres no mercado de trabalho.

Com o advento da liberdade e sob a influência de uma sociedade, cada vez mais, aberta ao mundo, permeabilizaram-se os costumes, progrediu a permissividade e afirmou-se a laicização da sociedade e dos comportamentos, tendo a Igreja, as Forças Armadas, a Universidade, o Poder Judicial e outros grandes corpos institucionais do Estado assistido à partilha e discussão da sua influência na sociedade⁵³.

Emergiram, entretanto, novas estruturas familiares, uma denominada pluralização limitada de trajetórias familiares⁵⁴, com especial destaque para as famílias monoparentais⁵⁵ e para as famílias recompostas⁵⁶, sendo certo que ambas as figuras colocam inúmeros problemas novos à ordem jurídica, nomeadamente, quanto à articulação entre os conceitos de família e residência, mas, igualmente, quanto à necessidade de resolução dos conflitos sobrevivendo a essas novas «estruturas familiares»⁵⁷.

⁵³ António Barreto, *Mudança Social em Portugal: 1960-2000*, 2004, in António Costa Pinto (coord), *Portugal Contemporâneo*, Lisboa, Publicações D. Quixote, 157.

⁵⁴ Vasco Ramos, *A pluralização limitada de trajetórias familiares em Portugal*, *Sociologia no tematico6* Porto dez. 2016, <http://dx.doi.org/10.24747/0872-3419/soctema4>

⁵⁵ Não sendo novo este tipo de grupo social e doméstico, senão pela sua difusão e pelo peso ideológico que, em si, transporta, porquanto não é, historicamente, desconhecida a existência de viúvas e mães solteiras com filhos a cargo, foi redenominado, designando, hoje, os lares que têm ao seu comando, não duas pessoas de sexo oposto, mas uma só, com filhos a cargo, sendo que o termo “família monoparental”, que a sociologia feminista importou da linguagem anglo-saxónica “one parent-family”, veio substituir o termo “família em risco” ou “família marginal”, Martine Segalene, *Sociologia da Família*, Lisboa, Terramar, 1996, 62 e 63.

⁵⁶ A novidade do fenómeno «família recomposta» explica a fluidez da terminologia da sua designação, tratando-se da situação pós-divórcio, em que o casal se encontra multiplicado por dois, dispondo, então, os filhos de dois lares de referência, aquele onde residem com o progenitor, dito “isolado”, e aquele onde reside o outro progenitor, sendo que, após o divórcio, um ou ambos os cônjuges poderão, eventualmente, voltar a casar-se ou coabitar com um novo companheiro, sem celebração de matrimónio, existindo, em vez da diminuição, uma abundância de “pais”, em que os papéis sociais ligados às posições parentais ficam, subitamente, repartidos, por diversas pessoas, e em que a criança já não tem, apenas, um progenitor, mas sim dois, um biológico e um outro social, Martine Segalen, *Sociologia da Família*,..., citado, 63.

⁵⁷ «Filhos de pais que se separam e se casam novamente, às vezes mais de uma vez, colecionam padrastos, madrastas, meios-irmãos, meias-irmãs e outros parentes adotivos. Os casais homossexuais já circulam fora do armário e à luz do dia. Toda essa revolução de costumes foi bem absorvida, mas, quando surgem conflitos na nova família brasileira, a dor de cabeça para os juizes e advogados é quase certa. Existem três tipos de processos com presença atual frequente nos tribunais, sem legislação específica que lhes dê resposta, ou seja, o do enteado que instaura uma ação de pensão de alimentos contra o padrasto que já não vive com sua mãe; o do filho que pede indemnização ao pai, há muitos anos ausente da sua vida, por abandono afetivo; e o da disputa judicial da guarda de uma criança entre o pai biológico e o homem que a criou de facto. Esta situação das relações familiares “de facto” é, juridicamente, fonte de controvérsias na justiça brasileira que, não sendo reconhecidas pelo direito, conduzem a discriminações intoleráveis e, até, aparentemente, violadoras da Constituição da República. Em 2001, pela primeira vez, a Justiça concedeu o direito à herança a um homossexual, por reconhecer que ele tinha uma relação de

E, se o critério de referência consiste na individualização da relação conjugal, assiste-se a uma tendência para aumentar, em termos de complexidade, a família do futuro, deixando o modelo da família recomposta de ser a exceção para constituir a regra, prevalecendo a lógica da afetividade e da individualização e crescendo, em importância, a vida privada.

I.12. Os membros do casal, submetidos a um crescente desgastante esforço profissional, vinculados ao cumprimento de exigentes metas de produtividade, com acrescidos tempos de deslocação da residência para o local de trabalho e correspondente regresso ao lar, face à suburbanidade dominante, esgotados na missão de educadores dos filhos, que, muitas vezes, já lhes escapa, nem sempre encontram na comunhão de vida a realização e a satisfação pessoal a que aspiravam, acabando por soçobrar a vida a dois, que se tornou a nova esperança, a nova religião⁵⁸.

A relação a dois, existente dentro do casal, como uma «relação pura»⁵⁹, movida pelo propósito da realização pessoal, independentemente, de qualquer quadro de valores e de respostas externas, baseada, apenas, no compromisso permanente e na gratificação renovada, contém, em si mesma, o acordo antecipado sobre a sua própria dissolução⁶⁰.

Trata-se de uma relação entre dois «estranhos íntimos»⁶¹, destinada a construir «a menos estável de todas as relações possíveis»⁶².

Na verdade, a questão marcante, no atual Direito da Família, traduz-se na deteção do grau de efetiva superação do dogma institucional da estabilidade familiar, face à pletórica

afeto com o parceiro falecido. A mais recente vitória dos «gays», em tribunal, prende-se com a permissão para adotar crianças», Rosana Zakabi, Revista Veja, de 23 de Maio de 2007.

⁵⁸ Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *The Normal Chaos of Love*, 1995, 312-3, mencionado por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, ..., citado, 149.

⁵⁹ Anthony Giddens, *Modernity and self-identity. Self and Society in the Late Modern Age*, 1991, Polity Press em Associação com Basil Blackwell, tradução espanhola sob o título de capa, *Modernidad y identidad del yo, El yo y La sociedad en la época contemporânea*, Barcelona, Ediciones Península, 1995, 237 e 238.

⁶⁰ Guilherme de Oliveira, *Transformações do Direito da Família, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, I, FDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 765.

⁶¹ Gayle Rubin, *Reflexionando sobre el sexo*, in Vance, C. (Org.), *Placer y peligro, explorando la sexualidad feminina*, México, Editorial Revolución, 1989, apud Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *The Normal Chaos of Love*, 1995, 113.

⁶² Marx and Simmel, apud Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, *The Normal Chaos of Love*, 1995, 149.

exaltação hodierna do individualismo e do direito de cada um à felicidade⁶³, em que ambos os cônjuges participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes⁶⁴.

É o novo modelo de «família relacional», que adere ao protótipo da «mentalidade de compromisso»⁶⁵, que permite, sem embargo da estabilidade familiar, compatibilizar a adoção de figurinos modernos numa instituição secular, de que é expoente relevante a realidade da sociedade italiana que convive, sem sobressaltos metafísicos, com a significativa cifra de 80% de casamentos canónicos e a marcante mais baixa taxa de divórcios da Europa, de cerca de 6%, com o registo paradoxal do mais alto índice de infidelidade conjugal feminina do mesmo continente⁶⁶.

Assim, ultrapassada a conceção da família como instituição supra-individual, limitativa da ação de cada um dos seus membros, surge uma nova dinâmica instrumentalizadora, ao nível da realização pessoal de cada um deles.

I.13. Justifica-se, pois, a sustentação da afirmação do desvanecimento institucional da família, em contraponto ao referido fenómeno da privatização do Direito da Família, território jurídico até, há bem pouco tempo, considerado, marcadamente, injuntivo, exatamente, por força da vitalidade da família como elemento estruturante da sociedade.

Assim sendo, a amplitude da eficácia do princípio da autonomia da vontade individual, no campo conjugal e familiar⁶⁷, resulta não só do aludido fenómeno de privatização do Direito da Família, mas, também, das margens de discricionariedade, ínsitas nos conceitos indeterminados, tipicamente, pertencentes ao âmbito deste Direito.

A possibilidade de os cônjuges acordarem, em aspetos ligados ao exercício da vida matrimonial e parental, quer ao nível pessoal, quer ao nível patrimonial geral⁶⁸, chega ao ponto de

⁶³ Jean Carbonnier, *Sociologie du Couple*, in *Flexible Droit*, 1988, 181 e ss; Alain Bénabent, *La Liberté individuelle et le mariage*, RTDC, 1973, 440; Emmanuel Du Pontavice, *Droit de la Famille et droit du bonheur*, Mélanges Voirin, 1967, 679 e ss.

⁶⁴ É o Direito da Família como via instrumental do direito à busca da felicidade, “... todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”, Thomas Jefferson, *Preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776*; “princípios simples e incontestáveis, que resultem sempre na manutenção da constituição e na felicidade de todos”, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*; “O fim da sociedade é a felicidade comum”, *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Convenção Nacional Francesa de 1793*.

⁶⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, ..., citado, 151.

⁶⁶ Pierpaolo Donati, *Manuale di sociologia della famiglia*, 2ª edição, Roma-Bari, Editora Laterza, 1999, 281.

⁶⁷ Paolo Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, *Trattato do Diritto Privato*, de P. Rescigno, T3, 1989, 73 e ss.

⁶⁸ R. Tandler, *Les pactes de separation amiable*, D. 1979, 263; Janine Revel, *Les conventions entre époux desunis*, JCP, 82, I, 3055; André Chapelle, *Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale*, RTDC, 1984, 411 e ss; Alain Bénabent, *Droit Civil, La Famille*, 5ª, Litec, 1993, 141 e ss., onde coloca a questão da transposição para o campo do Direito da Família, na linha de alguma jurisprudência, da exceção do

se sustentar que, na hipótese da existência de um conflito entre os direitos de personalidade e os deveres conjugais tradicionais, não seria legítimo que o sujeito fosse compelido ao cumprimento destes últimos⁶⁹, sem prejuízo das objeções que se suscitam, nomeadamente, ao nível pessoal, quanto ao teor ou ao modo de cumprimento dos deveres de contribuição dos cônjuges para a satisfação dos encargos familiares, prestação de alimentos, socorro e auxílio mútuos, coabitação, respeito e fidelidade⁷⁰.

E, assim, o esvaziamento do conteúdo legal dos deveres jurídicos dos cônjuges, fruto da nova ideologia da igualdade dos dois parceiros da relação, em conjugação com a privatização do amor e com o estiolamento das referências exógenas oriundas dos ordenamentos normativos tradicionais, como sejam, a religião, a Moral, os costumes e a vizinhança, permite o aparecimento de uma inevitável margem de indefinição, em conexão com a volatilidade da “*affectio conjugalis*”, que descarateriza a relação jurídica conjugal⁷¹, expressão de uma crescente complexidade na articulação entre os valores individuais e os supra-individuais⁷².

I.14. Mas, se a ordem jurídica não deve intrometer-se na vida conjugal, em homenagem ao direito à liberdade, à igualdade e à intimidade da vida privada dos cônjuges, enquanto atributos irrenunciáveis do seu direito à felicidade, resta, então, a fase patológica da relação, no âmbito do ilícito civil ou penal⁷³.

No quadro do ilícito penal, o artigo 401º, corpo, do CP de 1886, dispunha que “o adultério da mulher será punido com prisão maior de dois a oito anos”⁷⁴, enquanto que o artigo

não cumprimento, que resolve, fundamentalmente, por razões de natureza probatória, pelo menos, na constância do casamento; Lacruz Berdejo, *Un Nuevo contractualismo en el derecho familiar*, La Ley, 1982, 727 e ss.; Cabanillas Sanchez, *La contractación entre cônjuges*, ADC, 1975, 505; Maria del Rosário Valpuesta Fernández, *Los pactos conyugales de separación de hecho: Historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982, 1 e ss.

⁶⁹ Alain Bénabent, *Droit Civil, La Famille*,..., citado, 141 e ss.; e *La liberté individuelle et le mariage*, RTDC, ..., citado, 440, nº 42; Paolo Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*,..., citado, 46 e ss e 113 e ss.; Guilherme de Oliveira, com a colaboração de Rui Moura Ramos, *Manual de Direito da Família*,..., citado, 59, 60 e 138.

⁷⁰ Paolo Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*,..., citado, 73 e ss.; Fulvio Uccella, *Persona e Famiglia*, capítulo II, *Sulla nozione giuridica di matrimonio*, Cedam, 1980, 63 e ss., que, curiosamente, admite a tendência legislativa gradual para que o Direito da Família se restrinja ao Direito da Filiação.

⁷¹ Alberto Trabucchi, *Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?*, RDC, 1988, T1, 23 e ss.; Alain Bénabent, *La liberté individuelle et le mariage*,..., citado, 495; N. Tamania, *Il matrimonio tra consenso e contratto*, in Agopik Manoukian, *Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo*, 1974, 157 e ss.

⁷² Fulvio Uccella, *Persona e famiglia*,..., citado, 33 e ss.

⁷³ Paolo Zatti, *I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*,..., citado, 53 e ss.; Alain Bénabent, *Droit Civil, La famille*,..., citado, 136 a 146.

⁷⁴ E a inseminação artificial, levada a cabo pela esposa, sem consentimento do marido, era subsumível ao tipo legal de crime de adultério, Giulio Battaglini, *Fecundação artificial e adultério*, *Scientia Juridica*, Tomo XI, nº 57, 91 e ss. Mas, já, então, a auto-inseminação era lícita, quando praticada com o consentimento da mulher e do marido, mas a hetero-inseminação, quando praticada sem o consentimento

404º, corpo, do mesmo diploma legal, estipulava que “o homem casado, que tiver manceba teúda e manteúda na casa conjugal, será condenado na multa de três meses a três anos”⁷⁵.

Aliás, apenas, com o CP de 1982, cujo Projeto veio a lume, em 1966⁷⁶, e já o acenava, o adultério deixaria de constituir um ilícito penal tipificado, por se ter optado, conscientemente, pela maximização das áreas de tolerância, em relação a condutas que, relevando de particulares mundividências morais, religiosas e culturais, não poriam, diretamente, em causa os bens jurídico-penais tutelados, nem desencadeariam intoleráveis danos sociais.

Na hipótese do ilícito civil com culpa ou, independentemente, dela, neste caso, no âmbito de um compromisso, livremente, denunciável, em virtude da alteração superveniente das circunstâncias sobrevindas, os cônjuges propõem a ação de divórcio ou de separação judicial, destinadas a por fim ou a interromper o respetivo vínculo matrimonial, correspondentemente, associadas ou não ao pedido de reparação por danos não patrimoniais, facultada esta que pertencia ao cônjuge não declarado único ou principal culpado ou contra quem fora pedido o divórcio com o fundamento em alteração das faculdades mentais, há mais de seis anos, comprometedora da possibilidade da vida em comum, com base no disposto pelo artigo 1792º, do CC, com início, apenas, a partir da entrada em vigor da Reforma de 1977.

I.15. Ao lado de um controlo rigoroso na celebração do casamento, expressão do ato solene e formal em que se traduz⁷⁷, e da relevância do consentimento, esclarecido e livre, objetivado nas situações de nulidade e de impedimento, assiste-se, algo,

do marido, não podia constituir o crime de adultério, por inexistir ato sexual, embora pudesse tipificar o crime de injúrias e ser fundamento de divórcio ou de separação, Manuel Lopes Maia Gonçalves, Código Penal Português, na Doutrina e na Jurisprudência, 3ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1977, 570. O artigo 168º, do CP, pune a prática de ato de procriação artificial em mulher, sem o seu consentimento, com a finalidade, tão-só, de defender a sua liberdade, estabelecendo o requisito do seu consentimento livre e esclarecido, Guilherme de Oliveira, Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida, ROA, Ano 49, III, Dezembro, 1989, 767 a 791.

⁷⁵ O artigo 401º, do Código Penal de 1886, foi modificado e, em parte, revogado, pelo artigo 61º, da Lei do Divórcio (Decreto de 3 de novembro de 1910), que, no seu corpo, estabelecia que “o adultério do marido ou da mulher só será considerado criminoso quando correr durante a vida dos cônjuges em comum, ...”. Porém, o artigo 61º, da Lei do Divórcio, ao falar em «vida dos cônjuges em comum», utiliza um conceito normativo, considerando-a existente até à separação legal, porquanto a separação de facto não punha termo à vida dos cônjuges em comum, Eduardo Correia, RLJ, Ano 90º, 291 e ss.; Acórdão do STJ, de 27-5-1970, BMJ, nº 197, 235.

⁷⁶ O Projeto do Código Penal de 1982 manteve-se em hibernação, durante dezasseis anos, percorrendo os dois regimes constitucionais que se sucederam no tempo.

⁷⁷ Sendo esta a única característica sobrevivente do “matrimónio tradicional”, desde o Concílio de Trento, por forma a separar, mais, nitidamente, o casamento do simples concubinato ou da união de facto, François Boulanger, Droit Civil de la Famille, T1, Capítulo IV, Le Mariage en droit interne comme liberté publique et expression d’une volonté matrimoniale, Paris, Economica, 1990, 189 e ss.

contraditoriamente, à manifestação de valores individuais⁷⁸ e do princípio da autonomia da vontade privada, em resultado de uma pretensa abstenção ou subsidiariedade legais, que contribuem para a indefinição do casamento como ato [casamento «in fieri»], mas, sobretudo, como estado [casamento «in facto esse»]⁷⁹.

Visa-se, em suma, suavizar o grau de injunção legal, em matéria de Direito Matrimonial, embora se descaracterize o vínculo conjugal, face à sua tendencial ou pretensa "privatização", o que gera, logicamente, a questão da relevância das situações de facto, familiarmente, interferentes ou afins.

Daí a geral perplexidade suscitada pelas chamadas «famílias de facto», suportadas, nomeadamente, na união de facto, sobretudo, heterossexual, por via do teor da eficácia jurídica que lhe possa ou deva ser imputada, numa leitura voluntarista, no mínimo, controversa, porque assistemática, e, também, na separação de facto, consensual ou não, durante a constância do matrimónio, em especial, por causa da definição dos denominados deveres conjugais perduráveis⁸⁰.

Se o casamento e a família nele subjacente são, em regra, "privilegiados", ao nível do direito constitucional e do direito internacional privado, já, nas denominadas «famílias de facto», pressente-se, contrastantemente, a inviabilidade legal de associar a riqueza da intimidade «conjugal» e familiar nelas existente, claramente, denunciada no hesitante recorte da sua fronteira jurídica, quase circunscrita à sobrevalorização formal do ato constitutivo, porque se vai esfumando o teor do casamento "in facto esse".

O casamento encerra, em si mesmo, como ato jurídico transcendente, uma contradição insanável, pois que, sendo dotado de relevância, na ordem jurídica, se e enquanto, autenticamente, querido, ultrapassado que foi o princípio da sua indissolubilidade, por força da acelerada laicização, secularização e diminuição da influência da conceção sacramental, de inspiração católica, a que se assiste⁸¹, verifica-se, como

⁷⁸ Fala-se, a este propósito, num "direito ao casamento", J. B. D' Onorio, *La protection constitutionnelle du droit du mariage et de la famille en Europe*, RTDC, 1988, 1; P. Surault, *Les transformations du modèle familial et de ses fonctions sócio-económicas*, *Le droit non civil de la famille*, Poitiers, PUF, 1983, 401 e ss.

⁷⁹ Mary Ann Glendon, *State, Law and Family, Family Law in Transition in the United States and Western Europe*, North – Holland Company, 1977, 171 e ss. ("Conclusions").

⁸⁰ Como acontece com a relevância e valoração, no quadro do dever conjugal da fidelidade, do adultério cometido por um dos membros do casal, separados de facto, há mais de trinta anos.

⁸¹ François Boulanger, *Droit Civil de la Famille*, T1, ..., citado, 185, 187 a 189; Mário Bigotte Chorão, *A Conceção Cristã da Família e o Direito Português*, *Temas Fundamentais de Direito*, Coimbra, Almedina, 1986, 294 e ss.

inerência imediata, a sua concorrência com as «famílias de facto», assentes na convivência «more uxorio», que, esvaziando o ato matrimonial, se assemelham, em termos de conteúdo, ao estado conjugal, a ponto de, em razão da sua ascensão, social e jurídica, serem niveladas, em termos sociológicos e axiológicos, ao vínculo conjugal “qua tale”⁸².

É, então, o movimento inverso que se afirma, ao reclamar a dignificação da «família de facto», pela verdade que encerra, reivindicando, convictamente, a jurisdicionalização do instituto, através do recurso aos princípios de direito comum do enriquecimento sem causa, da sociedade de facto⁸³, da aplicação analógica do regime jurídico conjugal ou da registabilidade da união de facto, correspondendo a uma lógica de perda crescente de coesão estrutural e de significado real do casamento civil ou equiparado.

O tendencial nivelamento dos dois institutos, num verdadeiro sistema de vasos comunicantes, vai conduzir à invasão do Direito da Família por situações de facto, em que avulta a separação de facto entre os cônjuges⁸⁴, que, não extinguindo, juridicamente, o vínculo, lhe afrouxam, substancialmente, o conteúdo.

I.16. Esta realidade sócio-axiológica esbarra com dificuldades relativas à facticidade real, desde logo, com o problema do estabelecimento da filiação, desaparecidos os pretensos prazos internupciais⁸⁵ e fragilizada a eficácia das presunções que lhe estão subjacentes, depois, com a questão decorrente da ponderação da posição de terceiros e dos credores, face à aparência de uma realidade conjugal, ainda com a permissividade de alguma promiscuidade convivencial, de controlo inviável, e, socialmente, indesejável, e, finalmente, com a ausência de uma elementar regra de segurança, em termos jurídicos, que atinge os parceiros da união, filhos, terceiros, credores e outros, sem que o bem-estar de alguns poucos pareça legitimar um tal estado de coisas⁸⁶.

Nesta linha de entendimento, situa-se o sistema jurídico alemão que, partindo do panjurismo, que pretendia impor a todos um certo modelo de comportamento, alcançou

⁸² W. Müller – Freienfels, Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés, 1982, 62.

⁸³ F. d’Angelli, La Famiglia di fatto, Giuffrè, 1989, 361 a 564; E. Fosar Benloch, Estudios de Derecho de Familia, Tomo III, Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España, Bosch, 1981/85, 38 e ss.

⁸⁴ A separação de facto é, perfeitamente, denunciadora da virtualidade do «non droit» familiar, Paolo Zatti, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, citado, 95-12; Ramos Orea, Separación de hecho y convivencia de hecho en el matrimonio, RCDI, 1983, 1435 e ss; L. Laveneur, Situations de Fait et Droit Privé, BDP, T 212, LGDJ, 309 e ss. e 389 e ss.

⁸⁵ Guilherme de Oliveira, Notas sobre a eliminação do “prazo internupcial”, <http://www.guilhermedeoliveira.pt/styled/>

⁸⁶ Alberto Trabucchi, Famiglia e Diritto nell’ orizzonte degli anni’ 80, RDC, T1, 1988, 34 e ss.

um regime de não definição dos «deveres conjugais», impondo, tão-só, aos cônjuges que adotem os comportamentos inerentes a quem optou por uma «comunhão de vida», a ponto de a jurisprudência se haver já pronunciado sobre se aqueles têm o dever de viver juntos ou se algum deles tem o direito de exigir do outro que este retire o amante da casa de morada de família⁸⁷, ou, ainda mais, se algum dos cônjuges tem o direito de requerer ao tribunal a presença de um terceiro, seu companheiro, na casa de morada de família, contra a vontade do outro, que aí continua a viver⁸⁸.

A ideia do casamento como relação pura, baseada no compromisso privado, que contém, em si mesma, a possibilidade antecipada da sua dissolução, torna injustificada a definição de deveres conjugais imperativos, conduzindo os sistemas jurídicos para uma regulamentação minimalista do regime do divórcio, de competência e decisão administrativas⁸⁹.

Trata-se já de um verdadeiro prenúncio do aparecimento do modelo do «divórcio sem culpa», assente na constatação da rutura do matrimónio, indiciada por causas objetivas, ou, no acordo dos cônjuges, através do mútuo consentimento ativo ou do consentimento passivo do cônjuge que não se opõe ao pedido de divórcio formulado pelo outro⁹⁰.

I.17. O divórcio é, conjuntamente, com a morte, uma das duas causas de dissolução e extinção do casamento válido [existente e não anulável ou nulo], em vida de ambos os cônjuges, nos termos do estipulado pelo artigo 1788º, do CC.

A legislação nacional, num manifesto propósito de desdramatização do conceito de divórcio, optou, claramente, pelo divórcio por mútuo consentimento, face ao pretérito instituto do «divórcio litigioso», como resulta da colocação sistemática, no CC, daquela primeira modalidade a anteceder a segunda, mas, especialmente, da obrigatoriedade de o juiz, na tentativa de conciliação prévia à contestação, no «divórcio sem consentimento do outro cônjuge», procurar “obter o acordo dos cônjuges para o divórcio...por mútuo consentimento”, por força do disposto pelo artigo 931º, nº 2, do CPC.

⁸⁷ Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1996, 93 e 94.

⁸⁸ Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão).

⁸⁹ Mary Ann Glendon, *The Transformation of Family Law*,..., citado, 87.

⁹⁰ Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I,..., citado, 153 e 154.

Neste enquadramento, a Reforma de 2008 eliminou a culpa como fundamento do «divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges», quer quanto às causas, quer quanto aos efeitos do divórcio, denominação que entendeu preferível, face à anterior designação de «divórcio litigioso», deixando de existir a modalidade de divórcio com fundamento na violação culposa dos deveres conjugais, que, entretanto, perdeu, totalmente, qualquer significado.

A definição do regime normativo do divórcio depende das conceções sociais e culturais, historicamente, adotadas pelo legislador sobre o casamento, em função da sua maior ou menor incidência, contratual ou institucional, em sintonia com os três distintos conceitos-modelo sobre a sua natureza jurídica, isto é, o do «divórcio-sanção», o do «divórcio remédio» e o do «divórcio como simples constatação da rutura do casamento».

I.18. O «divórcio-sanção» é já uma entidade em vias de ser ultrapassada, e a adesão ao conceito-modelo do «divórcio-constatação da rutura conjugal» representa a nova realidade destinada a ser o instrumento para a obtenção da felicidade de ambos os cônjuges⁹¹, e, assim, sempre que um deles entenda, mesmo numa perspetiva egoísta, que, pelo menos, para si, essa felicidade já não pode ser alcançada pelo casamento celebrado, goza de legitimidade para requerer o divórcio, ainda que a responsabilidade pela falência do matrimónio lhe possa ser imputada, em exclusivo.

É a consagração da conceção do divórcio unilateral e potestativo, em que um dos cônjuges pode por termo ao casamento, por simples declaração de vontade singular⁹², sem que haja lugar à apreciação da culpa ou à aplicação de sanções, o que acaba por significar que o fundamento da rutura se traduz na inexistência de uma plena comunhão de vida entre os cônjuges, a que alude o artigo 1577º, do CC, isto é, numa expressão mais redutora, quando a «affectio conjugalis» e a cumplicidade entre os cônjuges baixou ao grau

⁹¹ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito de Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, 271.

⁹² Acórdão do STJ, de 23-1-2014, Revista nº 819/09.7TMPRT.P1.S1, www.dgsi.pt; Acórdão do STJ, de 13-11-2012, Revista nº 1017/09.5TMLS.B.L1.S1, Sumários de Acórdãos do STJ, de 2012.

zero de satisfação para um deles, em que a lei já não pode sobrepor-se ou substituir-se à vontade do cônjuge que pretende a dissolução do seu casamento⁹³.

Trata-se, afinal, do direito ao casamento e do direito ao divórcio como duas faces inseparáveis da mesma moeda, expressão do princípio da autonomia da vontade⁹⁴, podendo, assim, o divórcio ser decretado, em consequência da vontade unilateral de um dos cônjuges, nos casos e termos previstos na lei, atento o estipulado pelos artigos 406º, nº 1 e 1781º, do CC, na sequência do entendimento que reconduz o casamento a um contrato dissolúvel, pela vontade das partes, porque celebrado com vista à sua felicidade⁹⁵, sendo certo que a separação de facto entre os cônjuges traduz um requisito fiável para fundamentar a convicção judicial no sentido da procedência do divórcio unilateral.

I.19. Com efeito, a Reforma de 2008 encontra-se em linha coerente com a crescente propensão para a “privatização” do casamento, subtraído, gradualmente, à intervenção tutelar do Estado, como contrato, tendencialmente, denunciável, cada vez mais próximo da disciplina dos contratos em geral, de cujo tronco comum, outrora, já fez parte.

Por outro lado, as tentativas atuais no sentido da desconstratualização do casamento, cada vez mais assimilado a outras fórmulas de comunhão de vida, mas, também, da sua descontextualização, face à alteração do binómio das pessoas, originariamente, hábeis a contraí-lo, já bem longe da sua natureza publicista e sacramental antecedentes, associadas à desformalização do divórcio e à sua frequência redobrada, são realidades a tomar em consideração na abordagem deste instituto, com repercussões claras na questão das responsabilidades parentais, desde logo, atendendo a que um dos fundamentos do casamento, pressupostos pelo legislador do «novo regime jurídico do divórcio», se traduz no “apoio mútuo na educação dos filhos”.

⁹³ Fidélia Proença de Carvalho, O conceito de culpa no divórcio – Crime e Castigo, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, I, FDUC, Coimbra Editora, 2004, 601 e nota (26), citando Alain Bénabent, Droit Cvil, La Famille, 8ª edição, Paris, Litec, 1997, 188, que admite a incompatibilidade de feitio como fundamento do divórcio.

⁹⁴ Patrícia Rocha, O Divórcio sem Culpa, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, I, FDUC, Coimbra Editora, 2004, 562.

⁹⁵ Alfred Dufour, Mariage et société moderne (Les idéologies du droit matrimonial moderne),

Fribourg (Suíça), Éditions Universitaires Fribourg, Suisse, 1997, 37 a 39, 70 e 71.

Com efeito, da exposição de motivos do projecto de lei nº 509/X, que contempla as alterações ao regime jurídico do divórcio⁹⁶, constam como fundamentos do casamento, nas sociedades atuais, a liberdade de escolha pelo casamento [a], a igualdade de direitos e de deveres entre os cônjuges [b], a afetividade no centro da relação [c], e a plena comunhão de vida, cooperação e apoio mútuo na educação dos filhos, quando os houver [d].

Do princípio da liberdade individual decorre que ninguém deve permanecer casado contra a sua vontade, incluindo quando entender que houve quebra do laço afetivo de união com o outro consorte, sendo que o cônjuge que for tratado, de forma desigual, injusta ou que assista a um atentado contra a sua dignidade, pode terminar a relação conjugal, mesmo sem a vontade do outro, constituindo, assim, a invocação da rutura definitiva da vida em comum fundamento suficiente para a declaração do divórcio, não enquanto sintoma de facilitismo primário, mas antes como sinal de valorização de uma conjugalidade feliz e conseguida, potencialmente, repetível.

Por outro lado, os movimentos de sentimentalização, individualização e secularização, no âmbito da vida conjugal, de que a dimensão afetiva, tão decisiva para o bem-estar dos indivíduos, é o seu núcleo fundador e central, conferem à conjugalidade particular relevo, não se tolerando, pois, que o casamento se possa tornar fonte persistente de mal-estar, e que, no caso de reiterados desentendimentos que lhe sobrevenham, as pessoas estejam obrigadas a manter a instituição, a qualquer preço.

Quanto à secularização do casamento, não está em causa, necessariamente, o abandono das referências religiosas, por parte dos cônjuges, mas antes a sua retração para esferas mais íntimas, de modo a assumir dimensões menos consequenciais em outras facetas da vida daqueles, muito embora, por vezes, cedendo a princípios que, outrora, se revelavam verdades incontestáveis.

Para que o casamento se não possa tornar fonte persistente de mal-estar, importa evitar que o processo de divórcio se transforme num litígio, persistente e destrutivo, emocionalmente, doloroso, exigindo-se o afastamento do fundamento da culpa,

⁹⁶ Que seguiu, de perto, os “Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses, Commission on European Family Law”, <http://www.ceflonline.net>

sempre de difícil avaliação, para que seja decretado o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, não obstante a garantia de tutela das situações de injustiça ou desigualdade.

Com essa finalidade, privilegia-se o mútuo acordo na rutura conjugal e a mediação familiar como solução de proximidade e forma de dirimir o conflito, no sentido de evitar arrastamentos judiciais, penosos e desgastantes, a ter lugar antes do início do processo de divórcio, mediante prévia informação aos cônjuges, na CRC, ou, no Tribunal, sobre a sua existência, atento o estipulado pelo artigo 1774º, do CC, e, na impossibilidade do mútuo acordo, sustenta-se o divórcio, em causas objetivas de demonstração da rutura da vida em comum ou na ausência de vontade em a continuar, independentemente, do consentimento de uma das partes nesse sentido.

Exige-se, sempre, em contrapartida, com acordo ou sem ele, rigor e equilíbrio na gestão das consequências do divórcio, sobretudo, quando há crianças envolvidas ou situações de assimetria e fragilidade de uma das partes.

Procedeu-se à eliminação do «divórcio litigioso», assente na culpa, fundada na violação dos deveres conjugais que, pela sua gravidade ou reiteração, fosse susceptível de comprometer a possibilidade de vida em comum, tendo surgido o «divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges», atento o disposto pelos artigos 1773º, nºs 1 e 3 e 1781º, do CC, removendo-se todas as causas de natureza subjetiva, dependentes de culpa, exclusiva ou predominante, de um dos cônjuges.

E, em consequência, determinou-se a impossibilidade de, na ação de divórcio, o tribunal vir a determinar e a graduar a eventual violação culposa dos deveres conjugais, com vista à aplicação de quaisquer sanções, patrimoniais ou outras.

I.20. Sendo o número total de divórcios sem o consentimento do outro cônjuge decretados, em Portugal, inferior a 7%, o que ocorre, sobretudo, porque os cônjuges não conseguem chegar a acordo quanto às consequências patrimoniais do divórcio, não podendo, por isso, recorrer à modalidade do divórcio por mútuo consentimento, tal significa que os cônjuges que requerem o divórcio sem o consentimento do outro cônjuge são, em princípio, aqueles que não estão de acordo quanto aos efeitos patrimoniais do divórcio.

Efetivamente, a rutura definitiva do casamento, como cláusula geral enunciada e fundamento do divórcio sem o consentimento do outro cônjuge, nos termos e para os efeitos do preceituado pelos artigos 1773º, nºs 1 e 3 e 1781º, d), do CC, pode compreender aquelas situações em que, no antecedente, o divórcio só era possível, por mútuo consentimento, por inexistir fundamento subjetivo baseado na culpa, imputável ao cônjuge não concedente, e em que o outro, eventualmente, infrator não tinha fundamento para requerer o divórcio litigioso e se encontrava, portanto, totalmente, dependente da vontade unilateral do não concedente para o obter.

Esta pode ter sido uma inequívoca situação objetiva de rutura definitiva do casamento, a que a nova lei veio dar guarida, e cujo arrastamento não lograva resposta consentânea, no anterior quadro legal, a não ser pela via oblíqua da separação de facto durante um determinado lapso temporal.

I.21. A forma como o legislador regula o divórcio está, diretamente, relacionada com a conceção que tem do casamento, pois que se considera o matrimónio como uma verdadeira instituição familiar, para além de um simples contrato, as causas de divórcio serão mais restritas, mas se, ao invés, lhe reconhece mera natureza contratual, então, a concessão do divórcio tenderá a ser simplificada.

Parece ter sido este último o caminho seguido pelo legislador português, com o que, de algum modo, pode ter conduzido à descaraterização do instituto do casamento, sem, diretamente, ter tocado na essência do seu regime.

E, se a nova lei pretendeu a não eternização de casamentos inviáveis, poderá, com a liberalização do divórcio instituída, não ter tornado, propriamente, o casamento como um ato sujeito a uma maior reflexão preparatória, mas antes contribuído para a diminuição da sua frequência, pois que, não se tutelando já o investimento da confiança dos cônjuges na sua celebração e tendencial perpetuidade, os afetos daqueles que, com essa motivação, o procuravam, podem muito bem ser alcançados fora dele.

Enfim, a existência de menos casamentos é, também, um sinal da menor dependência económica da mulher, face ao seu ingresso no mundo do trabalho não

doméstico, mas, também, da tendencial menor estabilidade e durabilidade do vínculo, isto é, do fim do casamento assistencial, enquanto «seguro de vida»⁹⁷.

I.22. Mas, se o casamento, enquanto relação pessoal a dois, pelo menos, nos ordenamentos jurídicos de genuína inspiração ocidental, se transforma, jurídica e, socialmente, num contrato, a médio prazo⁹⁸, eventualmente, de prazo incerto, entregue à vontade de ambos cônjuges, ou, tão-só, de um deles, então, a sua constituição e dissolução sairão, largamente, do mundo do Direito, ficando, apenas, como questão a resolver, a das relações patrimoniais entre os cônjuges, reduzindo-se, deste modo, a sociedade conjugal a uma mera sociedade económica, sob a forma civil, e restringindo-se o Direito da Família aos regimes de bens matrimoniais, ficando o casamento⁹⁹ confinado à sociologia, à história e à psicologia, o que implicaria o tendencial desaparecimento desse ramo de direito¹⁰⁰.

Não constitui o Direito da Família, aliás, a única área jurídica onde se faz sentir uma crescente desnормação, acompanhada, também, de uma paralela tendência desjurisdicionalizante.

Toda a recente evolução da legislação europeia, no domínio da constituição e dissolução do casamento, representa uma demonstração expressiva da crescente

⁹⁷ Acórdão do STJ, de 16-03-2011, Revista nº 252-A/20002.L1.S1, www.dgsi.pt

⁹⁸ A contratualização do casamento constituiu uma preocupação que presidiu à “invenção” do Direito Matrimonial, na Europa cristã dos séculos XII e XIII, pois que a criação de um Direito Matrimonial pela Igreja, em épocas em que a mulher pouco mais era, na prática, do que um bem da sua família ou do marido, teve em muita atenção a igualdade da mulher, destinando-se a protegê-la, colocando-a em paridade de estatuto jurídico com o homem, Diogo Leite de Campos, Nós, Estudos sobre Direito das Pessoas, Coimbra, Almedina, 2004, 95.

⁹⁹ Não obstante o cristianismo ter herdado a tendência judaica ascética de recusa do casamento, que era questionado face à desconfiança perante a mulher, mas, também, perante a estrutura matrimonial, assente na dominação do marido, em que o dever de procriar não resulta de uma obrigação imposta pela Salvação, mas é antes recomendado à mulher como prova da sua submissão à natureza humana, e não já como imperativo religioso, viria a libertar a mulher judia, eterna menor subordinada ao marido, instrumento de procriação, desta função e, simultaneamente, da sua sujeição ao marido (Diogo Leite de Campos, A Invenção do Direito Matrimonial, Coimbra, Almedina, 1995, 30 e ss.). Mesmo no século V, o casamento continua a ser uma instituição, essencialmente, civil, de inspiração romana, temperada, talvez, mais nos escritos do que na prática, pelos princípios cristãos, razão pela qual a construção jurídica, teológica e moral do matrimónio cristão ocupava um lugar menor nas preocupações dos cristãos (Diogo Leite de Campos, A Invenção do Direito Matrimonial, ..., citado, 33 e ss.). E, no século X, é já evidente a perda da influência cristã sobre a prática matrimonial, relegando-se o casamento aos «mores» (Claude Schahl, O. F.M., La doctrine des fins du mariage dans la théologie escolastique, Collection des Etudes de Science Religieuse, VI, Paris, Editions franciscaines, 1948, 157 e 158).

¹⁰⁰ Diogo Leite de Campos, Lições de Direito da Família e das Sucessões, II..., citado, Prefácio, 9; Justificando a necessidade da natureza fragmentária do Direito da Família, Guilherme de Oliveira, Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do "Panjurisme" iluminista ao "Fragmentarische Charakter"), Lex Familiae, RPDF, ano X, n.º 19, Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2013, 21.

neutralidade do Estado na determinação das componentes familiares, sendo as situações de união de facto, cada vez mais, assimiladas ao casamento, quase se identificando os respetivos institutos, do ponto de vista dos direitos sociais reconhecidos¹⁰¹, mas com ressalva do «caderno de encargos» estabelecido, inexistente no primeiro.

Porém, o artigo 2º, da LUF, que reproduz, aproximadamente, o disposto nos artigos 1601º e 1602º, do CC, ao consagrar que não deve existir impedimento dirimente ao casamento dos membros da união de facto, estabelece um regime de privilégio desta face ao matrimónio¹⁰².

I.23. A aceleração das ruturas no processo de desagregação da estrutura da organização familiar, iniciada há vários séculos, está associada, em particular, ao desenvolvimento do individualismo moderno, no século XIX.

Um imenso desejo de felicidade constitui a nova ideia mítica europeia, com especial repercussão nas categorias sociais mais dominadas, tais como, os operários, os jovens e as mulheres¹⁰³.

A resignação histórica da mulher constituía a base de sustentação do casamento, cuja indissolubilidade ruiu quando conquistou o estatuto de independência económica que a atividade profissional não doméstica lhe granjeou, e se afirmou como sujeito de desejo.

Foi a vitória do princípio da liberdade dos sujeitos do casamento sobre o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, sob o efeito da mudança paradigmática e estruturante do Direito da Família, que conduziu a que a família tivesse deixado de ser, essencialmente, um núcleo económico e de reprodução, para se transformar numa realidade em que impera o amor, o afeto, a emancipação económica e o companheirismo¹⁰⁴.

¹⁰¹ Jacqueline Rubellin-Dévichi, *Les concubinages. Approches socio-juridique*, Edição du CNRS, I, 1986, 1 e ss.

¹⁰² Guilherme de Oliveira, com a colaboração de Rui Moura Ramos, *Manual de Direito da Família*, ..., citado, 340.

¹⁰³ Michele Perrot, *O Nó e o Ninho*, Revista Veja, 25 anos: reflexões para o futuro, São Paulo, 1993, 78.

¹⁰⁴ Em sintonia com a célebre declaração do Ministro da Justiça da Suécia, proferida em 1969, segundo a qual o casamento é a «união voluntária de duas pessoas independentes», registada por Antunes Varela, in *Direito da Família*, 1º volume, 4ª edição, ..., citado, 32, nota (2).

O processo de urbanização emergente reflete a correlação de forças existente entre o modelo político-económico vigente e a transição para uma ordem hegemónica global, com transformações no mercado de trabalho industrial e urbano, e a conseqüente marginalização de amplos segmentos populacionais das grandes cidades, abandonados, desqualificados, iletrados e desinformados sobre as novas perspectivas de futuro. Neste processo, agrava-se a pobreza urbana, que se concentra nas periferias, passando ao lado da especulação imobiliária e do custo do mercado de arrendamento, onde são insuficientes as políticas públicas e os equipamentos mínimos de sobrevivência.

I.24. Este processo de desagregação urbanística aumenta o contingente das crianças desamparadas, por insuficiência de recursos das suas famílias e das organizações sociais de apoio, com o conseqüente agravamento das redes de criminalidade.

A família deixa de ser o refúgio apaziguador, o ninho aquecido pelo afeto de todos, solidamente, apoiado pelo pai, tornando-se uma espécie de albergue, onde se come e dorme e em que cada um não passa de um mero cliente beneficiário de um serviço¹⁰⁵.

O homem trabalha, na fábrica ou na empresa, absorvido pela sua profissão e, em épocas de crise, preocupado com a segurança do emprego, e a mulher, cada vez mais, fora do lar, sai do âmbito fechado da casa de morada de família [gineceu], conquistando valores de individualidade e de dignidade que a tornam menos permeável aos sentimentos do matrimónio, fugindo os casais à função geneonómica, que se traduz em perpetuar a espécie humana¹⁰⁶.

Os filhos já não são educados no lar, mas na creche ou no infantário, ao mesmo tempo que se prolonga a escolaridade obrigatória, não sendo, agora, a família que acolhe os parentes necessitados, acidentados ou inválidos, mas antes instituições oficiais de assistência ou previdência social ou instituições particulares de solidariedade social, convertendo-se a família, apenas, ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da

¹⁰⁵ D. Origlia e H. Ouillon, *L' Adolescent*, Paris, Editions Sociales Françaises, 1965, 56.

¹⁰⁶ Eduardo dos Santos, *Direito da Família*, Coimbra, Almedina, 1999, 25 e 26.

intimidade das pessoas contra a massificação da sociedade de consumo, constituindo um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua¹⁰⁷.

A «pequena família», mesmo quando reforça, de facto, os laços de afeto que prendem os seus elementos, deixou de ter sentimentos, como outrora, para receber o pai ou a mãe ou os avós que enviuvaram ou se incapacitaram^{108 109}.

Mercê desta evolução da estrutura familiar, verificada ao longo dos tempos, assiste-se como que a uma desfuncionalização da família, objetivada na progressiva perda de algumas das suas importantes funções iniciais, designadamente, a função política que tinha no período do direito romano [família patriarcal], a função económica que desempenhou, na época medieval, como unidade de produção e consumo [família comunitária], as funções educativa, assistencial e de segurança que lhe competiram durante a estruturação institucional do agregado familiar e que transitaram, paulatinamente, para o monopólio do exaurido Estado-Providência [família solidária] e, finalmente, a função de suporte de um património familiar a conservar e transmitir, íntegro e unitário, de geração em geração [família unidade patrimonial], tendendo o modelo institucional a ser substituído pelo modelo individualista e hedonista que privilegia o sentimento dos cônjuges, como acontecia com a «affectio maritalis» do Direito Romano, enquanto fundamento da existência e da estabilidade da sociedade conjugal¹¹⁰.

I.25. Mas, por outro lado, assiste-se, igualmente, e, entre nós, com a Reforma de 1977, a uma radicalização da ideia da «família nuclear», desde logo, através da elevação à condição de herdeiro legitimário do cônjuge sobrevivente [artigo 2157º, do CC] e do concurso deste, como herdeiro legitimário, quer com os ascendentes, quer com os descendentes do «de cujus», concedendo-lhe, inclusive, vantagem sobre estes últimos [artigos 2158º e 2159º,

¹⁰⁷ M. Rheinstein, La famille, son evolution et son droit, in “Aspects nouveaux de la pensée juridique, Études de droit privé, de droit public et de droit comparé”, Recueil en hommage à Marc Ancel, Paris, 1974, 201; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3ª edição, Munique, 1980, §1, I, 13.

¹⁰⁸ Garcia Cantero, in “El derecho de familia en el centenario del Código Civil”, publicado por La Accion Familiar, 1992, 26 e ss., faz um balanço negativo dos resultados práticos mais importantes da mais recente legislação espanhola sobre o Direito da Família.

¹⁰⁹ Os adultos solteiros, os divorciados e os viúvos, que ficam sem filhos e que, por isso, não são titulares de uma família própria, podem permanecer na casa paterna ou regressar a ela, muito embora, por via de regra, se autonomizem (Der Regelfall zeigt sie verselbstandigt), porquanto a casa da pequena família, isto é, dos seus outros parentes, não tem lugar para eles, «Der Haushalt der Kleinfamilie (ihrer anderen Verwandten) hat für sie keinen Platz», Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, ..., citado, §1, I, 4.

¹¹⁰ Gonçalves de Proença, Direito da Família, 3ª edição, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2004, 73.

nº 1, do CC], da destruição da imagem da família como sociedade, hierarquicamente, organizada e, funcionalmente, diferenciada, e da sua substituição por uma sociedade conjugal igualitária, funcionalmente, indiferenciada, e, no plano jurídico da vida doméstica, pelo reconhecimento ao marido do direito de acrescer ao seu nome os apelidos da mulher, tal como já acontecia quanto a esta, em relação aos apelidos daquele [artigo 1677º, do CC].

Todas estas mudanças estão associadas ao declínio do paternalismo e do patriarcalismo que, por sua vez, assentam as suas raízes históricas mais remotas, na Revolução Francesa e na Revolução Industrial, que determinaram um novo ciclo da história da humanidade – a Idade Contemporânea -, recrudescendo, a partir de, então, o movimento feminista, como a grande revolução do século XX.

I.26. Associada à crescente afirmação individualista do Direito da Família, encontra-se a denominada privatização do fenómeno jurídico-familiar, ao nível dos vários direitos europeus, a operar no tradicional espaço do reconhecido «non droit» familiar, não obstante a inexistência de uma manifesta uniformidade das soluções daí decorrentes, a ponto de se questionar se a penetrabilidade do Direito da Família pelos costumes, a sua permissividade, face a certos comportamentos, a ineficácia relativa da sua essência, conjugada com a fragilidade da sua garantia, face à inexistência de uma sanção organizada¹¹¹, e a sua inequívoca dependência da moral positiva, permitem sustentar se se estará ou não, efetivamente, perante um direito¹¹².

Por outro lado, estipulou-se o exercício conjunto das responsabilidades parentais, definindo-se a mudança do respetivo regime legal supletivo, a par da tipificação como ilícito penal do seu incumprimento, com incidência não, apenas, na hipótese de divórcio, mas, também, em qualquer relação existente entre pais e filhos, quer aqueles se encontrem ou não unidos pelo matrimónio.

No âmbito da desformatação da família, ou do crescendo dos modos não institucionais de a constituir, viver e dissolver, sublinhe-se o movimento que percorreu e fraturou a sociedade portuguesa, no sentido da legalização dos casamentos entre pessoas

¹¹¹ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 59.

¹¹² Jean Carbonnier, Droit Civil, T2, Les Incapacités, 12ª edição, 1983, 22 a 24.

do mesmo sexo, que culminou com a sua consagração, em letra de lei¹¹³, e, ainda, a simplificação, levada ao extremo, dos requisitos substantivos da procedência do divórcio e da tramitação do respetivo procedimento processual-formal, quer na modalidade do «divórcio potestativo», quer do «divórcio na hora»¹¹⁴.

I.27. As relações familiares foram-se alterando, gradual e irreversivelmente, sob uma dupla perspetiva, isto é, a das relações dos cônjuges entre si e a das relações entre pais e filhos.

A imagem tradicional da família, em que «ao pai cabia ordenar, à mãe ser ouvida e ao filho obedecer», já pertence ao passado, tendo sido substituída por outro tipo de família, baseada na igualdade de direitos e deveres dos progenitores, por um lado, e na progressiva intervenção das crianças e dos jovens menores na vida familiar, de acordo com o seu grau de compreensão e entendimento, por outro.

O poder pátrio e marital do chefe de família já não satisfaz os interesses do grupo e da sua unidade e, muito menos, o interesse público, familiar e social.

Do poder-dever da autoridade parental transita-se para a pura função, sujeita a um forte controlo externo, de natureza publicística, em que o interesse dos filhos suplanta, hoje, o ultrapassado «interesse superior da família»¹¹⁵.

A partir dos primórdios da velha «patria potestas», seguiu-se uma noção de poder paternal, como símbolo de um poder total, refletida nos Códigos Civis do século XIX e de grande parte do século XX, em que o pai era o ator e, simultaneamente, o árbitro inquestionável do interesse familiar, pois só quando o seu comportamento se revelava grave e, extremamente, perigoso para a educação moral e a saúde dos filhos, lhe era retirado [autoridade parental], chegando-se à atualidade com a ideia de um poder paternal, como responsabilidade dos pais na orientação e preparação dos filhos menores para a vida

¹¹³ O artigo 1577º, do CC, resultante da redação introduzida pela Lei nº 9/2010, de 31 de maio, diz que o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem...”, ao contrário da redação anterior que afirmava que o “casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem...”.

¹¹⁴ Com efeito, é, hoje, mais fácil, perante a lei vigente, dissolver o casamento, por divórcio, do que por fim a um contrato de trabalho, pese embora os novos instrumentos que, neste campo, se desenham, em consequência das regras europeias da flexisegurança.

¹¹⁵ Massimo Paradiso, Potestà dei genitori, abuso e interesse morale e materiale della prole, Rivista di Diritto Civile, Ano LIV, nº 2 Marzo-Aprile, 2008, Cedam, Casa Editrice Dott, António Milani, Padova, 219.

[responsabilidade parental]¹¹⁶, isto é, de um poder paternal, enquanto «responsabilidade parental», de acordo com a nova terminologia adoptada pela Reforma de 2008.

I.28. Perdida a centralidade do matrimónio, a tendência para uma marcada funcionalização do Direito da Família, na globalidade dos institutos que o compõem, coloca o filho menor no cerne das relações jurídico-familiares, sublinhando-se a transição de um direito absoluto dos progenitores para um direito absoluto dos filhos, do seu estado de sujeição para uma permanente afirmação potestativa¹¹⁷.

A família sobrevive, agora, em função dos filhos, considerando que o estado de «filho legítimo» prescinde do válido casamento dos seus progenitores, a faculdade de um amplo reconhecimento genérico dos filhos gerados fora do casamento, e, bem assim como, a própria natureza do instituto da adoção¹¹⁸.

A garantia institucional que o artigo 67º, da CRP, concede à família, reduzida ao seu embrião originário e principal expoente aglutinador, ou seja, à comunidade constituída por pais e filhos, não é destruída com a dissolução do casamento pelo divórcio¹¹⁹ ou pela morte, mas permanece depois dela, como realidade mais forte e que nele, potencialmente, não tem a sua fonte exclusiva.

I.29. Em 1984, o CE¹²⁰, optando já pela denominação de «responsabilidades parentais», definia este instituto como um conjunto de poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente, tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens, enfim, enquanto instrumento jurídico que facilita a prestação do cuidado que se espera que os pais dispensem aos filhos¹²¹.

Quando o legislador nacional acolheu a designação «responsabilidades parentais», em substituição da anterior denominação «poder paternal», muito embora se

¹¹⁶ D. Huet-Weiller, De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, *Le Droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours*, Roland Ganghofer (dir.), Paris, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, 405 e ss.

¹¹⁷ Massimo Paradiso, *Potestà dei denitori, abuso e interesse morale e materiale della prole*,..., citado, 209 e 211.

¹¹⁸ Massimo Paradiso, *Potestà dei denitori, abuso e interesse morale e materiale della prole*,..., citado, 219.

¹¹⁹ Considera enigmática esta pretensa compatibilidade, Heinrich Ewald Hörster, *Evoluções Legislativas do Direito da Família depois da Reforma de 1977, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, I, FDUC, Coimbra Editora, 2004, 73 e nota (49).

¹²⁰ Princípio 1 do Anexo à Recomendação nº R (84) 4, de 1984.02.28, adotada pelo Comité de Ministros.

¹²¹ Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*,..., citado, 500.

trate de dois conceitos jurídicos que têm subjacente a mesma realidade fáctica, aderiu aquela nomenclatura, internacionalmente, adotada, e que significa, simbolicamente, um deslocamento do eixo da vertente do conceito das faculdades, embora sob a configuração de «poderes-deveres», para a vertente do conceito das obrigações, ou melhor, das vinculações jurídicas¹²², de modo a englobar os direitos e obrigações que se radicam na esfera jurídica do filho, durante a sua menoridade, atento o disposto pelos artigos 1877º e 1881º, ambos do CC¹²³.

E, assim, a referência que, em termos sistemáticos, é efectuada pelo artigo 3º, nº 2, da Reforma de 2008, segundo a qual “a expressão «poder paternal» deve ser substituída por «responsabilidades parentais» em todas as disposições da secção II do capítulo II do título III do livro IV do Código Civil”, abrange todo o conteúdo do instituto, seja em relação ao suprimento de incapacidades, seja quanto à integral extensão do regime legal relativo às relações entre pais e filhos, incluindo toda a legislação procedimental e instrumental que serve de suporte ao regime substantivo.

Isto é o resultado dos mais recentes desenvolvimentos do Direito da Família, em que o pluralismo jurídico¹²⁴ constitui a alavanca dos institutos jurídicos alternativos que preservam o direito fundamental da pessoa à protecção da sua identidade cultural¹²⁵, a autonomia da família, com a conseqüente privatização crescente das relações familiares¹²⁶, confere o seu específico distintivo institucionalista, a natureza, tendencialmente, fragmentária, a conseqüência do abandono do panjurismo iluminista, que lhe impunha a regulação de todos os aspetos da vida familiar, resumindo-se aos mais importantes, ou de

¹²² Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 509.

¹²³ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 509.

¹²⁴ O pluralismo jurídico, em contraponto à imposição de um corpo de regras monolíticas, está ilustrado pelo princípio “À chacun sa famille, à chacun son droit”, constante do título do respetivo capítulo da obra “Essais sur les Lois”, in Jean Carbonnier, “Essais sur les Lois”, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1979.

¹²⁵ Erik Jayme, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindeschaftsrecht, IPRax, 1996, 237 e ss.

¹²⁶ Guilherme de Oliveira, Transformações do Direito da Família, ..., citado, 770, 773 e 779; e “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “Panjurisme” iluminista ao “Fragmentarische Charakter”)...”, ..., citado, 21; Michele Sesta, As Transformações do Direito de Família Italiano no Quadro da Evolução dos Ordenamentos Europeus, BFDUC, LXXVIII, 2002, 222 a 227.

interesse público, que sobram da aludida privatização crescente das relações familiares¹²⁷, as normas narrativas, enquanto reflexo das regras religiosas, que permitem a concretização de cláusulas gerais, a comunicação, que gera uma multiplicidade de obrigações de informação, relativamente à origem biológica das pessoas, o renascimento da irracionalidade¹²⁸, ou, antes, o regresso dos sentimentos¹²⁹, de acordo com a máxima «primum vivere deinde philosophare», em que a família biológica e a família social têm a mesma importância e os sentimentos da criança assumem um papel relevante na determinação do seu bem-estar, e, finalmente, o cuidado, como valor e princípio jurídico, enquanto motor da construção ou do aperfeiçoamento de políticas públicas produtoras de uma nova ordem social conducente à proteção necessária e à superação das crises familiares, como outras tantas características marcantes do pós-modernismo do atual Direito da Família Europeu.

I.30. A Reforma de 1977 marca o início do pluralismo jurídico, em Portugal¹³⁰, representando o abandono da pretensão de impor um modelo único de família, deixando o

¹²⁷ Guilherme de Oliveira, Transformações do Direito da Família, ..., citado, 779.

¹²⁸ Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie in der Nachneuzeit, Heidelberg, 1990, 6.

¹²⁹ Erik Jayme, Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours, Volume 251 (1995), 247; Decisão de 3-10-1983 (G. and E. v. Noruega), D.R. 35, “A Comissão entende que, de acordo com o artigo 8º, um grupo minoritário goza, em princípio, do direito de reclamar o respeito por um particular estilo de vida que pode ser «vida privada», «vida familiar» ou «casa».

¹³⁰ O pluralismo constitui uma das grandes tendências dos estudos sócio-jurídicos contemporâneos, a partir dos novos paradigmas que surgiram nesta área do conhecimento, representando, conjuntamente, com a globalização e a complexidade, o essencial das questões omnipresentes nas análises sociológicas dos sistemas jurídicos ocidentais da atualidade.

Apesar do paradigma normativo do Estado moderno pressupor que, em cada Estado, só existe um direito e que a unidade do Estado assenta na unidade do direito, circulam, na sociedade, várias ordens jurídicas e sistemas judiciais, o que conduz à fragmentação e heterogeneidade, no interior do direito do Estado, e à caracterização da sociedade como ente, jurídica e judicialmente, plural, tornando porosas as fronteiras entre as diferentes ordens jurídicas, em prejuízo da pureza e autonomia da identidade de cada uma, Boaventura Sousa Santos, O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico, Conflito e Transformação Social, Uma Paisagem das Justiças de Moçambique, 1º volume, Boaventura de Sousa Santos e João Carlos Trindade, Porto, Afrontamento, 2003, 48 e 49, 57 e 63.

Este sistema de hibridação jurídica reconduz-se a situações em que se misturam elementos de diferentes ordens jurídicas, designadamente, o direito oficial, o direito costumeiro e o direito religioso, representando formas de interlegalidade, Boaventura Sousa Santos, O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico,..., citado, 61.

O pluralismo jurídico ou pluralismo de ordens jurídicas revela-se na coexistência, numa determinada unidade sócio-política, no seio de um mesmo ordenamento jurídico, de diferentes regras jurídicas aplicadas a situações idênticas, ou na coexistência de diferentes ordens jurídicas que pretendem regular a mesma situação, ou na coexistência de vários sistemas jurídicos, ou, até mesmo, na diversidade de representações jurídicas nascidas do relativismo cultural.

Sem negar o primado do direito estatal nas formações sócio-jurídicas, a teoria do pluralismo jurídico sustenta que aquele está longe de ser o único sistema jurídico do ordenamento normativo da vida social, ou, muitas vezes, até o mais importante, André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996, 210 e 211; Boaventura Sousa Santos, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*,...citado, 52 e 53.

Efetivamente, tal como o «Direito Vulgar» designava por Direito aqueles preceitos que não eram aplicáveis aos cidadãos romanos, mas antes um conjunto de normas e formas de resolução de conflitos vigentes no interior das fronteiras do Império Romano, pode, hoje, também, falar-se de um «campo jurídico vulgar», enquanto realidade que engloba o direito positivo e todos os modos de regulação e resolução de conflitos nas relações intersubjectivas, que se agrupam, pela sua proximidade com o direito, e que têm, normalmente, vocação para ser disciplinadas por meios jurídico-formais.

Trata-se de um campo aberto, com um número ilimitado de formas alternativas de regulação ou de resolução de conflitos, que o direito não tutela, por um conjunto variado de circunstâncias, designadamente, políticas, sociais ou económicas (André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*,..., citado, 173; e André-Jean Arnaud, *Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne*, *Droit et Societé*, 1991, 38 e ss.; e *Droit et Societé, du constat à la construction d' un champ commun*, *Droit et Societé*, 1992, 17 e ss.).

O pluralismo jurídico interno retrata uma situação que ocorre dentro das fronteiras do direito e da justiça oficiais, de grave segmentação e fragmentação de práticas jurídicas e institucionais do Estado, que caracteriza o Estado heterogéneo, e que decorre da fraqueza da prática quotidiana da administração pública e da sua politização para garantir, por si própria, condições de eficácia, sendo precária a unidade institucional e jurídica do Estado, reduzido a um conjunto de micro-Estados (Boaventura Sousa Santos, *O Estado Heterogéneo e o Pluralismo Jurídico*,...citado, 65, 67 e 69).

No interior do direito estadual, coexistem outros sistemas jurídicos, harmonicamente, ou, em conflito, que vivem, independentemente, daquele (H. Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, in “*Rechtswissenschaft und Soziologie*”, 18), sendo o Estado, apenas, mais um grupo social criador de direito, mas sem que o direito estatal esgote todo o direito existente, porquanto sobrevive outro direito alternativo (André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*,..., citado, 87), um direito social, de carácter extra-estadual, uma pluralidade de fontes de criação do direito, não obstante o Estado aspirar ao monopólio da produção jurídica, pelo menos, do ponto de vista

legislador de apontar como ideal de família o grupo formado pelos cônjuges e respetivos filhos menores, porquanto, agora, a diferença merece respeito, representando este respeito pela diferença um dos dois grandes traços do pluralismo, no Direito da Família, e consistindo o outro na diversidade das fontes de direito adotadas¹³¹.

Este Direito da Família Europeu, de que hoje tanto se fala, como expressão de um ideal de unificação e uniformidade do sistema jurídico integral, está, contudo, neste particular domínio normativo, ainda longe da realidade, ou não fosse esta a área, por excelência, da afirmação dos Estados e das Nações, no seu núcleo mais inviolável, reflexo da identidade cultural própria dos sistemas jurídicos nacionais e das diversas tradições culturais dos povos europeus, como nota muito distintiva.

De todo o modo, é patente a maior proximidade entre os direitos dos vários Estados da Europa e da América, que se movem segundo os mesmos princípios e se debatem com questões semelhantes.

Esta uniformização em curso é a resultante de dois vetores díspares, sendo um o movimento espontâneo, não concertado, em que o legislador nacional “imita” o legislador do outro Estado, e o segundo o movimento deliberado de vinculação a idênticas fontes extra-estaduais¹³².

Neste contexto, são múltiplas as iniciativas desenvolvidas pelo CE no sentido de promover a modernização e aproximação das ordens jurídicas dos Estados-membros, concretizando, em certos domínios, se não um «*ius commune*», pelo menos, um «*corpus*

formal (Gurvitch, *Sociologia del Derecho*, 67 e 68; Erlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Prólogo, segundo o qual “a chave da evolução do Direito, quer, actualmente, quer em todas as épocas, não está na legislação, nem na ciência jurídica, nem nas decisões judiciais, senão na própria sociedade”). Aliás, a escassez, a imperfeição e o carácter incompleto das fontes imediatas do direito nacional impôs, no decurso da história do Direito Português, um amplo recurso a ordenamentos jurídicos estrangeiros, a título de fontes principais ou subsidiárias, seguindo-se a um período de ordem jurídica, essencialmente, pluralista, um outro de ordem jurídica, fundamentalmente, monista.

A nova ordem jurídico-constitucional e comunitária encontra-se aberta à receção de ordenamentos das mais variadas proveniências, num universo jurídico, endogenamente, plural.

¹³¹ Erik Jayme, *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*, ..., citado, 247; e Themis, RFDUNL, Edição Especial, Almedina, 2008, 257 e 258.

¹³² Nomeadamente, as convenções que visam o reconhecimento de decisões sobre alimentos e o exercício das responsabilidades parentais, que se destinam a regular a adoção ou a prever direitos das crianças.

principiorum» uniforme, isto é, as exigências estruturantes de um autêntico «corpus iuris» europeu, nomeadamente, no âmbito do Direito da Família, e mais, especificamente, do Direito de Menores, ou seja, a dualidade do Direito das Crianças junto da família¹³³, com o propósito da tutela do direito das crianças à manutenção de relações pessoais com ambos os progenitores¹³⁴, assumindo, para este efeito, particular relevância a elaboração de tratados internacionais, a atividade do TEDH¹³⁵ e as resoluções e recomendações adotadas, ao nível do Comité de Ministros e da Assembleia Parlamentar do CE¹³⁶.

I.31. Qual é, porém, o modelo de Direito da Família que anima esta crescente identificação entre os Estados da Europa e dos EUA?

O magno problema do Direito da Família contemporâneo contende com a tentativa de conciliação dos valores da autonomia individual com os valores da proteção dos mais fracos, razão pela que aquele pretense modelo identificador se traduz num paradigma que reconhece a diversidade que tutela o indivíduo, sem prejuízo da proteção devida aqueles que entende serem os mais vulneráveis¹³⁷.

¹³³ A. Isola, Les principes d'organisation familiale posés par la «législation» issue du Conseil de l'Europe, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Françoise Dekeuver-Défossez, Avant-propos, Paris; LGD, 1996, 31 e ss.; E. Harremoës, Le Conseil de l'Europe et le droit de la famille, Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, Roland Ganghofer (dir.), Paris, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992, 9 e ss.; M. Killerby, The Council of Europe's - Contribution to Family Law (Past, Present and Future), Families Across Frontiers, Nigel Lowe and Gilian Douglas (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 1966, 13 e ss.; e Family Law in Europe. Standards Set by the Member States of the Council of Europe, Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille, Jacqueline Pousson-Petit (org.), Bruxelles: Bruylant, 1998, 351 e ss.; B. Hess-Fallon/A.-M. Simon/H. Hess, Droit de la famille, droits de l'enfant, 10^e édition, Paris, Éditions Dalloz, 1996; Recomendação 1074 (1988) sobre a política familiar, adotada pela Assembleia Parlamentar do CE, em 3 de maio de 1988; Recomendação 1121 (1990) sobre os direitos da criança, adotada pela Assembleia Parlamentar do CE, em 1 de fevereiro de 1990 e Recomendação 1286 (1996) sobre uma estratégia europeia para as crianças, adotada pela Assembleia Parlamentar do CE, em 24 de janeiro de 1996, respetivamente.

¹³⁴ Marie-Thérèse Meulders-Klein, Conclusions – L'enfant et les conventions internationales, *Enfant sujet? Enfant objet? L'enfant et les relations familiales internationales: Actes du VII^e Colloque de l'Association Famille et Droit*, Louvain-la-Neuve, 19-20, octobre 2001, Jean-Louis Renchon (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2003, 403 e ss.; e Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Droits des enfants et responsabilités parentales: quel juste équilibre?*, La personne, la famille et le droit – Trois décennies de mutations en Occident, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGD, 1999, 355 e ss.; e A. Bainham, *Children: The Modern Law*, 2^a edição, Britol: Jordan Publishing Limited, 1998, 78 e ss.

¹³⁵ J. Velu, A propôs de l'autorité jurisprudentielle dès arrêts de la Cour européenne dès droits de l'homme: vues de droit comparé sur les évolutions en cours, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, 527 e ss.

¹³⁶ H. J. Batsch, The Acceptance of Recommendations and Conventions within the Council of Europe, *Le role de la volonté dans les actes juridiques – Études à la Mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 91 e ss.

¹³⁷ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família*, Themis, RFDUN, Edição especial, Coimbra, Almedina, 2008, 257 e 258.

A afirmação de uma Teoria Geral do Direito da Família, com ênfase na «mens legis», a respeito da filiação e do divórcio, no sentido da eliminação dos julgamentos de ordem moral e da consagração do privilégio da objetivização das situações, repelindo as discriminações¹³⁸, de um novo Direito Natural da Família, de que é expressão concreta o princípio do superior interesse do menor¹³⁹, está ainda longe da desejada concretização num Direito Internacional Material Uniforme, em matéria familiar, sendo certo que a evolução no sentido do princípio da igualdade dos cônjuges, emanação do princípio constitucional da igualdade, ao dar origem à família bicéfala, pode criar óbices insuperáveis, em relação à decantada ideia de um estatuto pessoal familiar unitário, uma vez que as preocupações inerentes à universalização do referido estatuto familiar se esvaziam de conteúdo perante a dualidade direcional da família¹⁴⁰.

Afinal, a inferência comparatista de uma aproximação dos princípios informadores do Direito da Família atual é ainda, fundamentalmente, uma ficção, perdida na heterogeneidade das suas aplicações concretas, pelo que qualquer visão prospetiva sobre o Direito Universal e Natural da Família só fará sentido se tiver um cunho, marcadamente, formal, traduzido num mero enunciado de grandes princípios ou de cláusulas gerais.

Porém, não deixa de ser interessante sublinhar que a convergência, no plano dos valores jurídicos familiares, ocorre, inclusivamente, perante o direito dos países anglo-saxónicos, ao nível restrito dos seus três princípios fundamentais estruturantes, ou seja, o princípio da igualdade dos cônjuges, o princípio da não discriminação entre filhos nascidos do casamento e fora do matrimónio e o princípio-modelo do divórcio-ruptura¹⁴¹.

¹³⁸ François Boulanger, *Droit Civil de la Famille*, T1, Aspects internes et internationaux, Paris, Economica, 1990, 89 e ss; J. Hauser, *Vers une théorie générale du droit familial*, D 1991, 56; Alain Bénabent, *Droit Civil. La Famille*, 5ª edição, Litec, 1993, 141 e ss.

¹³⁹ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, Centro de Direito da Família, Coimbra, Almedina, 1986, 97 e 98.

¹⁴⁰ Ferrer Correia, *Unidade do Estatuto Pessoal*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, XXX, 101 e ss; “Considerações sobre o Método do Direito Internacional Privado” e “A Revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado”, *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, 1982, 309 e ss. e 279 e ss.; e “Direito Internacional Privado Matrimonial”, *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1980, 354 e ss.; Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1985, 403 e ss. e 433 e ss; François Boulanger, *Droit Civil de la Famille*, T1, Aspects internes et internationaux, ..., citado, 121 e ss.

¹⁴¹ François Boulanger, *Droit Civil de la Famille*, *Les convergences et les problèmes contemporains*, 2ª edição, Paris, Economica, 1992, 89 e ss; e Mary Ann Glendon, *State, Law and Family*, ..., citado, 171 e ss. (“Conclusions”).

Contudo, só se justifica uma pesquisa comparatista, em relação a ordenamentos entre si, civilizacionalmente, compatíveis¹⁴², como acontece, no caso português, com os direitos francês, italiano, alemão e espanhol que, com gradações diversas, inspiraram, pontualmente, o Direito Português da Família, após a Reforma de 1977.

Para além do que decorre destes princípios, continua tremida ou desfocada a fotografia do Direito Internacional da Família, por força das novas realidades existentes, de âmbito sociológico, e, até, científico, com réplicas normativas, ainda distintas e distantes, de ordenamento para ordenamento.

De todo o modo, têm concorrido para este ideal de unificação do Direito da Família, a constitucionalização¹⁴³ e a internacionalização do Direito Civil, também, por influência do TEDH¹⁴⁴, refletindo a ideia de que a instituição familiar se encontra, intimamente, ligada, e no cerne de quase todos os direitos humanos, que poderão constituir um importante «common core» no movimento de harmonização do Direito da Família¹⁴⁵.

I.32. Assim, a constitucionalização do Direito Civil, ou seja, a influência do papel unificador do texto constitucional nos sistemas jurídicos, gera a perda da função de centralidade do CC nos sistemas civilísticos¹⁴⁶.

E foi, efetivamente, a partir do espírito e dos princípios fundamentais da CRP, nomeadamente, o da cidadania [artigo 26º], o da inclusão e o da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, ambos da CRP] que o Direito da Família rompeu, definitivamente, com as velhas conceções da ilegitimidade dos filhos, afastando o Estado qualquer discriminação, a este respeito, quanto a uma suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais, e do casamento como a única forma de constituição da família.

Deste modo, a grande maioria das discussões, em torno do Direito da Família, situa-se, no âmbito dos Direitos Humanos, tendo presente a ideia de inclusão ou de exclusão na ordem social e jurídica e, conseqüentemente, de cidadania.

¹⁴² Oliveira Ascensão, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, Almedina, 2011, 133 e ss.

¹⁴³ F. Luchaire, *Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil*, RTDC, 1982, 247 e ss.

¹⁴⁴ Guilherme de Oliveira, *Um Direito da Família Europeu? (Play it Again, and Again... Europe!)*, in “Um Código Civil para a Europa”, BFDUC, 2002, 117 a 126.

¹⁴⁵ Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Vie privée, vie familiale et droit de l’homme, La personne, la famille et le droit – Trois décennies de mutations en Occident*, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGD, 1999, 467 e ss.; *Internationalisation des droits de l’homme et evolution du droit de la famille: un voyage sans destination*, 179 e ss.; *Family Law in Europe*, Carolyn Hamilton and Kate Standley (ed.), London, Butterworths, 1995, 549 e ss.; Ana Líbano Monteiro, *A família nas declarações internacionais dos direitos humanos*, Lisboa, Direcção Geral da Família, 1991, 1 e ss.

¹⁴⁶ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, 6.

Num momento estratégico de mudança de paradigma, assiste-se ao resgate das relações familiares, agora desvinculadas dos excessos do biologismo e motivadas por novos valores sociais, atendendo ao fim do Direito da Família monolítico e da correspondente abertura para um conceito plural de família, em que avulta uma multiplicidade de normas, umas oriundas do Estado, mas outras do seio da própria família, como princípio inclusivo do ser compartilhado na comunidade, que evoluiu do modelo patriarcal para o modelo da família contemporânea ou pós-moderna.

I.33. É que o Estado não pode, pese embora a sua tradicional vocação para regular, juridicamente, a família¹⁴⁷, pelo menos, naqueles aspetos de maior relevância social, continuar a controlar as formas da sua constituição, sendo ela, desde os finais do século passado, definitivamente, plural, pois que não se forma, apenas, pelos laços sanguíneos da descendência entre pais e filhos, ou da consanguinidade entre irmãos, a denominada família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, nem, tão pouco, pelos vínculos da afinidade, originados pelo casamento¹⁴⁸, ou da adoção, havendo, outrossim, a considerar a realidade familiar que decorre de situações de facto, tais como, a união entre pessoas de sexo homólogo ou heterólogo, com efeitos jurídicos [proteção das uniões de facto], acompanhadas dos filhos de um ou do outro dos parceiros, estruturadas em vínculos sócio-afetivos, agora sem efeitos jurídicos [proteção das pessoas que vivem em economia comum].

Efetivamente, por força do princípio do direito à constituição da família, consagrado pelo artigo 36º, nº 1, da CRP, esta pode ser formada, por via do casamento, dando origem à família de base conjugal, ou, por outras formas, desde que, legalmente, admitidas como modo de constituição de relações jurídico-familiares¹⁴⁹, como seja, através do instituto da adoção, que a lei coloca ao alcance, inclusive, de pessoas solteiras, com ou sem filhos, e da co-adoção, por parte de casais do mesmo sexo, considerando-se, com base em estudos científicos, que a orientação sexual não tem impacto no desenvolvimento da criança e nas competências dos pais, o que pode explicar a fórmula desdobrada do

¹⁴⁷ Desde logo, a história política e a história constitucional da Idade Antiga e da Idade Média foi, basicamente, a história da família, e daí o interesse público que esta revestia e a sua disciplina por normas de Direito Canónico, que não podem deixar de se considerar integradas nos fins e métodos do Direito Público, transformando-se em normas do Direito do Estado ou, pelo menos, aplicadas por este, Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, 2ª edição, ..., citado, 38 e 39.

¹⁴⁸ Entretanto, ocorreu o desaparecimento das relações de afinidade, no caso de dissolução do casamento por divórcio, atento o preceituado pelo artigo 1585º, do CC.

¹⁴⁹ Gonçalves de Proença, *Direito da Família*, ..., citado, 90.

normativo constitucional, acabado de considerar, para além da via das uniões matrimoniais de facto¹⁵⁰.

I.34. Em consonância com este entendimento implícito, a relevância da família, como grupo com interesses e exigências peculiares, estaria subordinada à existência do matrimónio, porquanto, na sua falta e, não se encontrando em jogo o interesse dos filhos, o ordenamento jurídico recusar-se-ia a intervir¹⁵¹.

Porém, mesmo que se não considere a união de facto como fonte generalizada de relações jurídico-familiares, numa visão apertada de positivismo legalista, que decorre do estipulado pelo artigo 1576º, do CC, que, apenas, tipifica os institutos do casamento, parentesco, afinidade e adoção, como geradores das aludidas relações de família, não pode deixar de se reconhecer como tal, nomeadamente, para efeitos de locação, em virtude do disposto pelo artigo 1106º, nº 1, a), do CC^{152 153 154}.

Se é certo que não se pode, nem deve equiparar o casamento à união de facto, nem converter esta numa situação de facto conducente, a curto prazo, à constituição, por usucapião, do estado de casado, sem o «animus» respetivo¹⁵⁵, desde logo, porque, obedecendo a requisitos distintos, os envolvidos quiseram assumir as diferenças de regime, não se deve esquecer que, tal como acontece com o casamento, a união de facto está na génese da relação biológica de filiação, ainda que extra-matrimonial, criando entre as pessoas, entretanto, ligadas pelo vínculo do parentesco, direitos e deveres recíprocos, resultantes dos artigos 1877º e seguintes, do CC, que não distinguem, por força do estipulado pelo artigo 36º, nº 4, da CRP, entre filhos nascidos na constância do casamento e fora do matrimónio, atento, igualmente, o preceituado pelos artigos 1910º e 1911º, do CC.

¹⁵⁰ Antunes Varela, *Direito da Família*, 1º volume, ..., citado, 160.

¹⁵¹ Giuseppe Sbisà, *Appunti sulla Riforma del diritto di famiglia*, nº 18, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1976, in *Appendice ao Novíssimo Digesto Italiano*, 1 e ss..

¹⁵² Francisco Pereira Coelho, *Casamento e Família no Direito Português*, *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, nº 10, 9 e ss. e 15 e ss.; e RLJ, Ano 120º, 79 e ss.

¹⁵³ O texto do artigo 1576º, do CC, não é rigoroso, porquanto se “o casamento e a adoção, como atos jurídicos, são, verdadeiramente, fontes das correspondentes relações jurídicas familiares, já o mesmo se não pode dizer do parentesco e da afinidade, que são, eles próprios, relações familiares, derivadas, respetivamente, da geração (ou de uma série de gerações) e da geração e do casamento”, Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, ..., citado, 35.

¹⁵⁴ Existem outras formas de constituir família, além do casamento, o que aponta no sentido do reconhecimento da união de facto entre pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, como relação de família, ou, pelo menos, de natureza para-familiar, e ainda do estado de vivência em economia comum, Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 400 a 405 e 692; *Jornal Oficial da UE*, de 14-12-2007, Anotação ao artigo 9º - Direito de contrair casamento e de constituir família.

¹⁵⁵ Antunes Varela, *Direito da Família*, 1º volume, ..., citado, 32 e nota (2).

I.35. No interregno desta transição, ganhou direito de cidade o princípio da afetividade, que nada mais representa do que a tradução, em termos legislativos, de um anseio social pela constituição de relações familiares que tenham por base o mundo dos sentimentos, das emoções e das paixões, em detrimento da preponderância dos laços, exclusivamente, sanguíneos ou biológicos.

Com efeito, as relações familiares contemporâneas, nas suas múltiplas facetas, exigem o reconhecimento pelas instituições sociais do princípio da afetividade.

Porém, o pluralismo cultural, que encerra a congénita dificuldade da escolha de um modelo de afirmação universal, obriga os Estados a uma certa retração na sua intervenção reguladora, em domínios, tradicionalmente, disciplinados pelos códigos civis, que, entretanto, se refugiam no arrastamento das decisões ou no maior denominador comum possível da neutralidade das opções tomadas¹⁵⁶.

A ordem jurídica, na encruzilhada desta transição sociológica, aguarda com ponderação pelo momento em que a arquitetura do sistema venha a colocar a pessoa humana, o sujeito, como a sua figura central, sem esquecer que o Direito é o produto de uma determinada cultura e que a cada sociedade corresponde um Direito, alicerçado em determinadas regras e princípios fundamentais.

Se a promoção eficaz da família e do círculo adjacente das funções para que está vocacionada, por excelência, no âmbito da designada «ecologia da família», constitui uma das tarefas do Estado, a diversidade dos modelos em confronto e o seu carácter institucionalista não permitem vislumbrar ao legislador uma missão facilitada.

Porém, o Direito carece de um norte seguro que proteja a sociedade dos ventos da falibilidade humana e dos novos tempos de modas passageiras ou fraturantes, que colocam dilemas inéditos ainda antes de a ordem jurídica ter logrado imaginação ou vontade de resolver os antigos.

De todo o modo, se o Direito pode obrigar a tolerância, não pode impor a afetividade, a fraternidade ou outros valores semelhantes que, sendo capazes de servir como ponte para interpretações e praticas mais bem-sucedidas, tornem viável a realização das alterações imprescindíveis, que a lógica, as equações matemáticas e a inteligência, por si só, não permitem alcançar.

¹⁵⁶ Guilherme de Oliveira, Transformações do Direito da Família, ..., citado, 778.

A velha ordem do Direito da Família, que terminou com as reformas europeias dos anos setenta do século XX, tinha por objetivo essencial garantir a estabilidade da convivência familiar, alicerçada na adoção de princípios rígidos, em que se destacavam a indissolubilidade do casamento, a desigualdade entre os cônjuges e a discriminação da filiação nascida fora do matrimónio.

A figura central deste modelo jurídico, considerado durante séculos como natural, era o poder marital, a que se encontravam sujeitos a mulher e os filhos, para além de outros dependentes assalariados.

Neste contexto, na disciplina das relações de família, o Direito não atribuía relevância específica à esfera do sentimento e do afeto, sendo o seu módulo de referência o poder e a sujeição, como no Direito Público, não havendo lugar para a tutela da esfera individual, porquanto o interesse individual encontrava-se subordinado ao interesse da família¹⁵⁷.

O princípio da igualdade não era, então, aplicado, em Direito da Família, porquanto o legislador dos movimentos de codificação entendeu sacrificar a liberdade e a igualdade para manter a unidade e a perenidade da família, cujo fundamento assentava, assim, no estabelecimento de desigualdades nas relações conjugais [poder marital] e nas relações com os filhos [poder paternal], institutos caracterizados pelo autoritarismo e pelo paternalismo¹⁵⁸.

I.36. A par do casamento e da família, considerados em si mesmos, as relações entre pais e filhos aparecem, hoje, constitucionalmente, consagradas, sob três vertentes fundamentais, ou seja, a igualdade dos cônjuges e dos progenitores não casados, quanto à manutenção e educação dos filhos, o direito e dever dos pais à sua educação e o direito dos pais à companhia dos filhos menores, da qual só podem ser privados, por sentença judicial, em caso de incumprimento dos deveres fundamentais para com eles.

Reportando-se aquele princípio geral da igualdade entre os cônjuges e entre os pais não casados, à regulação de todos os aspetos das relações dos progenitores entre si e entre os pais e os filhos, já os dois restantes princípios, isto é, o direito e dever dos pais à

¹⁵⁷ Michele Sesta, *As Transformações do Direito de Família Italiano no Quadro da Evolução dos Ordenamentos Europeus*, ..., citado, 223 a 227.

¹⁵⁸ V. Larribau-Ternéyre, *La Réception des Principes de Liberté et d'Égalité en Droit Civil, du Code Civil à Aujourd'hui: Un Tableau Impressionniste*, in "Le Droit Privé Français à La Fin du XXe Siècle", Paris, 2001, 93 e 94; André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973, 64 e ss.

educação dos filhos e o direito dos pais à companhia dos filhos menores, se prendem com o fim e a natureza das responsabilidades parentais.

E com estes três princípios devem ser relacionados outros três preceitos constitucionais, que contendem com o interesse do Estado pela família, por um lado, e com o interesse do Estado pela infância, por outro.

Assim, o exercício do direito-dever natural dos pais de educar os filhos, com o auxílio não substitutivo e a cooperação do Estado, encontra-se reconhecido pela afirmação da maternidade e da paternidade, como «valores sociais eminentes» [artigo 68º, nº 2], pela afirmação de um direito, conferido aos pais e às mães, de realizarem essa «insubstituível acção em relação aos filhos», com a protecção da sociedade e do Estado [artigo 68º, nº 1] e, finalmente, pelo direito dos filhos serem educados pelos pais [artigos 36º, nº 5 e 67º, nº 2, c)], de coabitarem com estes e deles não serem separados, a menos que os progenitores não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles, e, tão-só, mediante decisão judicial [artigo 36º, nº 6] e de serem protegidos pelo Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, nomeadamente, contra o exercício abusivo da autoridade na família [artigo 69º, nº 1, todos da CRP].

Por outro lado, a educação dos filhos menores é, simultaneamente, um direito e um dever dos pais, que podem decidir sobre todos os aspetos da sua formação escolar, técnica, profissional, moral ou religiosa, nesta última hipótese, desde que menores de dezasseis anos, atento o disposto pelo artigo 1886º, do CC, de acordo com três importantes parâmetros, que se traduzem no interesse do menor [artigo 1878º, nº 1], no respeito pelas suas possibilidades, aptidões físicas e intelectuais, com particular destaque para as situações de diminuição física e mental [artigo 1885º, nºs 1 e 2] e, por fim, no respeito pelo gradual desenvolvimento da maturidade do menor e pela sua opinião nas questões familiares importantes, em reconhecimento da sua autonomia progressiva¹⁵⁹ [artigo 1878º, nº 2, todos do CC].

I.37. Contudo, o princípio da igualdade dos cônjuges e dos progenitores não casados, quanto à manutenção e educação dos filhos, não pode ser aplicado, de uma forma legalista, conceitual ou exegética, sem ter em conta as assimetrias, efetivamente, existentes

¹⁵⁹ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família,..., citado, 501, 510 e 514.

na sociedade, como acontece, por exemplo, com a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, em obediência, meramente, formal ao princípio da igualdade, em relação a famílias em conflito ou em que a mulher é vítima de violência doméstica, por se poder verificar, então, uma cláusula de exclusão ou de limitação daquele exercício conjunto, «maxime», em relação ao direito de visita, sob pena da mera observância formal do princípio da igualdade e de a relação de grande proximidade do menor com ambos os progenitores se revelar desinserida da concreta história da família em análise¹⁶⁰.

I.38. Estipula o artigo 36º, nº 1, da CRP, que “todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade”.

Por outro lado, o respetivo nº 3 estatui que “os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto...à manutenção e educação dos filhos”, enquanto que o seu nº 5 acrescenta que “os pais [aqui se incluindo os progenitores não casados] têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, estabelecendo o correspondente nº 6 que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

É que a filiação é a mais importante das relações de natureza pessoal que surgem com a formação da família, sendo, hoje, o filho menor o protagonista indiscutível da instituição familiar¹⁶¹, onde se destaca o exercício das responsabilidades parentais e, em consequência deste poder-dever, o instituto da guarda ou da determinação da residência dos filhos e a própria figura do guardião ou do residente.

Efetivamente, o nº 6 do normativo constitucional em análise, admite, de modo expresso, embora como a «ultima ratio», por se tratar de uma providência, particularmente, gravosa, a aplicação da medida jurisdicional da separação dos filhos, em relação aos pais, subordinada, porém, à exigência de uma especial justificação, traduzida no não cumprimento por estes dos seus deveres fundamentais para com aqueles, e à necessidade de reserva de jurisdição, isto é, da obrigatoriedade da sua prévia sujeição a decisão judicial.

¹⁶⁰ Maria Clara Sottomayor, *A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos Após a Reforma de 1977*, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, I, FDUC, Coimbra Editora, 2004, 98 e 99.

¹⁶¹ Massimo Paradiso, *Potestà dei genitori, abuso e interesse morale e materiale della prole*,..., citado, 207 e 218.

De facto, os filhos só, excecionalmente, perante razões sérias e, devidamente, fundamentadas, podem ser retirados da guarda dos titulares das responsabilidades parentais, isto é, de ambos os pais ou, apenas, de um dos progenitores¹⁶².

A isto acresce que o artigo 67º, nº 1, também, da CRP, preceitua que “a família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”¹⁶³, tratando-se, como é óbvio, da família assente no casamento, na união de facto, da família natural ou adotiva¹⁶⁴.

Resulta, assim, do conjunto integrado do texto constitucional português, o dever que recai sobre o Estado de proteger o casamento e a família, assente no princípio da igualdade de direitos e deveres dos progenitores, ainda que não sejam casados entre si, quanto à manutenção e educação dos filhos, e da sua primazia perante terceiros.

Por outro lado, a aplicação da medida estatal da separação dos pais, em relação aos filhos, com base no princípio geral do «favor minoris», só se preenche quando o interesse destes esteja, objetivamente, em perigo, não se tratando, apenas, de comportamentos culposos dos progenitores, antes se impondo uma especial justificação, consistente no incumprimento pelos mesmos dos seus deveres fundamentais para com os filhos, em casos extremos de irresponsabilidade, negligência ou de prática de condutas dolosas.

Este princípio geral da inseparabilidade dos filhos, em relação aos seus progenitores, não radica no direito à educação que a estes pertence, mas antes nas responsabilidades parentais, em geral, que entroncam no direito natural, razão pela qual os pais só podem ser privados do seu exercício, mas não da sua substância ou titularidade, a não ser no caso excecional da sua perda, por conduta dos progenitores que envolva violação do direito natural da paternidade¹⁶⁵.

Está-se, assim, perante um verdadeiro poder-dever dos pais de educar e manter os filhos e não de um simples direito subjetivo ou de uma garantia institucional ou

¹⁶² Acórdão do TRP, de 11-10-94, CJ, Ano XIX (1994), T4, 209.

¹⁶³ A família não é, enquanto tal, uma pessoa jurídica, embora a família, em sentido jurídico, constitua um grupo de pessoas ligadas entre si por vínculos que advêm das formas da sua constituição, ortodoxa ou heterodoxa, o que não significa que a lei não reconheça o grupo familiar como portador de interesses próprios e distintos dos interesses individuais das pessoas que o formam, como decorre dos artigos 1671º, nº 2, 1673º e 1677º-C, todos do CC, Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 38.

¹⁶⁴ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 52.

¹⁶⁵ Gernhuber, Bürgerliches Recht, §5, IV, 2ª edição, Munique, 1983, 44.

norma programática que integre as responsabilidades parentais, como obrigação de cuidado parental¹⁶⁶, ao lado de um direito subjetivo dos pais de não serem separados dos filhos e de um direito subjetivo destes em não serem segregados dos respetivos progenitores¹⁶⁷.

Estando em causa uma medida, gravemente, restritiva de direitos, liberdades e garantias, não pode o legislador deixar de densificar os deveres fundamentais cuja violação, ainda que, meramente, objectiva, legitima a imposição da providência da separação dos filhos, em relação aos pais¹⁶⁸.

Porém, a separação deve ser a medida menos gravosa, tão-só, aplicável, subsidiariamente, sob pena de violação do princípio da proporcionalidade.

De todo o modo, tem-se entendido que o artigo 36º, nº 6, da CRP, contempla as situações de separação dos filhos, em relação aos pais, em consequência do não cumprimento ou do cumprimento imperfeito das responsabilidades parentais, não se reportando aqueles casos de separação decorrentes da observância de outras normas constitucionais, como sejam, as que permitem a aplicação de uma sanção penal, proferida em sentença condenatória privativa de liberdade, ou as que respeitam à atribuição da guarda dos filhos a um dos pais, nas hipóteses de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento¹⁶⁹.

I.39. Este modo de interpretar as relações entre filhos e pais, que a CRP consagrou, corresponde a uma nova noção de família, baseada na afetividade, na compreensão, na solidariedade e na interação entre todos os seus membros, e não já no predomínio de uma autoridade única, originária, na «patria potestas», de cariz, essencialmente, biológica, como salvaguardadora da unidade familiar.

Na verdade, não é a falta de um poder autoritário que provoca a desagregação familiar, mas antes a ausência de compreensão pelas aspirações dos outros membros do agregado familiar e o exercício da autoridade parental que se não mostra muito justo na sua atuação quotidiana.

¹⁶⁶ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, CRP, I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 566.

¹⁶⁷ Acórdãos do TC nºs 181/97, de 5-3-1997, e 232/04, de 31-3-2004, respetivamente, www.tribunalconstitucional.pt

¹⁶⁸ Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio, Coimbra, Almedina, 2002, 69 e ss.

¹⁶⁹ Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, ..., citado, 417 e 425.

Só uma visão humanista da família, célula fundamental da sociedade e a primeira sociedade humana, onde a autoridade, justa e estável, dos pais é fomentada pela solidariedade, mútuo respeito, participação, diálogo e sentido crítico entre todos os membros do agregado¹⁷⁰, permite sustentar uma nova aposta num futuro, em que todos eles se revejam, numa verdadeira consciência familiar, ou seja, numa comunidade de tradições, interesses, necessidades e aspirações, em que todos participem.

E, se as responsabilidades parentais constituem um direito-dever de ambos os pais, cujo papel insubstituível é, constitucionalmente, reconhecido, não menos importantes são os direitos subjetivos dos filhos, enquanto tais e como crianças, carecidos de proteção, quer pelos progenitores, enquanto seus naturais cuidadores, quer pelo Estado que, através do controlo da autoridade parental, deve, quando for caso disso, substituir-se-lhes na procura efetiva da realização integral do bem-estar dos menores, futuros adultos, que se pretendem saudáveis, equilibrados e conscientes do seu papel na sociedade.

Porém, a tutela constitucional da família e da comunhão de vida nela implícita não obsta a que, por aplicação de outras normas constitucionais ou de normas legais nelas fundadas, sejam proferidas decisões que impeçam ou comprometam a vida familiar.

Contudo, assistindo-se a um reiterado objetivo do legislador em demonstrar uma atenção constante no sentido da melhoria das normas jurídicas que regem a família, por forma a que esta possa desempenhar o papel estrutural, básico e histórico para que está vocacionada, estimulando a coesão social, mesmo no caso do divórcio, mal se compreende como, contra a vontade do progenitor que, em nada contribuiu, mesmo, objetivamente, para uma situação de rutura conjugal ou afim, este possa ser separado da vivência diária íntima com o filho que gerou e o menor segregado do progenitor de quem, declarada e relevantemente, pretende não ser privado.

I.40. Nos casos em que os progenitores não celebraram, de modo espontâneo, os acordos obrigatórios respeitantes ao exercício das responsabilidades parentais dos filhos menores, posteriormente, ao fim da sociedade familiar que constituíram, por reticências levantadas por um deles ou por ambos, não se demonstrando factos imputáveis a conduta censurável de qualquer um, nem sequer que, objetivamente, tenham contribuído para uma situação de perigo para o futuro dos filhos, a solução legal aplicável deve passar,

¹⁷⁰ Moitinho de Almeida, O Poder Paternal no Direito Moderno, Scientia Juridica, Jan./Fev, Tomo XVII, nº 89, 1968, 140.

obrigatoriamente, pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais e, se necessário for, mediante decisão unilateral do juiz.

Porém, não necessitando de ser fundamentada a causa do pedido de divórcio por mútuo consentimento, podendo até acontecer que inexista qualquer violação dos deveres conjugais ou causa objetiva de rutura da vida em comum, e bastando-se a nova modalidade do divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges com a constatação da rutura do casamento, indiciada por causas objetivas, tal não significa, não obstante, que, por alegada adesão a uma conceção contratualista ou interindividualista ortodoxa do casamento, seja lícito aos progenitores ou a um deles dispor, arbitrariamente, do destino da relação familiar de filiação, que, portanto, continua a não lhes pertencer, em exclusivo.

E foi, assim, que o artífice da Reforma de 2008 instituiu, como regime-regra, no artigo 1906º, nº 1, do CC, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, relativas às questões de particular importância para a vida dos filhos menores, nos termos que vigoravam na constância do casamento, conferindo ao tribunal, pela primeira vez, contrariamente, ao que sucedeu com as anteriores alterações legislativas, o poder de impor esse exercício conjunto, quer contra a vontade de um dos progenitores, quer, inclusive, contra a vontade de ambos.

II. A NOVA ARQUITETURA DAS RELAÇÕES DE FILIAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DAS «ENTIDADES FAMILIARES»

II.1. A constituição das identidades de género: a desigualdade de género e as relações de parentalidade na sociedade contemporânea

Até meados do século XVIII, o poder paternal, caracterizado pelo autoritarismo masculino, era vital para a manutenção de uma sociedade hierarquizada, elevando-se a obediência a princípio fundante da estrutura familiar, porquanto a intensa pressão social não permitia qualquer espaço para a afirmação de outros sentimentos¹⁷¹.

¹⁷¹ A paternidade era, portanto, representada pela dureza no trato com os filhos, o que impedia a demonstração da emotividade ou da sensibilidade, sentimentos vinculados à representação do género feminino. Por esta ocasião, era vulgar que as fotografias de família retratassem o homem sentado, numa cadeira patriarcal, ladeado, à direita e à esquerda, em pé, pela mulher e pelos filhos, respetivamente.

Reconhecia-se ao homem, e a ele, exclusivamente, apenas, uma função económica, distanciando-se, progressivamente, no sentido literal e figurado, dos filhos¹⁷² e da participação em atividades e encargos a eles respeitantes, até, então, considerados monopólio do espaço feminino.

Entretanto, o contexto social emergente favoreceu uma reflexão alargada sobre a evolução da realidade e dos conceitos pressupostos e uma maior flexibilidade jurisprudencial sobre os valores e enquadramentos consolidados¹⁷³.

Esta análise tem subjacente duas premissas fundamentais, traduzindo-se a primeira na existência de distinções de género¹⁷⁴, socialmente, construídas, que definem as atribuições específicas de homens e mulheres, no que se refere à prestação de cuidados aos filhos, e a segunda na identificação do tipo de normas criadas pelo Direito da Família, no caso específico da guarda dos filhos, enquanto reflexo da desigualdade de género nas relações familiares¹⁷⁵.

Considerando que, de um modo geral, ambos os progenitores não se encontram preparados para responder, positivamente, à necessidade de partilhar as responsabilidades sobre a educação e criação dos filhos, impõe-se, por isso, enfatizar a importância da participação masculina, nesta matéria, à luz das transformações sócio-culturais ocorridas na sociedade e na família, nas últimas décadas, desde logo, no que concerne à divisão das tarefas familiares, enquanto possibilidade real de ambos os membros do casal estabelecerem relações mais igualitárias e frutificantes com as crianças.

Para a organização social contemporânea, caracterizada pela divisão do trabalho por sexos, a essência da maternidade é imanente à constituição fisiológica da mulher, isto é, para a generalidade das pessoas, a gravidez torna, imediatamente, a mulher apta para o

¹⁷² Elisabeth Badinter, *Um amor conquistado: o mito do amor materno*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985, 294. Nesta altura, o homem não pegava, ao colo, os filhos infantes e, raramente, lhes dava a mão ou beijava.

¹⁷³ Claudia Lima Marques, *Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro Actual – Direito pós-moderno?*, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 88, volume 764, Junho de 1999, 13 e 14.

¹⁷⁴ A categoria género em apreço reporta-se ao discurso da diferença dos sexos, tratando-se de um termo que não se refere, apenas, às ideias, mas, também, às instituições, às estruturas, às práticas quotidianas, e ainda, igualmente, aos rituais e a tudo o que constitui as relações sociais. Portanto, o género é a organização social da diferença entre os sexos, não refletindo a realidade biológica primeira, mas construindo o sentido dessa realidade, Joan Wallach Scott, *Entrevista com Joan W. Scott*, *Revista Estudos Feministas*, Mirian Grossi e Maria Luiza Heilborn, RIAL, Carmem, Rio de Janeiro (IFCS/UFRJ), volume 8, nº 1, 1998, 115.

¹⁷⁵ Sandra Ridenti, *A desigualdade de género nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos*, In: Margareth Arilha e Sandra Ridenti, *Benedito Medrado (Orgs.), Homens e masculinidade: outras palavras*, São Paulo, Ecos Editora, 34, 1998, 163.

exercício da maternidade, enquanto que o homem, em contrapartida, apenas, poderá participar deste estado como mero espectador.

Porém, não é suficiente constatar que a ideologia de género é um reflexo das estruturas sociais e económicas, porquanto importa, sobremaneira, analisar e compreender as complexas relações existentes entre a sociedade e a estrutura psíquica dos indivíduos que a compõem¹⁷⁶, devendo, pois, a construção das noções de género ser elaborada, também, no âmbito da subjetividade, e não, apenas, no contexto histórico-social de referência.

A identidade social ou psicológica é um processo complexo que comporta uma relação positiva de inclusão e uma relação negativa de exclusão, sendo certo que a construção da identidade social masculina é um percurso difícil para os homens, porque, ao mesmo tempo, têm de aprender o que não devem ser, para, depois, construir o que devem ser¹⁷⁷.

É que ser mulher ou ser homem constitui, igualmente, uma aprendizagem que começa com o nascimento, porquanto bem se pode afirmar, em termos caricaturais, por certo, que "[...] ninguém nasce mulher, torna-se mulher"¹⁷⁸.

A reprodução da maternidade¹⁷⁹, com base em considerações assentes em pressupostos biológicos, acontece, paralelamente, com a negação da participação do

¹⁷⁶ Joan W. Scott, *Gênero: uma categoria útil de análise histórica*. Educação e realidade, Porto Alegre, 1990, 5 a 22, em especial, 16 (2).

¹⁷⁷ Elizabeth Badinter, *XY: Sobre a identidade masculina*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993, 33 e 34.

¹⁷⁸ Simone de Beauvoir, *Segundo sexo: a experiência vivida*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1980, volume 2, 9.

¹⁷⁹ O termo maternagem, por influência do francês «maternage», consiste numa técnica empregue na psicoterapia, especialmente, das psicoses, que procura estabelecer entre terapeuta e paciente, no simbólico e no real, uma relação semelhante à que existiria entre uma «boa mãe» e o filho, significando, etimologicamente, tratar, maternalmente, do inglês «to mother» (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Instituto António Houaiss de Lexicografia Portugal, Temas e Debates, Lisboa, 2005). Trata-se de um conceito inspirado, por D. W. Winnicott, para descrever os cuidados maternos dispensados ao bebé e à criança [Sérgio Eduardo Nick, *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*, In: Vicente Barreto (Coord.), *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, 136, nota (3)]. Na linguagem psicanalítica, o termo é utilizado para designar o comportamento de proporcionar cuidados e atender às necessidades das crianças e está vinculado às figuras da mãe e da mulher (Vera Regina Ramires, *O exercício da paternidade hoje*, Rio de Janeiro, Record/Rosa dos Tempos, 1997, 100). Em sentido contrário, a “maternagem” não tem sexo, constituindo uma experiência pedagógica, quer para homens, quer para mulheres, que se aprende fazendo, porquanto, estabelecendo-se um conceito de maternagem, a reboque dos cuidados dedicados por figuras femininas, tal significa limitar o seu conteúdo, construindo, deste modo, mais uma forma de exclusão do homem sobre a possibilidade de se tornar, desde logo, tão próximo e responsável pelos filhos quanto a mulher. A linguagem utilizada nesse sentido constitui um forte argumento de consolidação da expressão de um pensamento dominante, segundo o qual as mulheres “maternam” porque, assim, a sua constituição determina, não havendo espaço, portanto, para tentativas e erros, sendo que os pais poderão tanto mais auxiliar quanto menos atrapalharem, Elizabeth Badinter, *XY: Sobre a identidade masculina*,..., citado, 178.

homem na criação e prestação de cuidados aos filhos, através de processos psicológicos, estruturalmente, induzidos.

Porém, esta retórica biologista é controvertida, com base no entendimento de que existe uma transposição social e cultural das funções reprodutivas fisiológicas, não se tratando, tão-só, de aquisições comportamentais, mas, antes, de capacidades e, principalmente, de identificações, que devem ser integradas na personalidade, na estrutura psíquica de homens e mulheres.

Tratar, maternalmente, ou proporcionar cuidados de mãe a filhos menores faz parte do universo feminino, porquanto a aproximação aos cuidados com os filhos pode significar, para o universo masculino, uma identificação perigosa com aspetos do papel de género da sua própria mãe, que foram, necessariamente, reprimidos e negados, com a finalidade de garantir a sua identidade de género e a masculinidade¹⁸⁰.

A afirmação das mulheres no espaço doméstico e a correlativa exclusão dos homens dessa esfera seriam manifestações de uma organização social de género, sustentada e reproduzida, também, pelas estruturas da personalidade masculina e feminina, sendo certo que a biologia e o instinto não explicam, por si só, a divisão do trabalho, em função do género, ou o significado das diferenças individuais entre os sexos¹⁸¹.

A diferenciação significativa entre meninos e meninas, gerada pelo tratamento maternal exclusivo de mulheres, enquanto base do relacionamento primário, determina que a personalidade masculina seja definida, em termos de negação da feminilidade, ao passo que a personalidade feminina inclui uma definição fundamental do “eu” relacional, cuja base, ampliada nas mulheres e inibida nos homens, se fica a dever menos a fatores da “natureza” do que às experiências e relações através das quais se constituem enquanto sujeitos psicológicos e sociais¹⁸².

O aumento do número de divórcios não implicou grandes alterações na questão da colocação dos filhos com a mãe¹⁸³, a quem, preferencialmente, eram confiados,

¹⁸⁰ Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 46.

¹⁸¹ Embora a anatomia não confira significado aos géneros, os homens não conseguem ainda perceber ou compreender o sentido das diferenças individuais entre os sexos, caso elas não estejam definidas, biologicamente, Sócrates Nolasco, Identidade masculina: um estudo sobre o homem de classe média. Departamento de Psicologia, PUC- RJ, 1988, 25; e “O Mito da Masculinidade”, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Rocco, 1995, 245.

¹⁸² Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 50 e 51.

¹⁸³ Guilherme de Oliveira, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “Panjurisme” iluminista ao “Fragmentarische Charakter”)...”, citado, 15 a 21.

revelando uma imposição da sociedade, com o argumento da sua conformidade com a natureza das coisas, resultando, assim, num processo de naturalização inscrito num código ideológico que se pretendia dominante.

Porém, sendo o tratamento maternal, sobretudo, uma experiência pedagógica e não um processo “natural”, os homens-pais são, de igual modo, capazes de assumir o conteúdo dessa função.

As relações sociais e, obviamente, as relações parentais acontecem num determinado contexto histórico, ao sabor da intermitente modificação dos costumes e do comportamento das pessoas que se verificou com o desenrolar dos anos, registando-se um inequívoco processo de transformações sócio-culturais ocorridas na vida de homens e mulheres¹⁸⁴.

Estas mudanças tornam-se, cada vez mais, decisivas para a flexibilização da estrutura familiar vigente, sendo de destacar a maior participação das mulheres no mercado de trabalho, o movimento feminista e o incremento dos métodos anticoncepcionais que possibilitam aquelas um controlo do corpo e da sua sexualidade, iniciando-se um processo de transformação da sociedade, sobretudo, e, em primeiro lugar, nas camadas mais abastadas da população¹⁸⁵.

Os diferentes papéis assumidos pela mulher conduziram a uma nova configuração da maternidade, o que, por sua vez, implicou uma diversa organização do exercício da paternidade, porquanto o padrão antigo já não correspondia às exigências e às disponibilidades da família dos finais do século XX, inícios do século XXI.

Em confronto com a antecedente postura, padronizada e distante, inexpressivamente, afetiva, os homens procuram um contacto diário com os filhos, realizando-se tentativas de uma nova representação masculina, de acordo com a reavaliação das normas do sistema tradicional, a fim de tornar possível reconhecer e incorporar as

¹⁸⁴ Nesse sentido, alguns trabalhos destacam as transformações estruturais na formação e desenvolvimento da família, Elisabeth Badinter, *Um amor conquistado: o mito do amor materno*,..., citado, 294; Maria Cláudia Crespo Brauner, *Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais*, *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, XXVI, nº 78, junho de 2000, 193 a 216; Françoise Dolto, *Quando os pais se separam*, Rio de Janeiro, J. Zahar, 2003, 44; Vera Regina Ramires, *O exercício da paternidade hoje*,..., citado, 23.

¹⁸⁵ Vera Regina Ramires, *O exercício da paternidade hoje*,..., citado, 24.

noções complementares da sensibilidade e da emotividade, de conteúdo ainda algo estranho para a mentalidade dos homens em geral.

Os estudos realizados, a respeito da dinâmica da família, contêm poucas informações quanto ao papel do homem, no que se refere ao espaço doméstico, ou sobre os efeitos da masculinidade nas mulheres, nas crianças e nos próprios homens, sendo antes enfatizada a importância da sua figura como provedor das necessidades materiais da família¹⁸⁶.

O modelo do pai-provedor, cuja principal função se exercia no espaço público, longe dos filhos, representante da autoridade e da lei, mais temido do que respeitado, e, menos ainda, amado, foi sendo construído, ao longo da história, e consolidou-se como património da família nuclear, burguesa e patriarcal.

Esta relação de autoridade e dependência entre pai e filhos, longe de ser natural, era, historicamente, determinada pelas relações sociais e culturais marcantes, em cada época social.

Paradoxalmente, com a entrada das mulheres-mães no mercado de trabalho, os pais foram chamados a ocupar-se das atividades relacionadas com os cuidados dos filhos, até, então, da exclusiva competência daquelas, a maior parte das vezes, por indispensabilidade, e, noutros casos, por desejo masculino¹⁸⁷, ampliando o seu envolvimento na criação dos descendentes¹⁸⁸.

Não se pode permanecer indiferente às mudanças sociológicas verificadas, tendo o pai deixado de ser o único progenitor a angariar o sustento da família e a mãe de ser a única cuidadora dos filhos, com a consequente redefinição dos arranjos familiares que, na singularidade do caso concreto, melhor beneficiem o interesse da criança¹⁸⁹.

¹⁸⁶ O silêncio sobre a história da paternidade implica uma ignorância sobre as representações do homem e do pai. Alguns autores lastimam a falta de um movimento comparável ao feminismo moderno que estimulasse o estudo dos varões, Vera Regina Ramires, *O exercício da paternidade hoje,...*, citado, 25 e 27.

¹⁸⁷ Este desejo masculino traduz-se no interesse em rever conhecimentos sobre o papel dos homens na família, sobre a sua sexualidade e vida reprodutiva. Embora os homens, ainda hoje, tenham, como referência para a definição do papel masculino, uma consciência sobre si próprios produzida por conceitos vagos de autoridade e tradição, há uma busca por formas alternativas de masculinidade, de relações entre os sexos e de rutura com os estereótipos vigentes, situação que se evidencia pelo aumento de projetos que discutem os atributos da masculinidade.

¹⁸⁸ Sandra Ridenti, *A desigualdade de género nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos,...*, citado, 166.

¹⁸⁹ Ricardo Simões, *Residência Alternada: da lenda urbana à realidade social*, 2017, <http://familiacomdireitos.pt/residencia-alternada-da-lenda-urbana-a-realidade-social/>

A ocupação de espaços públicos de reserva masculina, uma maior liberdade para o exercício da sexualidade, as conquistas referentes aos direitos do trabalho e reprodutivos, por parte da mulher, favoreceram, de certa forma, e, de algum modo, contraditoriamente, uma determinada participação masculina na esfera do lar e no cuidado dos filhos, alterando os arranjos domésticos e instituindo outras formas de relação entre homens e mulheres e entre adultos e crianças¹⁹⁰.

Assiste-se, gradualmente, a um número significativo de progenitores masculinos que compartilham com as mães as mais diversas atividades que envolvem a educação das crianças e a vida doméstica, pretendendo, por certo, a divisão de tarefas com aquelas, mas não a inversão dos papéis tradicionais.

O fim do patriarcado anuncia uma paternidade, completamente, diferente, evidenciando-se a necessidade da presença das crianças com o pai, nos dois primeiros anos de vida, em contraponto com a constatação, até, então, efetuada pela escola psicanalítica, que considerava a imprescindibilidade da díade mãe-filho para a estruturação do sujeito, sendo o papel do pai reivindicado para um momento posterior do desenvolvimento da criança¹⁹¹.

A importância da figura paterna, a partir dos primeiros dias de vida da criança, realça esta sua fonte de identificação, presente desde o primeiro momento do desenvolvimento do indivíduo, causando, assim, a ausência do pai um sério «deficit» na identidade da estruturação do menor, podendo determinar, conseqüentemente, caso não tenha oportunidade de se relacionar com o gênero masculino, mesmo que essa figura não seja, necessariamente, o seu pai biológico¹⁹², dificuldades em assumir-se, no futuro, como homem ou como mulher¹⁹³.

¹⁹⁰ Sandra Ridenti, A desigualdade de gênero nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos,..., citado, 167.

¹⁹¹ Elizabeth Badinter, XY: Sobre a identidade masculina,..., citado, 171.

¹⁹² Hoje, sabe-se que um pai e uma mãe substitutos podem satisfazer as necessidades básicas de uma criança, tal como os pais biológicos. Isto significa, por outras palavras, que é desejável para o desenvolvimento da criança a convivência com um indivíduo que ofereça os referenciais do gênero feminino e com um outro, do gênero masculino, a fim de serem fontes de identificação dos diferentes níveis do desenvolvimento infantil, sendo desnecessária a determinação de uma descendência genética para o estabelecimento de uma autêntica relação pai e filho, uma vez que esta é percebida perante a subjetividade dos laços afetivos, Maria Cláudia Crespo Brauner, Novos contornos do direito da filiação, a dimensão afectiva das relações parentais,..., citado, 193 a 216.

¹⁹³ Arminda Aberastury, Eduardo J. Salas, A Paternidade – um enfoque psicanalítico, Porto Alegre, Artes Médicas, 1984, 68.

Sendo as consequências da ausência paterna tão graves como as da ausência materna, só, recentemente, foram estudadas, em profundidade¹⁹⁴, muito embora, mesmo com a necessidade de uma divisão mais equilibrada das tarefas quotidianas entre pai e mãe, em relação aos cuidados exigidos pela criança, seja frequente a existência de uma rivalidade no casal, situada na esfera individual, em função, em primeiro lugar, da dificuldade que o homem tem em assumir a paternidade, e, em segundo lugar, da dificuldade sentida pela mulher em ceder parte desse seu «lugar de poder»¹⁹⁵, determinando que a «posse» do filho se torne, por vezes, um campo de disputa, mais do que um espaço de união.

Quando a mãe perde o seu papel preeminente, revela grande dificuldade em enfrentar a ideia de que o filho não é um prolongamento de si mesma e de interiorizar o conceito de que a criança é filha, também, de uma outra pessoa e se identifica com ela.

II.2. A ressignificação da paternidade em transição

É já possível afirmar que se está a assistir a um processo de ressignificação da paternidade, protagonizado pelos progenitores masculinos, que compartilham com as mães as responsabilidades pelo cuidado dos filhos e, por isso, requerem a sua guarda ou residência, no âmbito das responsabilidades parentais¹⁹⁶, em situação de igualdade¹⁹⁷ com aquelas.

Efetivamente, a partir do século XVIII, após as primeiras publicações sobre o aleitamento e o cuidado pessoal das mães com os filhos, o homem acabou por ser

¹⁹⁴ Arminda Aberastury, Eduardo J. Salas, A Paternidade – um enfoque psicanalítico, ..., citado, 80.

¹⁹⁵ Com a II Guerra Mundial, os homens foram forçados a deixar as famílias e as mulheres ficaram responsáveis pelos filhos, assumindo esta posição de poder, tendo reagido mal à mudança resultante do regresso dos pais a casa, tendo a “vida moderna” que se desenvolveu no pós-guerra e, ao longo de toda a década de cinquenta, significado para as mulheres, cercadas entre a cozinha, onde os eletrodomésticos começam a chegar, e a educação, um retrocesso, ou seja, um novo recuo rumo ao patriarcado, “Manual da Boa Esposa”, sobre a emancipação feminina, comédia protagonizada por Juliette Binoche, num filme de Provost, de agosto de 2021.

¹⁹⁶ Embora esteja a crescer, no Ocidente, o número de pais que educam, sozinhos, os filhos, a maioria dos pais divorciados não tem a sua guarda e, apenas, uma minoria a reivindica, aquando da separação, Elizabeth Badinter, XY: Sobre a identidade masculina, ..., citado, 1993, 173.

¹⁹⁷ A expressão “igualdade”, utilizada neste contexto, refere-se à igualdade formal, enquanto faculdade jurídica de formulação pelo pai de um pedido de guarda dos filhos. Na verdade, o discurso psicanalítico reforça a pretensa consistência da posição jurisprudencial que sustenta que os filhos devem permanecer com a mãe, dada a “natureza” peculiar da condição feminina para enfrentar estas questões, sem que tal importe qualquer violação do princípio constitucional da igualdade entre os progenitores, mas, tão-só, da proteção dos filhos, Sérgio Gischkow Pereira, Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges, In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.), Direitos de família e do menor, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, 121.

despojado da paternidade, passando o amor materno a ser um valor, ao mesmo tempo, natural e social, favorável ao ser humano e à sociedade¹⁹⁸.

A associação dos conceitos “amor” e “materno” conferiu significado à promoção do sentimento, e a mulher desenvolveu o seu papel de mãe, deslocando-se, assim, o foco ideológico da autoridade para o amor, da figura paterna para a materna, em detrimento daquela, que passou a experimentar uma certa obscuridade no cenário familiar.

A mãe e o Estado usurparam, cada qual a seu modo, o essencial das funções paternas, sendo questionado o papel que estaria reservado ao pai, admitindo-se, durante certo tempo, que a qualidade paterna poderia ser medida, preferencialmente, pela capacidade de prover a família, mais do que por qualquer laço afetivo¹⁹⁹.

Apesar dos significativos avanços e conquistas que se obtiveram na redefinição dos papéis sociais do homem e da mulher, ainda existem expressivos nichos de marginalização e exclusão social, pois que os processos de normalização criados pela sociedade são capazes de constituir e definir as identidades dos sujeitos, alicerçando, assim, muitas das falácias sobre que assenta a maternidade e a paternidade.

Com efeito, tem-se vindo a constatar, nas sociedades urbanizadas ocidentais, uma mudança do paradigma funcional do pai, defendendo uma corrente psicanalítica mais recente²⁰⁰ que este pode desempenhar, satisfatoriamente, o conteúdo do papel maternal no cuidado dos filhos, sem embargo da sua idiosincrasia diferenciadora em relação à mãe²⁰¹, mas sendo condição essencial, a fim de que essa relação possa ser simbiótica, que o pai suavize o tendencial pendor da masculinidade tradicional²⁰².

Uma vez que as representações culturais da paternidade e da maternidade produzem um discurso baseado numa realidade biológica, a divisão social e sexual do trabalho, a educação e o cuidado com as crianças são, artificialmente, atribuídos a um ou a outro sexo.

¹⁹⁸ Elisabeth Badinter, Um amor conquistado: o mito do amor materno, ..., citado, 146.

¹⁹⁹ Elisabeth Badinter, Um amor conquistado: o mito do amor materno, ..., citado, 293.

²⁰⁰ M. Amann-Gainotti, G. Badolato e S. Cudini, La paternité: nouvelles perspectives de la recherche, Enfance, nº 2, 1984, 121 a 129; Serge Lebovici, O bebê, a mãe e o psicanalista, Porto Alegre, Artes Médicas, 1987, 1 e ss.; T. Brazelton, B. Cramer, As primeiras relações, São Paulo, Martins Fontes, 1992, 1 e ss.; D. Geneviève Parseval, A parte do pai, Porto Alegre, L&PM, 1986, 1 e ss.; Christiane Olivier, Los hijos de Orestes. O la cuestión del padre. Bueno Aires, Nueva Visión, 1995, 1 e ss.

²⁰¹ Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 72.

²⁰² Elizabeth Badinter, XY: Sobre a identidade masculina, ..., citado, 179.

No processo de demarcação de papéis sociais entre as atribuições maternas e paternas, o cuidado dos filhos continua a ser definido como uma tarefa precípua das mulheres, mantendo-se, assim, os homens como coadjuvantes dessa atividade, mostrando-se, conseqüentemente, necessária uma mudança de mentalidade das pessoas, pois que “enquanto se considerar que o instinto maternal supera em intensidade o paternal, formar-se-ão artificialmente gerações de crianças criadas por mulheres”²⁰³.

Na verdade, isto acontece porque a maternidade, pela sua ligação íntima com o corpo, é ainda um elemento muito forte da cultura ocidental, determinando que o ato de cuidar seja uma atribuição exclusiva do gênero feminino e, conseqüentemente, que as responsabilidades parentais sejam definidas, tendo como referência principal a figura da mãe, a partir do princípio biológico de que é no corpo desta que o filho é concebido²⁰⁴.

Aliás, a tradição patriarcal que lhe está associada contribuiu para estruturar as relações familiares numa rígida divisão de atribuições²⁰⁵, em que a atividade de cuidar dos filhos está representada, no imaginário social, como uma função natural da mulher e, por sua vez, para o mesmo quadro virtual, o bom pai será aquele que garante o exercício dessa função, encontrando-se, assim, a paternidade, social e culturalmente, desvinculada do processo reprodutivo²⁰⁶.

A ascensão das mulheres ao patamar de uma relativa igualdade no mercado de trabalho com os homens confronta-se com a desigualdade de gênero na esfera privada, onde conflituam dois desejos distintos, isto é, o de compartilhar com os homens as responsabilidades familiares, por um lado, e o de não abrir mão de um dos seus espaços de poder, por outro.

As mulheres, cuja existência, durante séculos, se circunscreveu ao espaço doméstico, que se transformou na sua área de poder, destinado à afirmação de uma identidade, de um papel, socialmente, definido, ou seja, a educação e formação das

²⁰³ Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 77.

²⁰⁴ Sandra Ridenti, A desigualdade de gênero nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos, ..., citado, 169.

²⁰⁵ A família burguesa do início do século XIX é descrita no sentido de que “Os papéis sexuais, claramente divididos, atribuíam ao homem a função de prover materialmente a família e à mulher a responsabilidade pelo cuidado da casa e a educação dos filhos/filhas. A equação homem ↔ espaço público e mulher ↔ espaço privado é tida como a mais *natural* organização de papéis, consagrando a dependência da mulher ao homem”, Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 22.

²⁰⁶ Sandra Ridenti, A desigualdade de gênero nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos, ..., citado, 170.

crianças, têm, também, por sua vez, interiorizado o modelo que lhes atribuiu, de maneira exclusiva, a total responsabilidade pelos cuidados com os filhos.

Esta aparente contradição explica a resistência e ambivalência das mulheres em abrir mão do monopólio exercido sobre os filhos, pois que se estas, por um lado, foram obrigadas a reivindicar uma maior participação dos homens nas tarefas domésticas, a partir do seu ingresso no mundo do trabalho, vacilam, por outro, em dividir e compartilhar com os mesmos os cuidados e responsabilidades com os filhos²⁰⁷.

E esta é uma das várias contradições sociais e uma das principais motivações da recusa, por parte de muitas mulheres, em abrir mão do espaço do lar e em repartir as responsabilidades parentais, nomeadamente, através do estabelecimento de uma relação de maior proximidade dos filhos com o outro progenitor, mesmo abdicando da contrapartida da prestação de alimentos, a favor daqueles, a cargo deste último.

Na verdade, com exclusão natural da gestação e da amamentação, os homens estão, psicologicamente, capazes de participar, em larga escala, em atividades tendentes à prestação de cuidados aos filhos, não passando de uma construção social, dependente, também, de factores culturais, económicos e políticos, o facto de terem sido afastados dos cuidados diretos devidos às crianças.

Com efeito, embora tenha aumentado o número de homens que solicitam a guarda dos filhos, muitos são, igualmente, os que se sentem inseguros quanto à possibilidade de assumir essa tarefa, mesmo dentro do estrato social médio intelectualizado²⁰⁸.

Aliás, tem ainda expressão na realidade sociológica do panorama nacional o facto de muitos dos homens que se sentem preparados para assumir funções parentais não reclamarem a assunção dessas responsabilidades, porquanto, ainda se encontram, fatalisticamente, prisioneiros da concepção, segundo a qual a mãe só deixará de merecer dos

²⁰⁷ Sandra Ridenti, A desigualdade de género nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos, ..., citado, 34; Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 99.

²⁰⁸ Numa amostra reduzida de dez homens entrevistados, casados, pais de filhos, com idades entre 2 e 9 anos, a propósito da questão de saber o que pensam sobre aqueles que, em caso de separação do casal, solicitam a custódia dos menores, todos afirmaram ser um direito do homem, porém, apenas, dois foram categóricos em responder que reivindicariam a guarda dos filhos, Sandra Ridenti, A desigualdade de género nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos, ..., citado, 172 e 173. No mesmo sentido, outros pais relatam o sentimento de que poderiam prejudicar o filho, caso se impusessem e lutassem para obter a sua guarda, Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 91.

tribunais o «privilégio» da guarda dos filhos se atentar, clamorosamente, contra o seu bem-estar físico, psicológico ou moral.

Essas concepções, culturalmente, construídas estão presentes no imaginário social, em diferentes camadas da população, tendo sido, igualmente, valores apropriados pelo discurso jurídico, a ponto de, aquando da vigência, como regime-regra, do modelo do exercício unilateral do poder paternal, nas situações posteriores ao divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, por ocasião da respetiva regulação, a decisão judicial homologatória do acordo estabelecido entre os progenitores, ou a decisão judicial proferida, sem precedência deste, na sequência de julgamento, independentemente, de produção de prova direta, confiarem quase, invariavelmente, a guarda à mãe, «maxime», tratando-se de filhos mais pequenos, como opção ditada pela ordem do direito natural, o que demonstra que o cuidado dos filhos ainda é, socialmente, construído, embora, cada vez menos, como sendo um espaço da responsabilidade exclusiva da mulher.

Verifica-se, pois, uma mudança do paradigma dos modelos parentais, em virtude do desejo da participação dos homens na criação dos filhos, da sua crescente intervenção efetiva nessa área, de uma maior consciência do monopólio das mulheres nessa tarefa e das suas inerentes limitações, da organização do trabalho no espaço público, da capacidade de tratamento de conteúdo maternal que demonstrem e da reparação e reformulação do relacionamento que mantiveram com os seus próprios pais²⁰⁹.

Porém, esta mudança do comportamento masculino no envolvimento com os filhos e com as atividades domésticas em que participam, não significa, necessariamente, uma disponibilidade para a reorganização da divisão das tarefas familiares e do seu percurso profissional²¹⁰.

A possibilidade de homens e mulheres compartilharem, desde o início, os cuidados com os filhos menores²¹¹, permitirá às crianças apreenderem um novo modelo de

²⁰⁹ Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 91 e 114 e 115.

²¹⁰ Constituem «encaixes», o aproveitamento, por exemplo, pelo progenitor do trajeto entre a casa e o trabalho para deixar o filho, na escola, ou, então, a sua condução para alguma atividade extracurricular, após o expediente do trabalho, Sandra Ridenti, A desigualdade de género nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos, ..., citado, 174.

²¹¹ Vera Regina Ramires refere-se, tanto às famílias nucleares, como às famílias monoparentais, ventilando a hipótese da guarda compartilhada, “O exercício da paternidade hoje”, ..., citado.

relação de poder, baseado na cooperação e na complementaridade, e não numa situação de hierarquia e exclusão, reorganizando a sua estrutura psíquica, de modo diferente²¹².

Não obstante o normativo constitucional referente às relações familiares de filiação consagrar o princípio da igualdade entre os progenitores, independentemente, de serem ou não casados entre si, a guarda dos filhos era, invariavelmente, atribuída à mãe²¹³, sem embargo de o discurso jurídico se ter mantido, sem discrepância, subsidiário da ideia da prevalência do interesse do menor, o que, de certo modo, até permitia, singularmente, subestimar a importância doutrinária do princípio, quase de direito natural, da preferência maternal, consistentemente, presente no «subconsciente ativo» dos decisores judiciais.

II. 3. A família em transição, mas ainda como o espaço natural da criança

A família²¹⁴ é uma “instituição em crise”, em especial, perante as profundas transformações que a afetam, desde, pelo menos, os anos setenta do século passado²¹⁵, que

²¹² Vera Regina Ramires, O exercício da paternidade hoje, ..., citado, 115.

²¹³ O artigo 36, n.ºs 3 e 5, da CRP, assegura aos pais iguais direitos e deveres quanto à manutenção e educação dos filhos. Embora seja garantido o princípio da igualdade, a guarda dos filhos era, reiteradamente, atribuída à mãe.

²¹⁴ A família, na atualidade, é ainda um projeto inacabado, um desafio em movimento, que tem inscrito, em si, uma “abertura” e incerteza sem precedentes. Está, nas nossas civilizações, mas não tem um padrão institucional único, entre vários e em constante mutação, pois que quaisquer observações ou análises sobre o fenómeno social em questão dependem das representações sociais em causa, num certo momento, no desenvolvimento de uma sociedade, Jacques Commaille, *Misères de la Famille. Question d'État*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1996, 21. Sobre a evolução da família, ao longo da história, Santiago Catalá Rubio (coord.), *Evolución del Derecho de Familia en Occidente*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-la-Mancha, 2006, 1 e ss.

²¹⁵ Esta conclusão é partilhada noutros quadrantes geográficos que não, apenas, no Ocidente, sendo que “desde la década de 1960, en los países de capitalismo avanzado (en especial Europa occidental), se assiste a modificaciones en la organización familiar que son ya materia de textos de divulgación del número de matrimonios y el aumento paralelo de la cohabitación (consensualidad) de prueba y permanente; el incremento de la incidencia de los divorcios y las separaciones; la disminución del número total de nacimientos y el aumento de los extramatrimoniales; la difusión de las familias monoparentales (con una mujer como cabeza de familia) y de las familias ensambladas (“los míos, los tuyos, los nuestros”); la generalización de las parejas en las que los dos partenaires tienen una actividad profesional; etc., entre otros, son comportamientos conocidos que difieren radicalmente de los dominantes en el pasado próximo, Susana Torrado (Directora) et alii (2005), *Trayectorias nupciales, familias ocultas*, Argentina, Miño y Dávila; José Ignacio Alonso Pérez, *El Reconocimiento de las Uniones no Matrimoniales en la Unión Europea – Análisis de Las Leyes Autonómicas en Vigor*, Barcelona, Bosch Editor, 2007, 179, em cujas conclusões se firma que «del estudio de los diversos modelos de reconocimiento legal de convivencia no matrimonial en la Unión Europea evidencia que la mayor parte de los países miembros se ha decidido a actuar normativamente sobre este sector. Los modelos adoptados son diversos, pero tendem a crear grupos normativos que representan líneas características comunes entre aquellos países com mayores similitudes en su evolución social y jurídica. De todo ello se evidencia que actualmente el matrimonio no es ya el único modelo de convivencia reconocido por el ordinamiento jurídico, pues la difusión social de otros comportamientos ha obligado a los legisladores a tomar en consideración estas figuras, acodando um número de benefícios y obligaciones que, en alguns casos, constituyem un auténtico régimen regulador».

se manifestam, de múltiplas formas, conseqüentes às alterações políticas ocorridas e à evolução sócio-cultural verificada.

Sendo importante o conhecimento das transformações por que passou a família, ao nível das suas causas, amplitude, efeitos e respostas do Direito, assume o maior relevo investigar em que medida é que essas alterações modificaram o estatuto das pessoas²¹⁶.

Ocorreram mudanças significativas nas famílias portuguesas, com especial incidência, no estatuto da mulher, quer na sociedade, quer no espaço público, e na presença ativa dos jovens na vida social, impondo-se, hoje, a cultura jovem e a afirmação da categoria etária e social «jovem», que deu lugar a um novo segmento geracional participativo, eleitor, consumidor e produtor, ou seja, os jovens, sendo que com a evolução da economia e da componente educativa, as novas gerações adiaram, por vários anos, a entrada no mundo profissional²¹⁷, com o conseqüente retardamento da constituição de uma nova vida familiar.

A família, na constituição, estrutura e papel desempenhados pelo homem e a mulher, o pai e a mãe, encontra-se em acelerada transformação, devido ao gradual, mas seguro, esquecimento da figura tradicional da mãe, cuja função exclusiva consistia em se dedicar, em casa, à educação dos filhos, mas, também, ao paulatino, mas não menos consistente, obscurecimento da figura tradicional do pai, que se encontrava, claramente, arredado da função educativa dos filhos, centrado na sua atividade profissional, fora do lar familiar.

A isto acresce a acentuada queda da natalidade, em Portugal e na Europa, potenciada pelo conhecimento e uso generalizado dos métodos anticoncepcionais de planeamento familiar e pela crescente intervenção e afirmação da mulher no mercado do trabalho, fenómeno criador de riqueza familiar, mas, igualmente, de competição, rivalidade

²¹⁶ A questão que se coloca não se limita a saber qual é o entendimento sobre as transformações da família e como é que o Direito, por exemplo, deve responder, em nome desta velha preocupação latente sobre a adequação da lei e dos costumes, mas antes em saber em que é que essas transformações da família modificam o estatuto do indivíduo, colocando, eventualmente, em jogo a sua autonomia material, perturbando a economia das relações entre o privado (a família, o doméstico, o íntimo do indivíduo) e o público (o Estado e as suas diferentes instâncias), pelo que a questão familiar se desenvolve numa questão social, que garante a proteção e autonomia material dos indivíduos, e numa questão política sobre o modo de estabelecer a relação do indivíduo na coletividade, Jacques Commaille, *Misères de la famille. Question d'État,...*, citado, 12.

²¹⁷ António Barreto, *Tempo de Mudança*, Lisboa, Relógio d'Água, 1996, 143 e 145.

e discriminação com a força ativa do setor masculino, que nem sempre se compatibiliza, facilmente, no atual estágio de desenvolvimento das sociedades e das economias, com as exigências de uma maternidade consciente e responsável, mas que contribui, sobremaneira, embora ainda com o concurso de outros fenómenos menores coadjuvantes, para o aumento exponencial das causas de divórcio, com o conseqüente desencadear das situações dos segundos e terceiros casamentos, ou das uniões de facto, não raro, com filhos de uma ou mais dessas ligações, e das denominadas famílias monoparentais.

Assiste-se a uma progressiva equiparação dos dois sexos, em termos cada vez mais circunscritos quanto aos sectores de atividades laborais vedadas às mulheres, assim como, no interior da célula familiar, à eliminação dos compartimentos estanques, das funções reservadas só ao homem, ao pai, ou só à mulher, à mãe.

Por certo, que outras razões pesaram nas mutações havidas na família, ao longo de muitos anos de evolução social, podendo referir-se que ao modelo de família tradicional, também, em Portugal, se verificou um seu sucedâneo, cujas diferenças se notam, sobretudo, na distinta conceção dos papéis familiares desempenhados, em cada um, pelo pai, pela mãe e pelos filhos, e na diversa filosofia do casamento e da família implícita em cada qual²¹⁸, pois que, a família perdeu algumas das suas funções tradicionais^{219 220}.

²¹⁸ Andréé Michell, *Modéles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*, citado por Gelásio Rocha, *Os direitos de família e as modificações das estruturas sociais a que respeitam*, Temas de Direito da Família, Ciclo de conferências realizadas pelo Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Livraria Almedina, 1986, 30 e ss.

²¹⁹ A função política que tinha no Direito Romano, quando se estruturava sobre o parentesco «agnático», assente na ideia de subordinação ou sujeição ao «pater famílias» de todos os seus membros, em que os filhos não tinham qualquer controlo sobre os seus bens, que eram todos administrados pelo chefe de família, aliás, nem tinham bens, com exceção do pecúlio militar, e, mesmo este, ainda podia ser administrado pelo pai; a função económica de unidade de produção, cuja proteção legal agora constitui exceção, atento o disposto pelo artigo 1º, nº 1, da LAR, quando está em causa a exploração agrícola familiar exercida em prédio arrendado, embora continue a ser uma unidade de consumo; as funções educativa, de assistência e de segurança que, tradicionalmente, lhe competiam, porquanto o Estado assume, hoje, pelo menos, tendencialmente, essas responsabilidades, podendo, inclusive, afirmar-se que, na efetiva assunção das funções em causa, nomeadamente, as de assistência e segurança, se situam os elementos diferenciadores entre nações desenvolvidas e sub-desenvolvidas; a sua condição de suporte de um património, em termos da sua conservação e transmissão, à morte do respetivo titular, pois que, com a Reforma de 1977, concedeu-se uma posição sucessória mais forte ao cônjuge sobrevivente, quando o mesmo concorre à herança com os descendentes ou com os ascendentes, na falta daqueles, podendo, assim, os bens da família sair da linha consanguínea do «de cujus» para entrar na linha consanguínea do outro cônjuge, como resulta do disposto pelo artigo 2133º, nº 1, a) e b), do CC.

²²⁰ Gelásio Rocha, *Os direitos de família e as modificações das estruturas sociais a que respeitam*, Temas de Direito da Família, ..., citado, 30 e ss; Antunes Varela, *Direito da Família*, Lisboa, Livraria Petrony, 1982, 2ª edição de 1987, 26.

Relevam as significativas mudanças verificadas no estatuto da mulher, na sociedade e no espaço público, baixando, consideravelmente, a dimensão dos membros da família, que, hoje, se situa em número inferior a três pessoas, por agregado, reconduzida à família, estritamente, nuclear, de uma a duas gerações, em que ambos os progenitores trabalham.

Por outro lado, vigora, na atualidade, o princípio da direção conjunta da família [diarquia conjugal], com a obrigação de ambos cônjuges acordarem sobre a orientação da vida em comum.

A emergência do fenómeno do urbanismo, com o afluxo maciço e continuado das pessoas aos grandes centros urbanos, resulta de uma série de fatores conjugados, em particular, o abandono da atividade agrícola com o êxodo do mundo rural do interior para o litoral urbanizado, substituída pelo trabalho nos sectores secundário e terciário, a crença na atração insuperável da cidade, a crescente necessidade de recurso ao inesgotável Estado Providência, face à inflação, às necessidades da habitação e ao aumento do desemprego, e o acréscimo da procura do ensino médio e superior, por força da incontornável competitividade, concorrência e especialização do mercado do trabalho.

A ação concertada destas causas concorrentes tem provocado, nas regiões de acolhimento, em especial, nas cidades de média e grande dimensão, graves problemas de organização e de gestão dos espaços e da vida em geral, com reflexos notórios no comportamento das pessoas, na estruturação familiar e na qualidade de vida, desde logo, os enormes constrangimentos que se fazem sentir nas redes de transportes urbanos, dificultando, cada vez mais, a circulação, e obrigando as pessoas a sair de casa muito cedo e a regressar ao domicílio muito tarde.

Assim, de igual modo, o aumento descontrolado do preço dos terrenos destinados à habitação criou o fenómeno da propriedade horizontal e da construção vertical, que, por seu turno, reduziu, em geral, a área habitável das residências, o que, associado a outros fatores, contribuiu para o desaparecimento das empregadas domésticas residentes que, além de outras funções relevantes, desempenhavam o papel de traço de união, de elo afetivo entre as várias gerações, cuidando das crianças e dos avós, o que conduziu, também, à generalização de uma nova realidade, em que se traduziu a criação dos

infantários e creches e dos lares de terceira idade, que determinou a pulverização intergeracional, com o ônus suplementar de que, também, a mãe, em razão das necessidades de emprego e de afirmação pessoal, deixou de preencher essa lacuna.

Os resultados da conjugação de todos estes fenômenos de transformação da vida familiar repercutem-se nas crianças, porquanto, durante as horas úteis do dia, de um modo geral, ninguém está em casa, e os filhos, mesmo os mais novos, frequentam os infantários ou as escolas, o que implicou o aumento da importância do "sistema educativo" na formação global da criança e do jovem menor, em razão proporcional ao esbatimento da influência dos pais e da família no seu processo educativo.

No fundo, as crianças têm dois polos de referência de vida, sendo um o da casa dos progenitores, que, na realidade, se converteu em pouco mais que um dormitório, ou melhor, uma residencial²²¹, onde se janta, dorme e se restauram as forças, à noite e aos fins-de-semana, com maior dificuldade de comunicação e solidão dos elementos da família, e o outro o da creche, infantário, escola e colégio, locais onde são obrigadas, por força das circunstâncias, a passar muitas horas do dia.

E, tendo dois "lares", estando, assim, dispersas e repartidas, as crianças e jovens menores acabam, também, por ficar divididos, do ponto de vista afetivo, sendo inevitável que os educadores de infância e os professores, em geral, sejam chamados a suprir a ausência do pai e da mãe, porquanto, representa um dado adquirido que as crianças, em maior ou menor grau, são possessivas, querem que se lhes preste atenção, precisam de ser amadas.

De tudo isto resulta que se fala, cada vez com maior insistência, na paternidade e na maternidade sociais, conceitos que cobrem aqueles casos, gradualmente, mais numerosos, em que os filhos não são educados pelos seus progenitores biológicos, mas, antes, por um pai ou uma mãe social.

²²¹ O termo residência, do latim «residens», exprime o lugar em que a pessoa para para descansar, tendo-o como morada ou habitação. Se, definitiva ou permanente, adquire o caráter de domicílio, para estabelecer a situação de direito que por ele se determina.

Está na moda o discurso acerca dos direitos da criança, quer falado, quer escrito e legislado, sendo que ninguém questiona, em termos teóricos, a sua validade, atualidade e importância.

Porém, estarão os adultos, desde logo, os seus progenitores, casados entre si ou não, no plano dos factos concretos, a ter em conta o direito da criança a viver a infância, quando o paradigma da família se alterou, tão, profundamente?

A família modera a flagrante desproporção existente entre a criança, vulnerável e desprovida, e o mundo inexorável e complexo que a rodeia, colocando-a em condições de estabelecer permutas e interações, sem ser destruída²²².

A família vem assumindo, desde a antiguidade, exceção feita, praticamente, à época de Platão – 427 a 348 AC –, o mais relevante papel no processo de desenvolvimento e socialização da criança, proporcionando-lhe as capacidades intelectuais, sociais, psicológicas e afetivas indispensáveis à maturação do ser humano²²³.

Com efeito, a família primitiva fundava-se, em torno da mãe, que era a primeira pessoa a exercer influência na evolução da criança, como relação natural de qualquer ser humano, e, tão-só, subsidiariamente, em volta do pai²²⁴ e da sua gente, porquanto, requer, por si só, um grau elevado de organização social.

A idade escolar representa a transição para uma nova fase da vida da criança, caracterizada pelo facto de, a partir de, então, se tornar, continuamente, secundária a posição da mãe, com a inserção daquela, cada vez em maior escala, em ligações sociais mais vastas, reflexo da primeira lei sociológica, consubstanciada no «teorema da duplicação de W. Toman», segundo o qual “se buscam novas relações sociais extra-familiares segundo os modelos das relações sociais inter-familiares mais ou menos antigas”, e em que a superação

²²² Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada, I, ..., citado, 869 e ss.

²²³ Acórdão do TRG, de 17-12-2003, Pº nº 1832/03-2, www.dgsi.pt

²²⁴ Ao lado da mãe, aparece, quase sempre, o pai, que se torna para a criança, em consequência da sua autoridade, a partir de determinado momento, na pessoa de respeito e com a qual se procura a relação social mais determinante em que se materializam as normas da sociedade circundante.

da primeira infância, denominada “renitente”²²⁵, constitui um fator de evolução decisivo na formação da personalidade social da criança.

A aprendizagem da vida comunitária ocorre, em primeiro lugar, no seio da família, em correlação com todas as instituições sociais em que se desenvolve o relacionamento da criança.

É, através da família, que é compensada a fragilidade natural da criança, perante um universo de regras e conceitos de que se vai apercebendo, gradualmente, é, através dela, que a criança recebe o primeiro código de valores e um quadro de referências que vão condicionar a formação da sua personalidade e definir as fronteiras da aproximação ou ultrapassagem de outra realidade, que se situa para além dela, nos seus contactos com a sociedade e o mundo exterior.

Finalmente, a família constitui um espaço único de realização afetiva da criança, garantindo-lhe, enquanto elemento fundamental da sociedade e do Estado, atenção, segurança e cuidado, o qual, podendo assumir grande parte das funções da família, jamais poderá preencher a sua função afetiva.

Hoje, contudo, a família perdeu parte do seu reduto de inacessibilidade, deixou de ser o castelo-fortaleza de dominação exclusiva dos pais, abrindo-se à sociedade e ao Estado, a ponto de, em defesa do carácter primacial dos interesses dos menores, se permitir que, a bem destes, e, se necessário, contra as prerrogativas ou os caprichos dos pais biológicos, seja traçado um diagnóstico que pode conduzir, em derradeira análise, a uma intervenção corretiva do seu percurso, com eventual recorrência ao mecanismo da adoção.

É o processo de socialização da família em desenvolvimento, na sequência da abolição do modelo do «pater familias», da dessacralização da autoridade dos pais, sendo, aliás, o artigo 69º, nº 1, da CRP, não obstante o «poder de supervisão» que confere aos mesmos, onde o Estado, apenas, assumiria, na proteção da criança, uma «função adjuvante»²²⁶, que a protege do exercício abusivo da autoridade da família e demais

²²⁵ Joao Paulo Pooli, Problemas e desafios das pesquisas sobre a infância no contexto das ciências sociais, XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara, 2007, <https://www.aacademica.org/000-066/1709>

²²⁶ Guilherme de Oliveira, O acesso dos menores aos cuidados de saúde, RLJ, Ano 132, nº 3898, 1999, 16 a 18.

instituições, e da progressiva afirmação do conteúdo das responsabilidades parentais, como um poder-dever, de natureza funcional, em que se destaca, no centro das preocupações da sociedade mediatizada, o aparecimento da figura da mulher e, finalmente, da criança e do jovem menor.

Trata-se do aprimoramento de uma relação de maior proximidade com a criança carecida de cuidado parental, da assunção do dever de decidir o melhor para a mesma, que não é ainda, suficientemente, autónoma para orientar, corretamente, a sua vida com vista a um desenvolvimento saudável, em que se conjuguem, harmoniosamente, a otimização da eficácia da proteção do Estado e da família, com a autonomia e liberdade razoáveis da criança²²⁷.

A CRP dedica uma especial atenção à família, cuja tutela se encontra, quer no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, como decorre do lugar posicional do artigo 36º, quer em sede de direitos económicos, sociais e culturais, como resulta dos artigos 67º e seguintes, perspetivando-a não, apenas, como um direito fundamental, mas, também, como uma garantia institucional e um elemento estruturante da vida em sociedade²²⁸.

Por outro lado, os pais concretizam o seu amor pelos filhos quando procuram o melhor para estes, quantas vezes contrário aos seus próprios interesses egoístas, pelo que é com esta atitude de disponibilidade afetiva que devem encarar a decisão, ainda que, de natureza excecional, muitas vezes, dolorosa, e, quase sempre, necessária, da confiança dos filhos a uma outra família, distinta da família biológica.

Esta decisão não envolve, nem tal pode acontecer, em princípio, uma tomada de posição contra os pais biológicos, mas antes e, tão-só, uma medida de tutela, a favor das crianças e jovens menores, estes sim, carecidos de proteção, e não aqueles, pelo menos, a este nível e com este âmbito.

²²⁷ Ana Rita Alfaiate, *Autonomia e Cuidado, O Cuidado como Valor Jurídico*, Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2008, 21, 33 e 34.

²²⁸ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, ..., citado, 393; no mesmo sentido, embora sem lhe reconhecer a natureza de um direito fundamental, «a se», Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lisboa, Lex, 2000, 128.

De facto, o ordenamento jurídico codificado, correspondendo à lógica da sua conceção, que se traduziu na tendencial normatização de toda e qualquer relação social, atribuiu e ditou, expressamente, os papéis dos sujeitos das relações jurídico-famíliares.

A unidade formal da família, como um valor em si, justificava, inicialmente, o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão aparente da entidade familiar, o que, «mutatis mutandis», se aplicava aos filhos, que se deveriam sujeitar ao poder paterno, normalmente, expresso através do castigo físico severo^{229 230}.

Assiste-se, atualmente, a uma alteração do paradigma do Direito da Família, cedendo o valor da estabilidade da instituição perante a tutela dos interesses dos indivíduos, quer quanto às relações intersubjetivas, quer no que concerne aos direitos fundamentais²³¹ de cada um dos seus membros, especialmente, os filhos menores²³².

Trata-se de um modelo axiológico novo, objetivado na funcionalidade da família, na medida em que conduz ao desenvolvimento da personalidade dos seus membros, impondo-se a sua preservação como instrumento de tutela da dignidade da pessoa²³³.

A importância do afeto na formação e desenvolvimento da família, quer nas relações entre adultos, quer nas relações destes com as crianças, tornou-se essencial, perante as transformações sociais que percorrem a comunidade familiar²³⁴.

Deste modo, constituiu uma inevitabilidade que a dimensão afetiva conquistasse uma visibilidade jurídica, até, então, ignorada.

A teorização do Direito da Família pressupõe o conhecimento das formas como estão a ser construídas as relações familiares, como estão a acontecer as modificações

²²⁹ Gustavo Tepedino, A disciplina civil-constitucional das relações familiares, in “Direitos de família e do menor”, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, BuscaLegis.ccj.ufsc.br, 49-50.

²³⁰ “O comportamento conjugal e familiar no quadro das condicionantes sociais da vida dos casados do século XVII...revela uma certa misogenia, mas esta foi enquadrada num ideal de harmonia conjugal e familiar (de toda a «casa»), que muitas vezes também não poupou os defeitos masculinos”, D. Francisco Manuel de Melo, Carta de Guia de Casados, edição de Maria de Lurdes Correia Fernandes, Lisboa, Campo de Letras, posfácio.

²³¹ São direitos fundamentais os inerentes à dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição e, consequentemente, tutelados pelo Estado, Anderson Lobato, O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais, Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, a.28, n.28, 1994/95, 115 e116.

²³² Cláudia Lima Marques, Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro Actual – Direito pós-moderno?,..., citado, 14.

²³³ Gustavo Tepedino, A disciplina civil-constitucional das relações familiares, ..., citado, 50.

²³⁴ Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afecto nas relações jurídicas, in Luiz Edson Fachin “Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 274.

sociais e qual o conteúdo da alteração dos papéis dos seus protagonistas, em conformidade com as novas exigências do desenvolvimento das relações familiares.

II. 4. A separação dos pais e a construção dos novos «arranjos familiares»

As decisões parentais de separação dos progenitores atingem, sobremaneira, os filhos que terão de conviver com esta nova realidade, elaborando o luto pela perda da antiga vida familiar não cindida, tratando-se de um momento psicológico delicado, que implica uma reelaboração e reorganização da vida em família²³⁵.

E, quanto mais nova for a criança, mais necessita de um ambiente externo, estável e seguro, a fim de estabelecer, consigo própria, a segurança emocional necessária ao seu desenvolvimento, sendo recomendável evitar grandes alterações nas rotinas do seu quotidiano, de modo a que permaneça tudo aquilo em que se não mostre imprescindível a mudança.

Com efeito, as crianças carecem de um ciclo de continuidade, no espaço e no tempo, capaz de propiciar a consequente estabilidade afetiva, emocional e social, pilar imprescindível ao seu crescimento harmonioso, embora sujeito às particularidades relativas de cada caso concreto, usando, por vezes, o termo “desorientação” para expressar o sentimento subsequente ao divórcio dos pais.

No momento da reorganização familiar, após a rutura da sociedade conjugal ou afim, não se pode abstrair da premissa básica de que os filhos de pais separados ou divorciados têm os mesmos direitos de qualquer outra criança, ainda que enfrentem situações diversas, pelo que a especificidade dessa conjuntura não pode assumir um «status» tal que modifique ou restrinja a plenitude dos seus direitos e, especialmente, das suas expectativas a uma convivência de qualidade com os seus dois progenitores²³⁶.

Na verdade, os problemas que conduziram o casal à separação não devem repercutir-se no desempenho da sua função parental, pois que, a partir de, então, ambos os progenitores mantêm inalterados os seus direitos e deveres para com os filhos, sendo que a

²³⁵ Eliane M. Marraccini e Maria Antonieta Motta, Guarda de filhos: algumas diretrizes psicanalíticas, Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 84, v.716, jun. 1995, 354 e 355, sendo certo que existem outras formas de organizações familiares para as quais a separação dos pais não é sentida como uma perda.

²³⁶ Marta Polakiewicz, El derecho de los hijos a la parentalidad, Anais do X Congreso Internacional de Derecho de Familia: El derecho de familia y los nuevos paradigmas, Mendoza (Argentina), 20 a 24 de setembro de 1998, Vol. 2, 1998 (El niño como sujeto de derecho, El interés superior del niño en las distintas instituciones jurídicas) 297.

melhor solução para o exercício das responsabilidades parentais consiste em privilegiar a continuidade da convivência entre pais e filhos.

O princípio da igualdade dos progenitores quanto aos poderes-deveres da função parental, não deve modificar-se, em razão da separação ou do divórcio, sendo certo que o artigo 18º, da CDC, estabelece como um dos seus princípios básicos, o de que ambos os pais têm obrigações comuns e responsabilidades primordiais em relação à educação e ao desenvolvimento da criança, cabendo aos Estados garantir-lhes o seu apoio no cumprimento dessa tarefa.

Desta forma, a rutura da sociedade conjugal não implica, necessariamente, o impedimento do cumprimento da função paternal e maternal, porquanto, de outro modo, tal significaria desvirtuar a própria parentalidade e afetar a preservação das relações familiares.

É importante refletir sobre a estrutura familiar que se constitui depois do divórcio ou da separação, bem como sobre o desconhecimento reinante em torno dessa nova configuração familiar, portadora de uma identidade própria e distinta da família nuclear.

Como assim, atendendo à falta de uma visão contextualizada sobre estas novas «estruturas familiares» posteriores à rutura conjugal, as normas que se aplicam à sua regulação possuem bases metodológicas e racionais informadas por aquelas que disciplinam a família nuclear intacta, sem prejuízo dos aspetos particulares e específicos que distinguem umas formações das outras, e que, portanto, merecem uma abordagem própria.

Deste modo, o direito à convivência familiar é, facilmente, negligenciado quando se esgrimem argumentos sobre a menor valia relativa da nova estrutura familiar subsequente à rutura conjugal ou afim.

Importa, assim, equacionar o tema, sob a perspetiva de uma nova arquitetura das relações paterno-filiais, após a separação ou divórcio, analisando o instituto da guarda ou da determinação da residência, sob a ótica de uma redefinição dos papéis maternal e paternal, na diversidade das relações familiares, com o subsídio de contribuições oriundas de outras áreas das ciências humanas, a fim de possibilitar uma reflexão sobre a ressignificação das relações parentais e das consequências deste processo nas novas organizações familiares, e bem assim como nas famílias de formação clássica ou tradicional.

Isto, porém, sem esquecer a desigualdade de género nas relações familiares, com influência direta nos comportamentos e nas decisões judiciais, sendo certo que o instituto do exercício das responsabilidades parentais sofreu profundas transformações, uma vez que o seu teatro de operações, o seu laboratório experimental, a família, é, hoje, uma realidade sociológica distinta daquela que o legislador do CC de 1966 idealizou, a fim de acompanhar os diferentes significados dos modelos familiares contemporâneos.

A relevância de uma proposta alternativa de exercício das responsabilidades parentais, em relação ao modelo tradicional adotado, está baseada na possibilidade da constituição de uma outra forma de convivência, beneficiando, especialmente, a criança, que contaria com a participação dos dois progenitores na sua formação e desenvolvimento, e, simultaneamente, sentiria, de uma forma menos traumática, o momento crucial da rutura da vida em comum daqueles.

É desejável que a criança continue a desfrutar da convivência de ambos os progenitores, mesmo que entre eles a rotina do quotidiano não seja mais possível, a menos que esse relacionamento lhe seja prejudicial.

Por isso, uma solução favorável a uma proposta alternativa, no quadro legal da guarda conjunta, ou melhor, do exercício conjunto das responsabilidades parentais, tem de assumir a necessidade da afirmação de que os novos arranjos familiares são essenciais, contrapondo-se ao modelo de família codificado, que tem subjacente um figurino idealizado de família, bem distinto do seu desenho contemporâneo, uma vez que aquele não inscreve outras possibilidades de organização familiar que não sejam as que se baseiam na subordinação e sujeição de alguns dos seus membros em relação aos outros.

As novas organizações familiares resultam das tentativas de realinhamento das relações entre os indivíduos, em que o vínculo matrimonial deixa de ser o prevalente, porquanto o que une, de facto, os seus membros é a intenção de construir um espaço de convivência privilegiado para todos, consistindo o seu objetivo fundamental na superação das insuficiências das anteriores entidades familiares, assentes, sobretudo, na hierarquia, no patriarcado e na rigidez das relações de género.

Percebe-se, então, que a estrutura familiar, seja qual for a conceção doutrinária que se defenda, não pode deixar de ter como parâmetro a tríade pai-mãe-filhos.

A família, mais do que uma dualidade de cônjuges ou de pais, é a expressão de um grupo articulado, onde a cultura, os ideais e os valores são afirmados pelo discurso e pelo exercício da autoridade que transmite as regras e os limites²³⁷.

Estes «novos arranjos familiares», não obstante, podem cumprir a função que a sociedade destina à família, ou seja, de transmissão de valores culturais e de formação humana dos sujeitos, sendo imperioso que os elos que se estabelecem entre os seus membros estejam revestidos de afeto, a fim de poderem ser denominados como laços familiares.

Valendo, no ordenamento jurídico nacional, o princípio da tipicidade da constituição de direitos e negócios jurídico-familiares, em virtude da sua natureza funcional, como acontece, taxativamente, com o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, por força do disposto pelo artigo 1576º, do CC, não gozando as partes, em princípio, da denominada autonomia contratual, só sendo de admitir os negócios ou atos que a lei revestiu de garantias particulares²³⁸, o Estado, sem interferir na liberdade e autonomia dos sujeitos, não tem de garantir a possibilidade de construção de um qualquer modelo que satisfaça o caso particular de cada família, como que organizando um serviço à lista, disponível para todas as necessidades e situações.

O princípio da liberdade negocial nunca poderia revestir, em matéria de Direito da Família, a mesma expressão que conhece, no domínio do Direito das Obrigações²³⁹.

A estrutura familiar só conseguirá sobreviver, apesar da separação dos cônjuges, pois que permanecem os laços entre os seus membros, desde que seja possível a construção de uma nova forma de convivência pós-separação, em que os progenitores coordenem esforços no sentido de superar as questões conjugais para se concentrarem nas questões paterno-filiais.

Trata-se de um conceito de família que se organiza com base na conciliação das diversidades e na potenciação das capacidades dos sujeitos envolvidos.

²³⁷ Trata-se da tentativa de conciliação de um conceito técnico-jurídico com elementos da psicanálise. O elemento descendência não assume, para o efeito, natureza preponderante, uma vez que se regista a possibilidade de criação de outras formas de vínculos afetivos, em que as funções paternas e maternas decorrem de uma relação de desejo, muito maior do que a que deriva da simples contingência resultante do “natural”, ou do biológico.

²³⁸ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, I, ..., citado, 204 e 205.

²³⁹ Antunes Varela, Direito da Família, 1º volume, 5ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1999, 65 a 67.

A família é, hoje, uma estrutura singular, independentemente, da forma como se articula [pais separados, homossexuais, filhos adotivos, famílias monoparentais, famílias reconstituídas, etc.], importando que as novas configurações familiares da contemporaneidade continuem a formar as pessoas com vista à maximização das suas virtualidades.

III. DO DIREITO DE MANUTENÇÃO E EDUCAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO DISCRIMINAÇÃO

No quadro dos direitos constitucionais reconhecidos às crianças, o artigo 36º, nº 5, da CRP, proclama o direito geral de manutenção e educação, a que corresponde o dever da sua garantia pelos progenitores e, subsidiariamente, pelo Estado.

Outro desses direitos constitucionais garantidos às crianças objetiva-se no princípio da não discriminação dos filhos, independentemente, de os progenitores estarem ou não casados, com o inerente direito daqueles, quando nascidos fora do casamento, a investigar a sua maternidade ou paternidade, sem restições ou requisitos desproporcionais.

Refira-se, também, nesta sede, de novo, a garantia de os filhos não serem privados dos seus progenitores, não podendo ser separados dos pais, encontrando-se as respetivas restrições sujeitas a reserva de lei, ou seja, apenas, quando os progenitores não cumpram os seus deveres fundamentais para com os mesmos²⁴⁰, hipótese em que o tribunal os pode confiar a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, em virtude da existência de perigo para a sua segurança, saúde, formação moral e educação, atento o disposto pelo artigo 1918º, ou, em caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, com base no estipulado pelo artigo 1915º, ambos do CC, mas sempre sob garantia de prévia decisão judicial, em conformidade com o preceituado pelo artigo 36º, nº 6, da CRP.

O artigo 9º, da CDC, consagra que a criança tem direito a viver com os progenitores, a não ser que tal seja incompatível com os seus melhores interesses, e bem assim como a manter contacto com os dois, se estiver separada de um ou de ambos, enunciando, também, as obrigações do Estado, quando tal separação resulta da imposição do seu poder soberano.

Com efeito, o direito subjetivo de filhos e pais não serem separados uns dos outros condiciona a expulsão de cidadãos estrangeiros, na medida em que a mesma possa

²⁴⁰ Não se exige uma violação culposa dos deveres dos pais, bastando que estes coloquem, objetivamente, o filho em perigo, Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, I, ..., citado, 416.

implicar, direta ou indiretamente, a concomitante retirada forçada dos filhos menores de nacionalidade portuguesa, residentes em território nacional²⁴¹.

Trata-se, em suma, do direito fundamental da criança à convivência familiar e comunitária, como o ambiente mais favorável ao seu desenvolvimento, expressão da doutrina da proteção integral, que consagra o princípio de que os direitos das crianças e adolescentes assumem características específicas, em virtude de os respetivos sujeitos se acharem na condição de pessoas em desenvolvimento²⁴².

A CDC reconhece a família “como o grupo social primário propiciador do ambiente natural para o crescimento e bem-estar dos seus membros, especificamente das crianças, ressaltando o direito destas a receber a proteção e a assistência necessárias, a fim de poderem assumir, plenamente, as suas responsabilidades dentro da comunidade”²⁴³.

Desta forma, qualquer iniciativa a protagonizar, em relação à criança e ao jovem menor, deve garantir a melhor solução possível, no sentido da defesa dos seus superiores interesses, de onde decorre a proposição de que os mesmos só serão separados dos pais quando se constate abuso, negligência ou qualquer outra situação criadora de risco para aqueles.

A separação ou divórcio incluir-se-iam, assim, para um certo entendimento doutrinário, no elenco das situações em que ocorreria, invariavelmente, o afastamento da criança do convívio com os pais, sendo certo que, com o objetivo de demonstrar a viabilidade de uma convivência mais estreita entre pais e filhos, mesmo perante a rutura dos laços conjugais, se tem procurado resgatar o direito à convivência familiar, inclusivamente, no contexto da separação dos pais, salvo em casos excepcionais, enfatizando-se o lugar-comum de que a separação ocorre entre os cônjuges ou os progenitores e não entre estes e os filhos.

²⁴¹ Acórdão do TC n.º 232/04, de 31-03-2004, P.º n.º 807/99, DR n.º 122/2004, Série I-A de 2004-05-25, 3303 a 3318; Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 51.

²⁴² Tânia da Silva Pereira, Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, a. 4, v. 5, 1998, 649. Trata-se da doutrina adotada em todos os documentos internacionais de proteção à criança, na atualidade, Tânia da Silva Pereira, Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, 14.

²⁴³ Tânia da Silva Pereira, Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental, ..., citado, 649.

A continuidade da convivência de ambos os pais com os filhos preservará as ligações afetivas estabelecidas, anteriormente²⁴⁴, e não permitirá que os cônjuges questionem o significado da paternidade ou da maternidade.

III.1. Elementos para uma releitura constitucional dos princípios em análise

A tutela do menor e da família foi objeto de consagração constitucional, devido à sua natural relevância na vida social, não obstante muitas das normas que visam esse objetivo revestirem natureza programática, sendo certo que o artigo 204º, da CRP, afirma a mesma intensidade normativa da violação, quer se trate de normas dispositivas que infrinjam o disposto na Lei Fundamental, quer se trate de normas-princípios programáticos nela consignados, devendo os tribunais preferir a interpretação ou fazer a aplicação da lei que melhor realize as finalidades das normas constitucionais, mesmo quando estas revistam caráter programático, segundo a doutrina da «interpretação conforme a Constituição»²⁴⁵.

O conjunto dos direitos e deveres que decorrem das relações paterno-filiais é, hoje, exercido, conjuntamente, pelo pai e pela mãe, em plena condição de igualdade, situação que não se altera com a separação ou divórcio, no que se reporta ao exercício das funções parentais, sem prejuízo de a rutura da sociedade conjugal importar, necessariamente, uma reorganização familiar, com variadas implicações, em todos os seus membros, incluindo na pessoa dos filhos.

As normas reguladoras estabelecem princípios abstratos, tais como o princípio da igualdade dos cônjuges na educação e manutenção dos filhos, atento o disposto pelo artigo 36º, nº 3, da CRP, sendo certo, porém, que o respetivo pressuposto ideológico subjacente assenta na impossibilidade de os cônjuges ou os progenitores chegarem, por si próprios, à solução da crise que atravessam.

Trata-se de normas que reproduzem estereótipos da conduta de cada membro da família, carregando, implicitamente, preconceitos e desvalorizações decorrentes da rutura da família nuclear.

²⁴⁴ Eliane M. Marraccini, Maria Antonieta Motta, Guarda de filhos: algumas diretrizes psicanalíticas,..., citado, 353.

²⁴⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, I,..., citado, 157; Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família,..., citado, 52.

Por isso, tornou-se imprescindível reconhecer os aspetos disfuncionais das crises familiares, repensando o sistema perante uma nova situação, abandonando o determinismo vigente que impunha um único modelo de abordagem, através do qual a decisão judicial se limitava a repartir culpas e funções, unilateralmente.

Assim, cada caso concreto deverá receber um tratamento jurídico diverso, compatível com a situação fáctica dos progenitores, afastando-se o regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, por parte de ambos, mesmo de comum acordo, no que contende com as questões de particular importância para a vida dos filhos, tão-só, quando o mesmo for considerado contrário aos interesses destes, para passar a vigorar o regime-exceção do seu exercício exclusivo, por um dos progenitores, atento o disposto pelos artigos 1906º, nº 2, 1911º, nºs 1 e 2 e 1912º, nº 1, todos do CC.

Deve ainda ser aplicado, por analogia, aos filhos de progenitores unidos de facto ou não conviventes, o regime vigente, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ou seja, o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida dos filhos, desde que o mesmo não seja considerado contrário aos interesses destes, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer um pode agir, sozinho, em conformidade com as disposições conjugadas dos artigos 1901º, nºs 1 e 2, 1906º, nº 1, 1911º, nºs 1 e 2 e 1912º, nºs 1 e 2, todos do CC.

Assim sendo, os filhos nascidos de progenitores casados, de progenitores que viveram em união de facto ou que, pura e simplesmente, não conviveram, ocupam, em princípio, o mesmo «status» normativo, recebendo, conseqüentemente, idêntico tratamento jurídico²⁴⁶, sob pena de diverso entendimento constituir uma situação denunciadora de violação do princípio constitucional que proíbe a discriminação dos filhos

²⁴⁶ Em sentido diferente, defendendo que “a evolução do pensamento jurídico permite afirmar que subjacente à noção de direitos humanos se encontra a ideia de que todas as pessoas, incluindo as crianças, gozam dos direitos consagrados para os seres humanos e que constitui dever dos Estados promover e garantir a sua efectiva protecção igualitaria, em virtude do citado princípio da igualdade, reconhece a existência de tutela jurídica e direitos específicos a certos grupos de pessoas, entre as quais se encontram as crianças”, Miguel Cillero Bruñol, O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, in Emilio Garcia Méndez, Mary Beloff, (Org.), tradução de Eliete Ávila Wotff, Infância, Lei e Democracia na América Latina. Análise crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998), Blumenau, Edifurb, vol. 1, 2001, 43.

nascidos fora do casamento, de acordo com o preceituado pelo já aludido artigo 36º, nº 4, da CRP.

Este tratamento jurídico é reclamado pelo princípio da igualdade, adotado pela jurisprudência alemã na interpretação das normas infraconstitucionais que, a partir de 1945, na esteira do Tribunal Constitucional Federal, passou a considerá-lo como um «postulado de igualdade», porquanto existe violação do princípio da igualdade quando não se pode encontrar para a diferenciação ou equiparação legais um argumento razoável que surja da natureza das coisas e que seja, materialmente, evidente, em resumo, quando a determinação deva ser qualificada como arbitrariedade²⁴⁷.

Efetivamente, o tratamento jurídico não igualitário, numa perspetiva pós-moderna²⁴⁸ de garantia do direito à diferença, somente, seria aceitável para compensar desigualdades fáticas de natureza económica, social ou cultural, o que não acontece, no âmbito da definição do exercício das responsabilidades parentais, razão pela qual a desigualdade da sua regulamentação jurídica, tendo subjacente uma manifesta equiparação da situação de facto, não pode merecer qualquer tutela constitucional.

O princípio constitucional da igualdade na manutenção e educação dos filhos e bem assim como o princípio constitucional da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, consagrados pelo artigo 36º, nºs 3 e 4, da CRP, respetivamente, conferiram uma nova perspetiva ao ordenamento jurídico nacional, criando a necessidade de estudar as regras jurídicas antigas, à luz de uma interpretação constitucional recente e, eventualmente, de editar novas normas de integração ou de definição de situações fáticas, até, então, não abrangidas por determinação legal²⁴⁹.

²⁴⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada, I, ..., citado, 336 e ss..

²⁴⁸ Ainda que se questione se o Direito da Família brasileiro nascido do texto da Constituição da República é ou não pós-moderno, a igualdade de tratamento jurídico é uma característica da modernidade, sendo certo que o direito pós-moderno procura garantir o direito à diferença na busca da manutenção da identidade cultural dos grupos, utilizando o princípio da igualdade, no sentido de que situações diferentes sejam tratadas, diferentemente, com clara referência ao princípio da justiça comutativa de Aristóteles, que impõe a condição de equivalência entre duas prestações, Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, par. 1131 b, 97; Cláudia Lima Marques, *Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro Actual – Direito pós-moderno?*, ..., citado, 29.

²⁴⁹ Destacam-se, neste particular, os institutos da paternidade, da filiação e da união de facto, após a publicação da CRP, e da sucessão dos descendentes do primeiro grau, em virtude de, então, estar em vigor o artigo 2139º, do CC de 1966, que, no seu nº 2, dispunha no sentido de que “concorrendo à sucessão filhos legítimos ou legitimados e filhos ilegítimos, cada um destes últimos tem direito a uma quota igual a metade da de cada um dos outros”, e que, apesar de revogado pelo DL nº 496/77, de 25 de novembro, já, anteriormente, na sequência da publicação da CRP de 1976, era objecto de uma interpretação revogatória ou ab-rogante, em relação a heranças abertas após a modificação constitucional,

E, assim, esta perspetiva doutrinal garante o espaço necessário à receção de novas conceções suscetíveis de subsumir as situações de facto ao sistema jurídico constituído²⁵⁰.

O princípio constitucional da igualdade na manutenção e educação dos filhos incide sobre a questão da atribuição do exercício das responsabilidades parentais, porquanto, ambos os progenitores se encontram, em igualdade de circunstâncias, para esse desempenho, sem que se possa estabelecer, à partida, uma qualquer preferência entre eles.

Deste modo, o respeito pela dignidade dos filhos passa, necessariamente, pelo respetivo tratamento legal igualitário, e bem assim como pela sua valorização como pessoas, concretizando-se no reconhecimento das correspondentes diferenças.

Mas, se o princípio da igualdade de ambos os progenitores na cooperação para o exercício das responsabilidades parentais, ou seja, na educação e manutenção dos filhos, for, também, sinónimo do princípio da igualdade do género, nem, por isso, este se alcandora no objetivo dos processos de regulação e, muito menos, transforma a criança e o jovem menor num instrumento de realização de interesses políticos, que não sejam os da política legislativa centrada na defesa dos seus melhores interesses.

Não se visa, assim, com o princípio da igualdade dos progenitores no exercício das responsabilidades parentais, a supremacia dos interesses destes sobre os interesses dos filhos, “a promoção da auto-estima dos pais-homens, que ficam sem a guarda dos filhos, e a promoção da igualdade de género a longo prazo”²⁵¹, não sendo correto defender que o princípio da igualdade de género constitui o critério interpretativo das normas jurídicas que disciplinam o exercício das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio ou similares, ou seja, nas situações de dissolução do casamento ou de extinção da união de facto.

A igualdade de género, como conceito operacional, correspondendo à ausência de assimetrias dos valores constitutivos da identidade feminina e masculina, em todos os indicadores relativos à organização social, ao exercício de direitos e responsabilidades, à autonomia individual e ao bem-estar, assente na promoção da igualdade entre homens e

Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1980, 324; Acórdão do STJ, de 4-6-1993, BMJ nº 458, 340; João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, 186.

²⁵⁰ Claudia Lima Marques, *Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro Actual – Direito pós-moderno?*,..., citado, 23.

²⁵¹ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, revista, aumentada e actualizada, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, 271.

mulheres, em todas as políticas e atividades [gender mainstreaming], mas que, por outro lado, reclama a adoção de específicas medidas positivas, e que melhor poderia designar-se por “equidade entre géneros”²⁵², não colheu relevância especial, na atual redação do artigo 1906º, nº 1, do CC, segundo a qual “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores...”, porquanto nada acrescenta à previsão do artigo 13º, da CRP, que consagra o princípio de que “todos são iguais perante a lei” [nº1], pois que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de...sexo...” [nº2]²⁵³.

Efetivamente, sendo certo que se a igualdade perante a lei contém, em si mesma, a imposição da igualdade de facto²⁵⁴ e, portanto, a necessidade de o Estado adotar uma postura positiva, a alteração introduzida pela Reforma de 2008 não é o resultado das exigências de uma conceção hodierna, social, do princípio da igualdade, pois que o conceito de género está, desde sempre, pressuposto no artigo 1906º, nº 1, do CC, como uma inerência da natureza dos dois progenitores responsáveis pelo ato da conceção do novo ser vivo, ou não fosse o género uma característica universal, «id est», porquanto, todos os seres humanos são homens ou mulheres²⁵⁵, pelo menos, perante a realidade jurídica nacional²⁵⁶.

Não obstante o princípio da igualdade do estatuto jurídico reconhecido a homens e mulheres ser uma imposição constitucional, a concretizar pelo legislador ordinário, é de rejeitar a igualdade como fundamento de uma genérica discriminação positiva, antes se devendo procurar o aproveitamento da complementariedade das competências de ambos os progenitores, na sua individualidade e sensibilidade específicas.

²⁵² Luísa Neto, O Direito e a Igualdade de Género, Revista Julgar, nº 8, Maio de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 162.

²⁵³ Porém, o casamento, mais do que o género, a raça, a orientação sexual, ou, até, a classe social, constitui a grande clivagem da atualidade, Edward Davies, Forget race or class, marriage is the big social divide, The Spectator, de 23-06-2021 (diretor de política do Center for Social Justice), pelo que o colapso do casamento é, muitas vezes, pior de que o desemprego, e a eterna adolescência dos homens surge como o grande problema da sociedade pensamento ocidental, como se retrata no filme “The Florida Project”, Official Trailer HD/A24, You Tube A24, 14-8-2017.

²⁵⁴ Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 225.

²⁵⁵ Sylviane Agacinsky Jospin, Política dos Sexos (M. S. Pereira, Trad.), Oeiras, Editora Celta, 1999, (Obra original publicada, em 1998), 1 e ss.

²⁵⁶ Em outubro de 2021, o Departamento de Estado, nos EUA, emitiu o primeiro passaporte com a indicação do género “X”, para pessoas que não se identificam como homem ou mulher, na sequência de uma batalha legal travada por uma pessoa intersexual, desde 2015, juntando-se, assim, à Austrália, Nova Zelândia, Nepal e Canadá, Reportagem do correspondente da Antena 1, nos EUA, João Ricardo de Vasconcelos.

A igualdade, fundada na abstração da ideia de pessoa, partindo de um pressuposto, meramente, formal, baseado na autonomia da vontade e na iniciativa privada, contém, em si mesma, um paradoxo, qual seja o da prevalência dos valores relativos ao «ter» [apropriação de bens] sobre os valores relativos ao «ser» [direitos de personalidade], impedindo a efetiva valorização da dignidade da pessoa humana, o respeito pela justiça distributiva e a igualdade material ou substancial²⁵⁷.

Como assim, a definição do exercício das responsabilidades parentais deve ter em consideração todos os aspetos do caso concreto, na procura do superior interesse da criança²⁵⁸, naquele momento temporal específico.

III.2. O princípio da igualdade dos progenitores quanto à educação e manutenção dos filhos

O artigo 1906º, nº 1, do CC, com a redação proveniente da Reforma de 1977, imposta pela CRP, para contornar a situação da dissociação da guarda em relação ao poder paternal, obviar os conflitos entre os progenitores e a violação do princípio da igualdade, quebrado com a destruição da unidade familiar subsequente ao divórcio ou à separação, em que o pai, tão-só, formalmente, ainda era o chefe de família²⁵⁹, passou a estabelecer que “o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado”, acrescentando o respetivo nº 2 que “os pais podem todavia, acordar, nos termos do nº 1 do artigo anterior, ou, na falta de acordo, pode o tribunal decidir que a administração dos bens do filho seja exercida pelo progenitor a quem o menor não tenha sido confiado”.

Consagrou-se, assim, o princípio da igualdade entre os progenitores, com a transição do poder exclusivo do pai, oriundo da matriz originária do CC, para a autoridade conjunta do pai e da mãe, instituindo-se a faceta funcional do «poder paternal» como poder-dever²⁶⁰.

²⁵⁷ Carmem Lucia Silveira Ramos, A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, in “Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”, coordenação de Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 5.

²⁵⁸ Acórdão do TRE, de 14-11-2013, CJ, Ano XXXVII (2013), T5, 255.

²⁵⁹ José Carlos Moitinho de Almeida, As responsabilidades parentais no direito moderno, Braga, SJ, nº 107, Outubro-Dezembro, 89.

²⁶⁰ O princípio de igualdade de tratamento de ambos os pais, nas situações de impossibilidade de educação da criança pelos dois, já resulta do texto dos artigos 7º, nº 1, e 9º, nºs 1, 2 e 3, da CDC, não obstante, na sequência da cláusula 6ª, da Declaração dos Direitos da Criança, aprovada em 1959, pela Assembleia Geral da ONU, ainda se afirmar e insistir na

No que respeita à questão da atribuição do poder paternal, as alterações ao respetivo regime, introduzidas pela Reforma de 1995, mantidas, ainda que com redação diversa e alterações de pormenor, pela Lei nº 59/99, de 30 de junho, vieram consagrar a possibilidade do estabelecimento, por acordo, do regime de exercício conjunto do poder paternal.

A Reforma de 1995, expressa na versão antecedente do artigo 1906º, do CC, acabado de citar, implementando a convergência entre os interesses dos menores e a igualdade de direitos e deveres dos pais, estabelecia a possibilidade destes acordarem, em caso de dissociação familiar, o exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância do matrimónio [nº 2] ou que determinados assuntos fossem resolvidos por consenso de ambos [nº 3], vigorando, na ausência de entendimento dos pais, o princípio do exercício unilateral do poder paternal, a cargo do progenitor a quem o filho fosse confiado [nº 1]²⁶¹.

A isto acresce que a versão da Lei nº 59/99, de 30 de junho, se limitou a enfatizar que o poder paternal, apenas, seria exercido em conjunto, por ambos os progenitores, desde que obtido o acordo destes, parecendo, pois, querer afastar qualquer veicidade jurisprudencial no sentido de o consagrar, perante uma situação de manifesta exemplaridade e equivalência de ambos os pais quanto ao seu bom desempenho, desde que não estivesse subjacente o aludido acordo²⁶².

Tratou-se de uma primeira resposta formal às necessidades reclamadas pelos interesses das crianças em conviver com ambos os pais, após a sua separação, no intuito de tornar o divórcio menos traumático para aquelas, promovendo o seu desenvolvimento

conveniência de a criança, durante a infância, não ser separada da mãe, salvo em circunstâncias excepcionais.

²⁶¹ Tratou-se de alterações que tiveram o contributo da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas e da Instituição Pai-Mãe-Criança, Maria Saldanha Pinto Ribeiro, O Divórcio e a Guarda Conjunta, Lisboa, Centro Pai-Mãe-Criança, APMJ, 1994; Diário da AR, de 5 de janeiro de 1995, II série-A, nº 11, Projecto de Lei nº 475/VI, 124 e 125.

²⁶² Com efeito, antes da Reforma de 2008, o exercício conjunto dependia da existência de acordo entre os progenitores e de um acordo continuado, Acórdão do TRL, de 18-12-2007, CJ, Ano XXXII (2007), T5, 118.

psicológico, exponenciadas pelo discurso feminista contra a sobrecarga financeira e económica da mulher na educação dos filhos e a desresponsabilização dos homens, e pelas reivindicações destes no sentido da igualdade de direitos com as mães.

Até à Reforma de 2008, existia, nas situações posteriores ao divórcio, uma única limitação à faculdade de regular, amplamente, o exercício do poder paternal, que se traduzia na impossibilidade de o atribuir, exclusivamente, ao progenitor que não convivesse com os filhos, porquanto, então, o poder paternal era atribuído, invariavelmente, ao progenitor a quem o filho fosse confiado.

Porém, a outorga do poder paternal do filho ao progenitor a quem o mesmo não fosse confiado era possível, na redação originária do CC, porquanto, ocorria, então, naquelas hipóteses, uma equivocidade entre a supremacia do marido como chefe de família, decorrente da manutenção do princípio do poder marital, consagrado na versão anterior do artigo 1674º, presentemente, sob a epígrafe “dever de cooperação”, nos termos da qual lhe pertencia representar a família e decidir em todos os actos da vida conjugal comum, e a redação pretérita do atual artigo 1881º [“poder de representação”, hoje, “poderes especiais do pai como chefe de família”, antes], o que permitia ao pai que não tivesse a guarda dos filhos menores, continuar, como chefe de família, a orientar a sua instrução e educação, a exercer a totalidade dos seus poderes sobre os mesmos, merecendo o seu critério prevalência sobre o da mãe, nesta matéria, em caso de divergência com ela, desde que respeitasse os interesses dos filhos²⁶³.

Entretanto, a Reforma de 1977 estabeleceu a coincidência entre as normas do Direito da Família e as normas do Direito Constitucional, sancionando o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges na educação e manutenção dos filhos, com assento no artigo 36º, nº 3, do diploma fundamental.

Efetivamente, à consagração do exercício em comum do poder paternal, durante a constância do matrimónio, resultante da Reforma de 1977, por força da redação introduzida ao artigo 1901º, nº 1, do CC, corresponde, agora, a partir da Reforma de 2008, no que concerne às situações posteriores ao divórcio, o regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, nas questões de particular importância para a vida dos filhos.

²⁶³ Acórdão do TRP, de 22-06-1973, BMJ nº 229, 240.

Significa isto, sem mais, que o legislador da Reforma de 2008 pretendeu transplantar o regime do exercício em comum das responsabilidades parentais, vigente na constância do matrimónio, para as situações posteriores ao divórcio e assimiladas, pelo menos, nas questões de particular importância para a vida dos filhos menores, ou seja, fisionou que o divórcio, em nada ou quase nada, alteraria a essência do regime existente na pendência do casamento, corporizando a nova ideologia do mito da perenidade do casal parental, não obstante se ter desfeito o casal conjugal e a família nuclear intacta.

Porém, anteriormente, a esta última revisão legal, vigorava, nas aludidas situações posteriores ao divórcio e equiparadas, o modelo-tipo do exercício unilateral do poder paternal, o que representava, de certo modo, um regresso ao passado, ou seja, ao princípio do poder marital ou dos poderes especiais do pai como chefe de família, embora já sem o desfasamento anacrónico daquele princípio e do conseqüente regime dos poderes especiais do pai como chefe de família.

Desde o início da vigência do CC até à Reforma de 1977, os artigos 1881º [poderes especiais do pai] e 1882º [poderes especiais da mãe] encerravam uma manifesta contradição, que decorria da simultânea atribuição da titularidade do poder paternal a ambos os progenitores, imediatamente, neutralizada com a enumeração dos poderes especiais do pai e dos poderes especiais da mãe, que reduziam a autoridade desta a uma diminuta parcela do seu âmbito total, assim se relegando o estatuto da mãe, na versão originária do CC, para a mesma posição subalterna e consultiva da mulher-mãe do Código Civil de Seabra de 1867.

Aliás, tratava-se de uma função consultiva muito restrita, já porque a lei não impunha ao marido o dever de ouvir a esposa e mãe, já porque, quando ouvida, a sua opinião podia ser preterida pela vontade do pai, enquanto chefe de família, sendo certo que, outrotanto, acontecia com o homem-pai, aquando do regime do exercício unilateral do poder paternal, por parte da mãe, após a Reforma de 1977, que adotava e executava todas as decisões relativas aos cuidados e à educação dos filhos, e em que aquele, desprovido da guarda, mantinha uma mera função consultiva, no âmbito dos poderes-deveres de visita e vigilância que lhe competiam.

O que mais ressaltava, então, era o que se poderia classificar como um regime de atribuição legal de funções, em que, não obstante a denominação genérica «poderes especiais do pai» e «poderes especiais da mãe», o pai exercia funções próprias, definidas por lei, e a mãe, por assim dizer, funções sucedâneas, substitutivas do primeiro, e de natureza consultiva.

Porém, sendo o pai, na constância do matrimónio, o chefe de família, era quase inevitável que, em caso de divórcio ou separação judicial, a regulação litigiosa do exercício do poder paternal não atribuisse à mãe a guarda dos filhos menores, não obstante aquele, eventualmente, não apresentar qualquer desmerecimento para o efeito, sendo certo que os mesmos só lhe seriam confiados quando a mãe fosse portadora de defeitos inqualificáveis, o seu comportamento fosse susceptível de traumatizar os filhos, ou o pai fosse abastado e dispusesse da assistência da avó paterna²⁶⁴.

Deste modo, se o pai, na constância do matrimónio, era o chefe de família, na situação de divórcio ou de separação judicial, teria de ser um verdadeiro prestidigitador para, na hipótese de litígio, conseguir a guarda dos filhos, porquanto o entendimento legal e jurisprudencial uniforme determinava, em caso de regulação judicial litigiosa, uma mais que provável, praticamente, certa, atribuição da guarda à mãe.

Significa isto que, tendo sido abolido o princípio do poder marital, por força da Reforma de 1977, consagrando-se o regime-regra do exercício unilateral do poder paternal, a favor do progenitor a quem o menor fosse confiado, nas situações posteriores ao divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, privilegiou-se o princípio da unidade da direção do poder paternal, em detrimento do princípio da igualdade dos progenitores na educação dos filhos, ou seja, a eficácia da decisão à sua democraticidade, exatamente, quando mais era de

²⁶⁴ Acórdão do TRL, de 13-12-1963, ao afirmar que “sendo idóneos tanto o pai como a mãe de uma menina de 12 anos, deve esta confiar-se à mãe, que em melhor condição está para guiá-la e acompanhá-la”, RIJ, 37º, 41; Acórdão do TRL, de 16-03-1966, ao decidir que “o menor de 5 anos, que sempre conviveu com sua mãe, deve ser entregue de preferência a esta, por em regra oferecer melhor ambiente e carinho, excepto se a sua conduta for reprovável”, RIJ, 45º, 41; e ainda o Acórdão do TRL, de 5-07-1974, já, em pleno regime democrático, ao decidir que “deve ser confiada ao pai uma menor de três anos de idade se a mãe a abandona a mercenárias, mesmo quando razões de trabalho a tal motivaram, os avós maternos vivem em pouca harmonia, a mãe tem porte moral dúbio e a sua casa é rondada frequentemente por homens que com ela procuram relações de intimidade, enquanto o pai goza de consideração, tem boa situação económica, dedica à filha momentos livres, tratando a avó paterna com esmero a menor, tanto mais que do anterior convívio com a mãe regressou a menor psiquicamente traumatizada...”, BMJ, nº 234º, 232.

exigir a consensualidade, por maiores serem, então, os receios dos eventuais efeitos funestos da rutura familiar, em relação ao quotidiano da vivência do menor.

Mas, se, em caso de divórcio, a nova redação do artigo 1906º, nº 1, do CC, na versão de 1977, consagrou o regime-regra do exercício unilateral do poder paternal, a favor do progenitor a quem o menor fosse confiado, que vigorou até à Reforma de 2008, já, na constância do casamento, o princípio da igualdade dos progenitores na educação dos filhos, reflexo do princípio da igualdade no seio familiar, que fora consagrado pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, passou a aplicar-se, de modo absoluto, sendo o poder paternal exercido por ambos, indistintamente.

Efetivamente, a instituição do princípio da igualdade dos cônjuges na educação e manutenção dos filhos pressupõe que ambos os progenitores têm idêntica intervenção no exercício das responsabilidades parentais, eliminando-se a tradicional preponderância do pai sobre a mãe.

Refira-se, também, que o princípio da igualdade abrange não só a esfera extra-familiar dos direitos civis e políticos, como, também, a componente intra-familiar, para além da educação e manutenção dos filhos.

O progenitor desprovido da guarda tinha a titularidade do poder paternal, ao passo que o progenitor detentor da guarda dispunha da titularidade e bem assim como do exercício do poder paternal, adotando e executando todas as decisões relativas aos cuidados e à educação dos filhos.

Na verdade, contrariamente, ao exercício do poder paternal, isto é, à forma do seu desempenho, a sua titularidade não é suscetível de qualquer ato de disposição ou negociação²⁶⁵.

Assim sendo, a contrapartida do direito a uma comunidade de vida do detentor da guarda, em relação ao menor, era, para o não guardião, o direito de visita, enquanto que o direito de educação ativa conferido ao primeiro tinha os seus antípodas no direito de vigilância que a este último cabia.

²⁶⁵ Jean Carbonnier, Droit Civil, II, La Famille, l'enfant, le couple, Themis, French Paperback, 2002, 571.

Com efeito, a vocação educativa pertence, do ponto de vista do Direito Natural, a ambos os pais e deve ser reconhecida pelo Direito, sempre que uma ponderação justa da realidade social não permita concluir que outros interesses bem mais preciosos seriam, deste modo, afetados, como seja, o bem-estar espiritual e moral dos filhos²⁶⁶.

De facto, a atribuição da guarda, custódia, confiança ou residência constitui o ponto fulcral, porventura, o mais decisivo no estabelecimento de uma efetiva igualdade entre progenitores.

Contudo, podendo terminar, após o divórcio ou separação, o exercício em comum do poder paternal, a igualdade entre ambos os progenitores quanto à educação dos filhos era, assim, destruída, de forma dolorosa, porquanto, seriam postos em causa direitos adquiridos²⁶⁷, particularmente, os do menor que, aliás, lhe estão reconhecidos, pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, segundo o qual “os filhos não podem ser separados dos pais”, sem esquecer que podia ocorrer, não, dispicientemente, contra as expetativas e à revelia de qualquer conduta censurável do não guardião e, portanto, independentemente, de culpa deste.

Longe já ia o tempo, é certo, do «pater familias» e do correspondente poder marital, dado que, então, perante o princípio da igualdade dos cônjuges perante a lei, esta não discriminava entre os poderes especiais do pai e os da mãe²⁶⁸, embora distinguisse, flagrantemente, no quadro do exercício exclusivo do poder paternal, os poderes especiais do guardião, em relação aos interesses e expetativas do não guardião.

Neste enquadramento do exercício unilateral do poder paternal restava, essencialmente, ao progenitor não guardião o direito de visita e o direito de vigilância do menor.

Porém, o princípio subjacente à atribuição da guarda única, indissociavelmente, ligado à ideia do divórcio-sanção e à inerente consideração da culpa na sua declaração²⁶⁹,

²⁶⁶ J. C. Moitinho de Almeida, O Poder Paternal no Direito Moderno, ..., citado, 34 e ss.

²⁶⁷ Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1995, 205.

²⁶⁸ Carlos Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Civil, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1976, 224.

²⁶⁹ Verifica-se o afastamento do mito da culpa, como fator determinante da atribuição da guarda, nas hipóteses de divórcio. De facto, estabelecido o princípio da igualdade dos cônjuges e, em geral, dos progenitores na educação e manutenção dos filhos, que se não limita à relação bilateral, projetando-se em todas as demais relações familiares, em especial, nas relações como pai e como mãe, constituiria uma manifesta violação da ordem constitucional a prevalência de qualquer deles no deferimento da guarda, em função, tão-só, da consideração da culpa na prolação da sentença de divórcio. Atualmente, não pode haver previsão legal em que se estabeleça, através de um critério objectivo e abstrato, qual das pessoas, dentro

contende com a primazia da mãe como educadora dos filhos, no que se poderia designar como «uma tendência limite de confiança à mãe»²⁷⁰, e com a estabilidade destes numa só residência, no quadro de um conceito de «definição geográfica de estabilidade», traduzindo uma conceção de incapacidade de cooperação dos pais, de acordo com a presunção de que finda a sociedade conjugal inexistente espaço para uma relação positiva entre eles.

Contudo, a exclusão do progenitor não guardião da educação dos filhos, contra a sua vontade, sem quaisquer poderes decisórios perante estes, sem participar na sua educação ativa, afronta o princípio constitucional da igualdade dos pais, e não só o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, na educação e manutenção dos filhos, face à suficiência da filiação, juridicamente, estabelecida, e o correlativo princípio, também, constitucional, da inseparabilidade daqueles, em relação a estes, “salvo quando não cumpram os seus deveres fundamentais para com os mesmos, e sempre mediante decisão judicial”, donde resulta um clima suscetível de propiciar a conflitualidade entre os progenitores, instrumentalizando os filhos, um contra o outro, e incentivando disputas em redor destes.

Porém, o artigo 36º, nº 5, da CRP, consagra o princípio do reconhecimento aos pais do poder-dever de educação e manutenção dos filhos, e o respectivo nº 6 o princípio da inseparabilidade destes dos seus progenitores, enquanto princípios de direito natural, que se completam e interagem²⁷¹.

Trata-se de autênticos direitos fundamentais, no sentido clássico de direitos da pessoa humana, em sentido tradicional, ou de direitos de personalidade subjetivos dos pais²⁷², de modo a impedir que o Estado afaste deles os filhos, fora das condições, legalmente, previstas.

A este propósito, a necessidade de proteger a criança contra as consequências negativas do divórcio ou da separação no desenvolvimento da sua personalidade,

do núcleo familiar, é a mais apropriada para o exercício da função de guardião, sob pena de ser considerada como um verdadeiro privilégio, em desconformidade com o ordenamento constitucional. Efetivamente, a partir do CC de 1966, a jurisprudência maioritária passou a regular o poder paternal, nos casos de divórcio e de separação judicial de pessoas e bens, baseando-se, unicamente, no interesse do menor, separando o plano conjugal do plano das relações entre pais e filhos, não sendo a culpa de qualquer dos cônjuges na separação sinónimo de incapacidade educativa.

²⁷⁰ Helena Gomes Melo, João Raposo, Luís Carvalho, Manuel Bargado, Ana Leal e Felicidade Oliveira, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, Lisboa, Quid Iuris, 2009, 27 e nota (17).

²⁷¹ Diogo Leite de Campos, Lições de Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Almedina, 1997, 102.

²⁷² Jorge Miranda, Sobre as responsabilidades parentais, RDES, Janeiro-Dezembro, Ano XXXII, 1990, 23 e 38 e 39.

reclamando o direito ao livre relacionamento com ambos os progenitores, suporta-se, também, na investigação da psicanálise, que revela a cada vez maior necessidade que a criança tem de ambos os pais para o seu desenvolvimento equilibrado²⁷³, conduzindo ao despoletar de novas formas de guarda, mais próximas da família nuclear intacta.

Por isso, assistiu-se, ultimamente, nos EUA, a alterações à Lei do Divórcio, no sentido de limitar as situações em que o divórcio é possível, consagrando-se uma figura de matrimónio opcional, revestido do requisito da tendencial indissolubilidade, na vigência da menoridade dos filhos, em paralelo com um outro modelo de divórcio menos garantístico, reservando-se à vontade de cada casal a escolha do figurino pretendido²⁷⁴.

Neste enquadramento, importa ainda considerar a questão da conflitualidade entre os interesses individuais de cada um dos cônjuges, e entre os interesses destes e os dos filhos menores ou da própria sociedade na manutenção da comunidade familiar.

Se, na decisão de casar, apenas, pontifica o princípio da autonomia da vontade, já, na decisão de por fim à comunidade conjugal, importa, igualmente, atender ao interesse dos filhos e da comunidade na manutenção da família, em contraponto com o direito potestativo dos cônjuges de requererem o divórcio, por mútuo consentimento, ou sem o consentimento do outro.

Contudo, a lei ordinária contenta-se com a tomada em consideração do interesse dos cônjuges na manutenção ou dissolução do casamento, aliás, na lógica da concepção totalitária do poder absoluto que, em conjunto, lhes é reconhecido, ao qual se têm de submeter o interesse dos filhos menores e da sociedade na continuação do matrimónio e na defesa de um certo entendimento de estabilidade social, ainda que possa ser, ridiculamente, caprichosa a motivação daqueles.

Ora, se a manutenção da comunidade familiar é basilar para o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, e se aos pais cabe a promoção deste desenvolvimento, não pode ser ignorado pelo legislador o interesse daqueles na sua continuação, sob pena de subordinação discricionária e injusta do interesse dos menores aos dos adultos, seus pais, muito embora estes sejam, ainda e quase sempre, os supremos árbitros dos interesses dos

²⁷³ Hans-Werner Fehmel, Ist das Verbot das gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§1671 Abs. IV S. 1 BGB) verfassungswidrig?, FamRZ 1980, 760.

²⁷⁴ Katherine Shaw Spaht, Louisiana's Covenant Marriage: Social Analysis and Legal Implications, Louisiana Law Review, volume 59, nº 1, 1998, 63 e ss.

filhos, exceto quando, com a sua conduta, ponham em causa a saúde, a segurança, a formação moral ou a educação destes.

Efetivamente, na ponderação dos vários interesses conflitantes, o legislador privilegiou o interesse da criança e do jovem menor, enquanto parte mais vulnerável da relação, sujeitos de direitos, com especial tutela no ordenamento jurídico, perante os seus progenitores, que sabem e podem defender-se melhor.

A conciliação de todos os interesses em jogo, até onde seja, razoavelmente, possível, deve constituir a principal preocupação dos tribunais, não tanto em função de um imperativo legal, senão devido às especificidades desta matéria, onde não há espaço para considerações retóricas ou princípios rígidos, mas antes para a ponderação das circunstâncias objetivas do caso concreto, acrescida das particularidades dos seus três protagonistas – criança/menor, progenitor guardião/residente e progenitor não detentor da guarda/não residente – e das especificidades de cada um deles nas suas relações com os outros dois.

Por outro lado, com a atribuição da guarda exclusiva, assiste-se à proletarização das famílias monoparentais, protagonizadas pelas mães, numa tendência para a feminização da pobreza, depauperando a mulher, física e psicologicamente, e, por isso, subtraindo-lhe tempo e energia para cuidar dos filhos, com a conseqüente adversidade para os interesses das crianças e jovens menores e, indiretamente, da sua desqualificação para esse exercício.

Numa sociedade de patriarcado implícito, em que o conceito de mãe é definido pela relação da mãe com o pai da criança, e a situação de mãe solteira ainda é considerada como um modelo desviante²⁷⁵, em consequência da tradicional distinção, não, totalmente, postergada, entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo a relação entre o homem e a mulher que define os vínculos familiares, dependendo do facto de os pais serem ou não casados, a estrutura monoparental das famílias é objeto de preconceitos, sendo prejudicial às crianças²⁷⁶, e está, necessariamente, associada à pobreza, em virtude da diminuição do rendimento obtido pelo guardião, do baixo montante dos alimentos decretados e da alta taxa de não cumprimento da respetiva prestação²⁷⁷.

²⁷⁵ Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, New York, Psychology Press, 1995, 148.

²⁷⁶ Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, ..., citado, 104 e 105.

²⁷⁷ A respeito da depauperação da mulher e do não cumprimento da obrigação de alimentos, Guilherme de Oliveira, *O Regime do Divórcio em Portugal, A Propósito do Novo Projecto Espanhol – Um Caso de*

De todo o modo, nem sempre a estrutura monoparental da família e a ausência do pai são a causa direta do menor bem-estar das crianças e de suas mães, porquanto existem muitos outros fatores exógenos à estrutura da família e à qualidade da função parental exercida, designadamente, a diminuição do rendimento obtido pelo guardião, a pobreza, o «stress» emocional, o baixo nível educacional e o apoio social inadequado²⁷⁸.

É importante eleger a relação entre pais e filhos como o vínculo familiar fundamental, por excelência, para além do casamento ou da união de facto em que se fundou, concentrando o Estado os seus recursos na defesa de um modelo de parentalidade que atravesse o termo daqueles estados, sem sobressaltos prejudiciais para os interesses das crianças, em defesa do estatuto da filiação.

III. 3. O desacordo dos progenitores quanto às questões de particular importância

Na constância do matrimónio, é diminuta a utilização pelos progenitores do recurso à via judicial, o que se justifica pela autónoma capacidade de resolução dos conflitos surgidos e pelo facto de ser estranha à cultura e mentalidade dominantes o recurso aos tribunais para a sua superação.

Porém, após o divórcio, às consequências jurídicas do exercício colegial das responsabilidades parentais aplicam-se as regras que regulam o seu exercício em comum, na constância do casamento e na plena vigência da sociedade conjugal, com base no princípio-regra de que os pais o desempenham, de comum acordo, confiando-se à intervenção de uma terceira entidade, independente e imparcial, a resolução dos conflitos sobrevivendo entre si, capazes de bloquear o seu normal desenvolvimento.

O princípio da igualdade dos progenitores na manutenção e educação dos filhos, que constitui «um novo direito natural das relações familiares»²⁷⁹, o declínio do princípio da indisponibilidade do estado das pessoas e o princípio da ordem pública familiar²⁸⁰ são os principais sustentáculos da intervenção judiciária exógena à família, por

“Paralelismo Espontâneo”?, *Lex Familiae*, RPDF, Centro de Direito da Família, Ano 2, nº 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 14.

²⁷⁸ Ronald Angel e Jacqueline Angel, *Painful Inheritance: Health and the New Generation of Fatherless Families*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993, 104,105 e 183; Stephen D. Sugarman, *Single-Parent Families*, in “All Our Families”, Edited by Mason, M. A./Skolnick, A./Sugarman, S. D., Oxford University Press, 1998, 24 e 25.

²⁷⁹ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Coimbra, Imprensa da Universidade de Coimbra, 1986, 98.

²⁸⁰ Cabendo nas responsabilidades parentais direitos e deveres, mas, sobretudo, poderes e funções que com aqueles se combinam, a prevalência da função e a coincidência do interesse do menor e da família com o do Estado expressaria a convergência de interesses entre o Estado e os cidadãos no sentido de que

parte do tribunal e do Estado, mas, sempre, de natureza supletiva, residual e excepcional, face ao consenso dos pais, que representa o modo prioritário de exercício das responsabilidades parentais, em oposição à solução endógena que vigorava, anteriormente, às reformas europeias dos anos setenta do século passado.

Com efeito, nas situações de divórcio ou de separação e afins, desaparecida a família intacta e tendo surgido a família cindida, justifica-se a intervenção do Estado, através dos tribunais, ao arripio do disposto pelo artigo 36º, nº 6, da CRP²⁸¹, que consagrou o direito dos pais à educação dos filhos, mas, na esfera de uma vigilância particular sobre as crianças, e não já de uma vigilância familiar, de uma atitude intervencionista, sem embargo de o papel do juiz poder ultrapassar o campo da conciliação e da moderação, para assumir a faceta da jurisdição, embora ainda dentro da especial sensibilidade da jurisdição não contenciosa ou voluntária, a que se reportam os artigos 986º a 988º, do CPC.

Porém, essa intervenção judiciária extrínseca à família, em oposição à solução endógena autoritária que vigorava, anteriormente, às reformas europeias dos anos setenta do século XX, encontra explicação no facto de o instituto das responsabilidades parentais estar sujeito a um controlo de autoridade pública sobre o modo do seu exercício, sendo, cada vez menos, encarado como uma relação bilateral entre pais e filhos, tendendo a evolução das legislações modernas a acentuar a feição triangular dessa relação, na qual, gradualmente, se vem considerando a integração de um novo elemento, a autoridade

tal poder seja exercido pela forma mais adequada, consubstanciando o princípio da ordem pública. Independentemente, do ramo de direito a que, substancialmente, pertencem as normas referentes ao instituto das responsabilidades parentais, reconhecendo-se, em certos casos, a primazia de interesses públicos sobre os privados, com a consequente necessidade da atribuição de uma posição de superioridade nas relações jurídicas (Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, I, 10ª edição, revista e actualizada pelo Prof. Doutor Freitas do Amaral, Lisboa, Coimbra Editora, 1973, 49), nenhum vestígio de «ius imperii» se encontra na disciplina das relações familiares, que, ao invés, assentam numa base de cooperação, sem embargo da existência, nas relações entre pais e filhos, de um vínculo de relativa subordinação entre os sujeitos da relação, vínculo que se não confunde com a sujeição própria de direito público e nele não intervém o Estado, nem qualquer entidade de Direito Público (Antunes Varela, Direito da Família, I, 5ª edição, ..., citado, 166 e ss.), sendo que a intervenção do Estado se processa, tão-só, ao nível da fiscalização, e não como parte integrante de uma estrutura de relação de poder paternal, com vista, precisamente, a verificar a conformidade do exercício do mesmo poder com as finalidades definidas por lei.

²⁸¹ Embora, o nosso direito recuse, em princípio, a intervenção judicial, casos há, aliás, muito excepcionais, em que é, especialmente, necessária ou urgente a solução do conflito, como acontece quanto às “questões de particular importância relativas ao exercício das responsabilidades parentais”, de acordo com o disposto pelo artigo 1901º, nº 2, do CC.

pública, numa partilha entre a família e o Estado na educação da criança e do jovem menor²⁸².

A intervenção do Estado acontece, cada vez mais, não, somente, para controlar a autoridade parental, mas, também, para orientar, ou, mesmo, dirigir o seu exercício, reconhecendo-se que esta evolução foi ditada pelos condicionalismos sócio-económicos das modernas sociedades industrializadas.

Como sempre, uns veêm nesta intervenção do Estado um perigo para a liberdade da instituição Família, enquanto outros uma garantia dos direitos da criança, face às situações de incapacidade dos progenitores.

De todo o modo, os tribunais só intervêm quando as responsabilidades parentais estão a ser exercidas, manifestamente, contra o interesse das crianças, ou para resolver diferendos entre os pais, nomeadamente, quanto aos seus desacordos nas questões de particular importância, e, mesmo, então, a intervenção do tribunal destina-se a alcançar o consenso dos progenitores ou, caso o mesmo não seja possível, a conceder uma especial relevância à vontade dos pais.

Da aplicação do princípio da igualdade decorre a direção colegial da autoridade parental, que não conhece qualquer derrogação, no Direito Português, não sendo de admitir, em qualquer circunstância, a supremacia de um dos progenitores sobre o outro na orientação da vida dos filhos menores, cabendo, sempre, ao tribunal a resolução dos conflitos de opinião, em questões de particular importância, nos termos do estipulado pelo artigo 1901º, nº 2, do CC.

No modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, as decisões respeitantes às questões de particular importância são tomadas, de comum acordo, por ambos os progenitores, enquanto que, no que concerne às decisões sobre as questões normais ou usuais, vigora o princípio da presunção do acordo do outro progenitor, quando forem praticados atos que integrem o exercício das responsabilidades parentais, decorrente das disposições combinadas dos artigos 1901º, nºs 1, 2 e 3 e 1902º, nº 1, ambos do CC, porquanto, cada um deles, por via de regra, pode agir, por si só, como acontece na constância do casamento, traduzindo uma presunção de acordo, ou, antes, uma ficção

²⁸² Jean Carbonnier, Droit Civil, II, La Famille, l'enfant, le couple,...., citado, 569.

legal²⁸³ que, de igual modo, é aplicável à prática dos atos da vida corrente, no regime posterior ao divórcio, que o confronto das disposições conjugadas dos artigos 1902º, nº 1 e 1906º, nº 3, ambos do CC, não desautoriza²⁸⁴, ressalvadas as duas situações limite de imperatividade, isto é, sendo caso de consentimento expresso dos dois progenitores ou tratando-se de ato de particular importância para a vida do filho.

Em termos práticos, porém, estas decisões referentes a questões normais ou usuais pertencem, quase, exclusivamente, ao progenitor que reside, de modo habitual, com o menor, o que torna flexível a atividade de representação legal dos filhos, permitindo um exercício individual e indistinto das responsabilidades parentais, um mandato tácito recíproco que viabiliza a cada um dos pais atuar, sem o consentimento do progenitor passivo, com dispensa de obtenção do acordo deste e de o demonstrar perante terceiros, agindo, sozinho, livremente, desde que o outro não manifeste, previamente, o seu desacordo, o qual não é, contudo, oponível a terceiro de boa-fé, excepto se este conhecesse ou devesse presumir a oposição do progenitor que não interveio na prática do ato.

Exigir a intervenção de ambos os progenitores, em todos os atos de representação do menor, poderia equivaler a uma paralisação da sua vida exterior, porquanto, por vezes, se torna difícil a participação dos dois, enquanto que, por seu turno, entregar a representação do menor a um só dos progenitores, em todos os seus planos, pessoal, patrimonial, processual e extra-processual, derogaria o princípio da igualdade dos cônjuges ou dos pais não casados, no exercício das responsabilidades parentais.

De todo o modo, é razoável considerar que, cabendo a ambos os pais a representação dos filhos, qualquer deles possa praticar actos de administração ordinária, em relação aos bens dos menores, exceto se, através deles, se adquirirem ou concederem direitos pessoais de gozo, bem assim como actos ordinários de representação dos filhos, mas já é duvidoso que qualquer deles, por si só, possa praticar atos de administração extraordinária.

A incondicional afirmação do princípio da igualdade dos progenitores na educação e manutenção dos filhos justifica-se enquanto instrumento propulsor da defesa do princípio da prevalência dos interesses da criança, e não já enquanto critério interpretativo das normas jurídicas relativas às responsabilidades parentais, nos casos de divórcio, sob pena

²⁸³ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V, ..., citado, 393.

²⁸⁴ Em sentido contrário, Hugo Leite Rodrigues, Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais, ..., citado, 96.

de tal significar a supremacia dos interesses dos progenitores sobre os interesses dos menores, numa perspetiva egoísta de afirmação da sua personalidade, face às naturais indefesas dos filhos.

III.4. Das questões de particular importância

Torna-se imperioso delinear, com segurança e precisão, os contornos da figura dos atos de particular importância, porquanto a mesma define, por um lado, o limite da autonomia dos progenitores, em relação aos actos praticados com intervenção de terceiros, e, por outro, o grau necessário de exteriorização à autoridade judicial das divergências de opinião entre eles, no exercício das responsabilidades parentais, englobando todos os aspetos em que este se desdobra, quer digam respeito à pessoa, quer aos bens do menor.

Revestirão, porém, as questões de particular importância natureza genérica/objetiva, ou seja, estar-se-á perante questões que possam afetar a pessoa ou o património de qualquer menor, independentemente, do ponto de vista dos pais, ou tratar-se-á antes de questões de natureza concreta/subjetiva, isto é, de questões que, para os pais, singularmente, considerados, e, atendendo à situação individual do menor, sejam qualificadas como de especial relevância?

Com efeito, “a particular importância do acto parece, no entanto, que deve medir-se pelas suas qualidades objetivas, tendo em conta a pessoa ou o pecúlio do menor e não apenas o relevo subjetivo que lhe atribua qualquer um dos progenitores”²⁸⁵.

Assim, para se concluir se uma determinada questão é de particular importância para a vida ou para o património do menor, devem equacionar-se, em especial, as suas circunstâncias objetivas, sem menosprezar, contudo, o ponto de vista dos pais, apelando-se, no preenchimento desse conceito, sobretudo, ao interesse superior da criança, integrado pelos valores essenciais comuns a todas elas, e pelas áreas circundantes em que releve a situação concreta do menor, em toda a sua magnitude.

A Reforma de 2008, contrariando o «status quo ante», teve como objetivo, neste particular, promover um maior envolvimento de ambos os pais na vida dos filhos, passando a regra a ser a de que “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho serão exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos em que vigoravam na constância do matrimónio”, atento o preceituado pelo artigo 1906º, nº 1, do CC, porquanto, até, então, acontecia que, na grande

²⁸⁵ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V, ..., citado, 393 e 394.

maioria das situações, o progenitor guardião decidia, quase em exclusivo, sobre todas as questões da vida dos filhos.

Efetivamente, “a definição do que seja questão de particular importância mostra-se hoje de especial relevo, pois ela constituirá a pedra basilar do exercício das responsabilidades parentais e o centro de todo o regime”²⁸⁶, abrangendo “o conjunto dos atos de fundo que constituem as traves mestras da vida da criança ou do adolescente e que compõem o núcleo essencial dos seus direitos”²⁸⁷.

O CC não utiliza as expressões «questão de particular importância» e «ato de particular importância», em absoluta sinonímia, porquanto adota esta última quando se refere à atuação dos pais perante terceiros, nomeadamente, no seu artigo 1902º, nº 1.

O modelo consagrado pela legislação nacional traduz uma solução, constantemente, uniforme, sem embargo da alteração da redação sofrida pelo artigo 1902º, do CC, com a Reforma de 1977, que reclama a exigência do consentimento de ambos os progenitores para a prática de ato de particular importância²⁸⁸, tratando-se de uma conceção “diárquica, igualitária, unissexo, indiferenciada ou plenamente bilateral”²⁸⁹ sobre o instituto das responsabilidades parentais.

Na verdade, as questões de particular importância não constituem, hoje, um conceito novo, contido no artigo 1906º, nº 2, mas antes o lugar paralelo da homóloga expressão utilizada, no artigo 1901º, desde a Reforma de 1977, ambos do CC, e o contrário é que seria de estranhar, por não se compreender que a mesma expressão “pudesse ter um sentido e alcance diversos no seio do mesmo diploma legal”²⁹⁰, devendo tratar-se, sempre, de acontecimentos raros, questões existenciais graves e invulgares da vida da criança, que obriguem ambos os progenitores a cooperar, episodicamente.

Este princípio da equiparação do exercício das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância, nas situações posteriores ao divórcio e afins, com o regime vigente na constância do matrimónio, constante do artigo 1906º, nº 1, do CC,

²⁸⁶ Helena Gomes de Melo, e outros, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 136.

²⁸⁷ Helena Gomes de Melo, e outros, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 138.

²⁸⁸ Moitinho de Almeida, Efeitos da Filiação, Reforma do Código Civil, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981, 155; e Maria de Fátima Abrantes Duarte, O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime, Lisboa, AAFDL, 1989, 1ª reimpressão de 1994, 158.

²⁸⁹ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V, ..., citado, 389.

²⁹⁰ Amadeu Colaço, Novo Regime do Divórcio, 3ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009, 126.

excetua, desde logo, os casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir, sozinho, devendo prestar informações ao outro, logo que possível.

Consciente das dificuldades de implementação de um modelo, substancialmente, diverso, o legislador nacional optou por consagrar um regime de exercício colegial das responsabilidades parentais, em via reduzida.

Efetivamente, enquanto o anterior exercício conjunto do poder paternal, na redação pretérita à introduzida pela Reforma de 2008, abrangia todas as questões da vida da criança, quer dissessem respeito a atos de particular importância ou a atos da sua vida corrente, tal como vigorava e ainda se estivesse na constância do matrimónio, com base no disposto pelos artigos 1906º e 1901º, do CC, uma vez que, então, a lei, apenas, previa que tivesse como fonte o acordo dos progenitores e não a imposição do juiz, presentemente, o exercício conjunto das responsabilidades parentais limita-se às questões de particular importância, como regra geral, a menos que tal se mostre contrário aos interesses da criança, em conformidade com o regime que vigorava na constância do casamento.

A definição do conceito de «questões de particular importância», a que alude o nº 1, não foi objeto de definição legal, tratando-se de um conceito jurídico relativamente indeterminado, que deve ser encontrado em contraponto ao conceito de «actos da vida corrente», a que se reportam os nºs 3 e 4, ambos do artigo 1906º, do CC, em função das situações e características próprias das mesmas e das necessidades específicas de cada criança e jovem menor.

Excetuando as hipóteses em que se não levanta qualquer dúvida sobre a integração fáctica do conceito de «questão de particular importância», como, desde logo, resulta quando é a própria lei que clarifica a falta de acordo como uma situação de particular importância, face ao que decorre do artigo 13º-B, do CPC²⁹¹, será, casuisticamente, que deverá ser apurada a existência de uma questão que, pelas suas implicações, ao nível do normal desenvolvimento do menor ou das repercussões na sua esfera patrimonial, assume particular importância.

A vontade do legislador foi a de restringir o conceito de «questões de particular importância» às “questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”, na tónica da “redução do âmbito do

²⁹¹ Na versão que decorria do DL nº 513-X/79, de 27 de dezembro, entretanto, desaparecida.

exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de particular importância”²⁹², abrangendo um conjunto de atos de fundo que constituem as traves mestras da vida do menor, de forma a tornar o regime exequível, não potenciando a conflituosidade entre os progenitores e a crescente paralisação da vida da criança, no que concerne à tomada de decisões sobre o seu quotidiano.

Com efeito, o legislador nacional, à semelhança do que acontece, em França, pretendeu simplificar o regime de intervenção dos progenitores nos atos externos da vida do menor, exigindo a dupla comparência, apenas, quanto às grandes circunstâncias que afetam ou sejam suscetíveis de afetar a pessoa do menor, tornando, em todos os demais casos, dispensável apurar se a intervenção de um único progenitor pode ser considerada suficiente²⁹³.

De facto, o artigo nº 3, do artigo 1906º, da antecedente redação do CC, já previa que, no caso de as responsabilidades parentais serem exercidas, apenas, por um dos progenitores, os pais poderiam "acordar que determinados assuntos sejam resolvidos entre ambos ou que a administração dos bens do filho seja assumida pelo progenitor a quem o menor tenha sido confiado", os quais ficavam, desde logo, a constar do acordo objeto de sentença judicial homologatória.

De todo o modo, mediante decisão fundamentada do tribunal, e, apenas, deste, pode ser entendido, em conformidade com o superior interesse da criança, que existem razões ponderosas para que esse exercício não seja realizado, em conjunto e, nessa altura, o mesmo é conferido, em exclusivo, a um dos progenitores, atento o preceituado pelo artigo 1906º, nº 2, do CC, hipótese em que perde relevância o conteúdo do conceito de «questões de particular importância», porquanto, neste caso, a decisão sobre as mesmas cabe, tão-só, ao progenitor guardião.

A mais ampla abrangência possível do elenco das «questões de particular importância» para a vida dos filhos que exijam o "exercício em comum" deverá constar da decisão reguladora das responsabilidades parentais, de natureza homologatória ou

²⁹² Exposição de motivos do projecto de Lei nº 509/X, que esteve na génese da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro.

²⁹³ Maria de Fátima Abrantes Duarte, O Poder Paternal, ..., citado, 162.

contenciosa, constituindo um importante contributo preventivo e dissuasor de conflitos futuros²⁹⁴.

A não se optar por esta via, resta a alternativa imperfeita da mais frequente utilização pelo tribunal da exceção do exercício unilateral das responsabilidades parentais, a fim de evitar conflitos regulares a dirimir ou o constante pronunciamento do tribunal sobre o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, no caso concreto, com prejuízo para os filhos, que terão de se deslocar, com frequência, a tribunal, para serem ouvidos quanto à questão, atendendo ao preceituado pelo artigo 1901º, nº 3, do CC²⁹⁵.

O progenitor não residente, mas co-exercente das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância, goza da faculdade alternativa de optar pela prestação de consentimento para a realização do ato, quando para tal for solicitado pelo residente ou por um terceiro, ou de recusar o mesmo.

Na hipótese de o progenitor não residente usar o poder de recusa da prestação de consentimento com finalidade diversa da proteção dos interesses dos menores, para além do suprimento judicial dessa falta de autorização, o residente goza ainda da faculdade de requerer a cessação do exercício colegial das responsabilidades parentais, com base na exceção do abuso de direito, nos termos do disposto pelo artigo 334º, do CC, invocando que o não residente se encontra a exercer esse direito, de modo contrário ao seu fim natural.

III.5. A intervenção dos tribunais na resolução dos conflitos entre os progenitores e o papel subsidiário do juiz na delimitação da noção de «questões de particular importância»

A substituição da conceção hierarquizada do poder paternal pelo princípio paritário da relação conjugal e, conseqüentemente, das responsabilidades parentais, conduz à necessidade de intervenção conjunta ou simultânea de ambos os progenitores no exercício dos direitos ou no cumprimento das obrigações dos filhos²⁹⁶.

Com efeito, para a hipótese de resolução de conflitos entre os progenitores que exerçam em comum as responsabilidades parentais, em questões de particular importância,

²⁹⁴ E isto porque a convenção celebrada entre os progenitores com esse objeto, sendo um índice da prática educativa dos mesmos, embora não goze, por si só, de força obrigatória, porquanto as regras sobre as responsabilidades parentais são de ordem pública, é fonte inspiradora para o juiz sobre a definição do interesse da criança, Philippe Malaurie e Laurent Aynès, Cours de Droit Civil, La Famille, Tomo III, 6ª edição, 1998/1999, por Philippe Malaurie, com a colaboração, em Direito Fiscal, de P.J. Claux e N. Couzigou-Suhas, Paris, Edições Cujas, 1998, 439.

²⁹⁵ Cristina M. Araújo Dias, Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, 50.

²⁹⁶ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V, ..., citado, 342.

existe a via alternativa do recurso ao processo judicial de regulação, nos termos do preceituado pelo artigo 44º, nº 1, do RGPTC.

Contudo, para além dos casos, muito excepcionais, em que o CC permite que o conflito entre os cônjuges seja decidido pelo tribunal, o desacordo entre eles deve, primordialmente, ser resolvido dentro da família, pelos próprios progenitores, recusando-se o Direito a intervir, fazendo apelo ao seu sentido de responsabilidade e à capacidade de auto-regulamentação da família²⁹⁷.

Sendo embora subsidiária e excepcional a intervenção do tribunal²⁹⁸, pois que é aos progenitores que compete, em primeira linha, decidir sobre a solução a adotar, nas questões de particular importância, deve o juiz, como critério de decisão, acolher a pretensão daquele que melhor prossiga o interesse do menor e, apenas, na hipótese de nenhuma das posições conflitantes corresponder a este interesse, decidirá em sentido diferente ao das propostas dos progenitores, com vista a alcançar o interesse do menor²⁹⁹, afastando-se, terminantemente, do propósito de ultrapassar o campo da persuasão consistente, na tentativa de impor aos pais a sua própria concepção do interesse do menor.

Assim sendo, o juiz só pode, mas deve preterir as soluções apontadas pelos pais, quando estas coloquem em perigo a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação dos filhos, nos termos previstos pelo artigo 1918º, do CC³⁰⁰, sob pena de intolerável ingerência na função educativa e de manutenção, constitucionalmente, atribuída aos progenitores.

III. 6. «Atos correntes» para a vida do menor

O conceito de «atos correntes» para a vida do filho, a que se reportam os nºs 3 e 4, do artigo 1906º, por contraposição ao conceito de «questões de particular importância», que já era usado na anterior redação do artigo 1901º, nº 2, e que, agora, se encontra consagrado, nos nºs 1 e 2, do artigo 1906º, todos do CC, ainda que pela negativa,

²⁹⁷ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 137.

²⁹⁸ José Diogo Leite Garcia, O Instituto do Poder Paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da viabilidade prática do “exercício conjunto”, Dissertação, Coimbra, 2008, 267.

²⁹⁹ José Diogo Leite Garcia, O Instituto do Poder Paternal..., citado, 268 e 269; Maria de Fátima Abrantes Duarte, O Poder Paternal, ..., citado, 155 a 157.

³⁰⁰ Moitinho de Almeida, Efeitos da Filiação, ..., citado, 142 e 143; Armando Leandro, Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária, Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, 144.

contribui para clarificar o conteúdo deste último, sendo certo que se defende, igualmente, que se trata de uma noção-quadro ou de um conceito jurídico indeterminado, na medida em que nenhuma definição legal poderia abranger o universo das infinitas variações da realidade factual.

Preceitua o artigo 1906º, do CC, no seu nº 3, que “o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”.

O exercício e decisão sobre os atos da vida corrente caberão ao progenitor com quem a criança se encontre, com quem o menor resida, habitualmente [«resident parent»], ou com quem o mesmo se encontre, temporariamente [«non-resident parent»], não podendo o progenitor residente intrometer-se, durante o período das visitas, no modo de execução dos aludidos atos correntes pelo progenitor não residente, sendo certo, não obstante, que este se encontra limitado na gestão dos atos do quotidiano do menor, por não dever “contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”, muito embora, no quadro das decisões sobre as questões de particular importância que, em conjunto, ambos devem acordar, atento o preceituado pelo artigo 1906º, n.º 3, do CC.

Ao atribuir ao progenitor residente a tarefa de estabelecer as orientações educativas mais relevantes, o legislador parte do princípio de que será com ele que a criança tem uma relação de maior proximidade, que, por isso, lhe vai transmitindo e definindo determinados valores, princípios e regras que lhe permitam estruturar a sua personalidade e modelar o seu comportamento.

É, por isso, que o progenitor não residente está obrigado a respeitar essas orientações, sob pena de desautorizar o progenitor residente e violar as normas educativas por ele impostas, as quais deverão observar regras de bom senso e de previsibilidade, já que compreendem uma limitação imposta pelo progenitor residente aos atos da vida corrente que acontecerão durante os contactos pessoais ou os períodos de permanência que o progenitor não residente mantém com o filho.

Porém, o progenitor não residente não tem que ficar, necessariamente, afastado das decisões de menor importância que interessam ao filho, antes goza do dever de nelas intervir.

Mas, como não é possível ao progenitor não residente recorrer, judicialmente, das decisões quotidianas tomadas pelo outro, em caso de desacordo, deve comunicar ao residente o seu inconformismo, para impedir a prática do ato, ou arguir a invalidade do mesmo, se este chegar a ser realizado.

Em caso de abuso sistemático, por parte do progenitor residente, que usa a sua posição privilegiada para agir contra a vontade do outro, em assuntos de particular importância ou em atos da vida corrente, pode o não residente propor uma ação de alteração do regime de exercício das responsabilidades parentais que restrinja os poderes do outro progenitor, ao abrigo do disposto pelo artigo 42º, nº 1, do RGPTC.

Impondo a 1ª parte, do nº 2, do artigo 1901º, que as responsabilidades parentais sejam exercidas de comum acordo, sem discriminar entre as questões de particular importância e os atos da vida corrente, facultando a 2ª parte do normativo legal em apreço o recurso a tribunal, em caso de divergência de opiniões entre os progenitores, tão-só, em questões de particular importância, tal permite concluir, com segurança, que os progenitores não têm, necessariamente, que estar de acordo quanto aos atos da vida corrente dos filhos menores, por, então, não poderem recorrer a tribunal para obter uma resolução quanto a um eventual diferendo entre ambos.

Aliás, existe a presunção legal de acordo de ambos os progenitores quanto à prática de atos da vida corrente, por qualquer deles, a não ser que a lei exija, expressamente, o consentimento de ambos ou quando se trate de um ato de particular importância³⁰¹, e, então, já se não estará perante o conceito de atos da vida corrente, não sendo a discordância na realização destes atos oponível a terceiros de boa-fé, tudo em conformidade com o estipulado pelos artigos 1901º e 1902º, nºs 1 e 2, ambos do CC.

³⁰¹ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V, ..., citado, 1995, 393.

É uma presunção que tem por finalidade facilitar a vida quotidiana da família, impedindo que a diarquia desejada como um progresso sirva de pretexto aos burocratas para exigir, a propósito de tudo, uma dupla assinatura.

Quanto aos atos usuais ou da vida corrente, não deve justificar-se qualquer intervenção exterior aos próprios progenitores, ou aqueles com quem a criança ou o jovem menor se encontra, que dirimirão entre si estas situações, ou decidirão, isoladamente, o tipo de vestuário do filho menor, se este deve ou não ir a uma festa de aniversário para que foi convidado, bem como outras ocorrências da vida diária³⁰².

Com efeito, o juiz só deve subestimar as soluções avançadas pelos progenitores quando as mesmas se revelem suscetíveis de colocar em perigo a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do filho, nos termos do disposto pelo artigo 1918º, do CC³⁰³, sob pena de intolerável ingerência na função constitucional e institucional que aos pais compete da educação e manutenção dos filhos.

De todo o modo, o menor pode assistir a uma decisão consensual dos progenitores que seja prejudicial aos seus interesses, numa situação em que esteja em causa uma questão de particular importância, que o juiz não é chamado a apreciar, porquanto, só quando tal não acontece, este pode impor uma solução conforme à melhor defesa dos interesses daquele.

A delimitação entre os dois tipos de atos em análise é difícil de estabelecer, em abstrato, existindo uma ampla “zona cinzenta”, formada por atos intermédios, que tanto podem ser qualificados como atos usuais ou de particular importância, conforme os costumes de cada família concreta e os usos sociais, num determinado momento social e histórico.

III.7. Delegação dos atos da vida corrente pelo progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais

³⁰² José António de França Pitão, *União de Facto e Economia Comum*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 85.

³⁰³ Moitinho de Almeida, *La Filiation dans la Réforme du Códice Civil Portugais du 25 Novembre 1977*, *BMJ* n° 285, 38; Armando Leandro, *Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária*,..., citado, 144.

Estabelece o artigo 1906º, nº 4, do CC, na redação da Reforma de 2008, que o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente da criança goza da faculdade de os exercer, por si, ou delegar em terceiro o seu desempenho, sendo que esses atos, contudo, podem ser realizados, por qualquer um dos progenitores, quando a criança se encontre consigo.

Esta possibilidade de delegação em terceiros refere-se aos atos da vida corrente relacionados com os cuidados a prestar à criança, durante os períodos de coabitação, e não, por via de regra, aos atos a praticar por terceiros, com autonomia, designadamente, inscrições em estabelecimentos de ensino.

Trata-se, no fundo, de colocar o acento tónico na ideia da responsabilidade de cada um dos progenitores pelos cuidados com os filhos, quando se encontrem com eles, e retirar consistência, tornando inócuos, incidentes de incumprimento das responsabilidades parentais.

Considerando, porém, que o exercício residual das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside, habitualmente, entende-se que a previsão desse exercício com base no instituto da delegação foi pensada pelo legislador para o progenitor residente, sendo certo que o progenitor que, no exercício do direito de visita, intercede junto de terceiro para ir buscar o filho à escola, atua ainda, no âmbito da delegação destas responsabilidades³⁰⁴.

No quadro legal anterior à Reforma de 2008, especialmente, nos casos de exercício unilateral do poder paternal, eram, frequentemente, colocadas ao tribunal, por parte do progenitor guardião, questões relativas ao círculo de pessoas com quem o não guardião se relacionava e a quem incumbia, por virtude de impedimentos profissionais ou outros, a realização de determinadas tarefas respeitantes aos cuidados com os filhos, desencadeando-se incidentes de incumprimento do exercício do poder paternal requeridos pelo progenitor guardião irresignado com essas intervenções de terceiros.

³⁰⁴ Helena Gomes de Melo, e outros, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 58.

Criou-se, então, a falsa ideia, em alguns progenitores e protagonistas judiciais, que, no âmbito do direito de visita, o filho, apenas, podia estar com o progenitor não guardião, sendo inacessível ao contacto com qualquer outra pessoa.

Para alguns autores, ter-se-á pretendido permitir que, na ausência do progenitor não guardião, por motivos vários e, nomeadamente, por razões profissionais, em que os filhos ficam aos cuidados de uma ama, de um familiar ou de instituições - infantário ou creche -, essas terceiras pessoas ou entidades possam exercer as responsabilidades parentais quanto aos atos da vida corrente dos mesmos e tomar as decisões adequadas que lhes respeitem, presumindo-se que o progenitor, ao delegar essas responsabilidades, transmitirá as respetivas orientações de apoio³⁰⁵.

Para outros autores, a disposição normativa do nº 4, do artigo 1906º, do CC, ao estatuir que “o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”, veio, igualmente, conferir relevância ao papel educativo, cada vez mais importante e significativo, que é desempenhado pelos denominados “padrastos ou madrastas”, em situações de reconstituição familiar³⁰⁶, ou, mesmo, reconhecer estatuto jurídico ao círculo de pessoas com quem o progenitor não residente se relaciona e a quem incumbe a realização de tarefas atinentes aos filhos³⁰⁷.

É usual a interferência do novo companheiro do progenitor residente na educação dos filhos menores, podendo contribuir, positivamente, para evitar os circunstancialismos negativos associados à vivência ou estruturação monoparental, ou, negativamente, para criar ou agravar a conflitualidade no lar ou, inclusivamente, para dificultar ou quebrar os contactos entre a criança e o progenitor não residente³⁰⁸.

Não fazendo a lei depender o ato de delegação de poderes a terceiro da obrigatoriedade da sua comunicação ao progenitor não residente, não pode o mesmo deixar de estar compreendido, no âmbito do direito de informação sobre o modo do exercício das

³⁰⁵ Tomé d’Almeida Ramião, *O Divórcio e as Questões Conexas*, 3.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2011, 160.

³⁰⁶ Guilherme de Oliveira, *A Nova Lei do Divórcio*, Lex Familiae, RPDF, Centro de Direito da Família, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 26.

³⁰⁷ Helena Gomes de Melo, e outros, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, ..., citado, 57.

³⁰⁸ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª edição, Lisboa, AAFDL, 322.

responsabilidades parentais que lhe assiste, por se tratar “das condições de vida do filho”, de acordo com o preceituado pelo artigo 1906º, nº 6, do CC.

A delegação de poderes-deveres relativos aos atos da vida corrente da criança pode ter lugar, por vontade de qualquer um dos progenitores, sem intromissão do outro, dependência de autorização judicial ou de formalidade específica, por mera forma verbal, de acordo com o princípio da consensualidade, constante do artigo 219º, do CC.

Porém, cabendo o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos usuais do filho, em princípio, ao progenitor com quem ele reside, habitualmente, conforme estatui o artigo 1906º, nº 3, do CC, por se presumir, desde logo, ser ele quem está em melhores condições para acompanhar a vida corrente do menor, não encontra explicação acabada a possibilidade daquele progenitor delegar essas responsabilidades em terceiro que, eventualmente, pode não ter residência habitual com ambos, sendo certo que a lei não estabelece, a este respeito, qualquer condicionalismo específico.

E a isto acresce que a delegação em terceiro das responsabilidades parentais não se afigura compatível com o móbil reafirmado pelo legislador de promover relações afetivas profundas do menor com o pai e com a mãe e uma maior responsabilização e empenhamento pessoal, por parte de cada um deles, na educação dos filhos menores, permitindo, face à ausência de qualquer limitação legal, o total alheamento do progenitor delegante, relativamente ao quotidiano da criança, uma vez que deixará de efetuar o seu acompanhamento permanente.

É que as responsabilidades parentais pertencem a sujeitos físicos determinados, isto é, primariamente, o pai ou a mãe, apresentando uma indelével natureza, «intuitu personae», não sendo delegáveis em terceiro³⁰⁹.

Se é o próprio tribunal, com a sensibilidade das partes, quem determina a titularidade do exercício das responsabilidades parentais, relativamente aos atos da vida corrente do menor, atendendo ao capital de crédito do eleito, não se compreende a possibilidade deste, à revelia do tribunal e sem a audição do progenitor, apenas, titular do gozo das responsabilidades parentais, delegar em terceiro o seu exercício efetivo, a menos

³⁰⁹ Amadeu Colaço, Novo Regime do Divórcio, ..., citado, 133.

que esta faculdade tivesse sido prevista, atempadamente, na decisão que regulou o exercício das responsabilidades parentais.

A não ter sido contemplada a possibilidade da delegação em terceiro das responsabilidades parentais, na sentença definidora do respetivo regime, importaria, então, que o progenitor titular do exercício colocasse a questão da delegação ao critério decisor do tribunal, excetuando a hipótese, dado se estar em presença de uma inequívoca questão de particular importância, de o outro progenitor dar o seu assentimento à delegação de poderes, nos termos do estipulado pelo artigo 44º, do RGTPC.

Aliás, na eventualidade de ausência, incapacidade ou qualquer outro impedimento³¹⁰ superveniente, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, por parte do progenitor residente, caberá esse exercício ao outro progenitor ou, no impedimento deste, por decisão judicial, a alguém da família de qualquer deles, ou, agora, igualmente, ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais, em conformidade com o disposto pelo artigo 1903º, nº 1, a) e b), do CC.

O progenitor com quem o menor não reside goza da faculdade de delegar em terceiro a receção e entrega do filho, ou de permitir que outros estejam com ele, no período da visita.

O que não pode, porém, seguramente, ser delegado pelo progenitor não residente são as responsabilidades parentais, o que se traduziria numa delegação do seu poder-dever de visita, v. g., em favor dos avós, por tal corresponder a uma total demissão ou denegação das responsabilidades parentais, ainda que se trate de familiares diretos da criança ou do jovem menor.

A redação dada ao nº 4, do artigo 1906º, do CC, permitiu colocar o acento tónico na ideia da responsabilidade de cada um dos progenitores, no respetivo período de permanência com os filhos, independentemente, da sua qualidade de residente, fazendo terminar com os equívocos que sustentavam conflitos artificiais determinantes de incidentes de incumprimento das responsabilidades parentais.

³¹⁰ Aqui se incluindo a incapacidade accidental, v.g., devida a emoção forte, toxicodpendência ou alcoolismo.

III.8. A situação excecional da «urgência manifesta»

O dispositivo legal que estabelece a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, relativas às questões de particular importância para a vida do filho, contém a exceção constante do artigo 1906, nº 1, 2ª parte, do CC, ou seja, “os casos de urgência manifesta”, que se verificam quando existe necessidade de praticar qualquer ato inadiável, a que acresce a iminência do mal que pode advir para o menor da omissão da prática imediata do mesmo, incompatível com o lapso de tempo indispensável para obter o acordo do outro progenitor ou para recorrer a tribunal com vista a dirimir o eventual conflito entre ambos.

Estas situações de «urgência manifesta» podem ser decididas, singularmente, por um dos progenitores, quer seja aquele com quem a criança ou o jovem menor reside, habitualmente, quer seja aquele com quem se encontra, temporariamente³¹¹.

Porém, a legislação nacional já não contempla a hipótese do desacordo dos progenitores, em questões de particular importância, que necessitem de resolução imediata, ao contrário de outras legislações que, nessa hipótese extrema, depositam num deles o poder de decisão, sendo que o eventual repúdio da violação do princípio da igualdade, implícito na posição nacional, se não afigura justificar-se, num cenário de gravidade, pelas consequências que a situação de impasse pode acarretar para a pessoa ou bens do menor, tendo o legislador nacional, por fidelidade à sua feição dogmática, sacrificado o interesse deste ao rigor e pureza dos princípios.

Acontecendo uma hipótese mais extremada em que ambos os progenitores se recusam a praticar ou consentir na realização de determinados atos, nomeadamente, uma transfusão sanguínea ou uma operação cirúrgica, que se impõem como o único meio de salvar a vida do menor, não há que respeitar a opção daqueles, competindo antes ao MP, a qualquer parente do menor ou pessoa a cuja guarda esteja confiado, de facto ou de direito, que pode ser o diretor do estabelecimento de saúde onde se encontre internado, evitar a violação do direito à vida, à saúde ou à integridade física da criança, requerendo o controlo

³¹¹ Existem situações de especial urgência que justificam a atuação do médico, no interesse do menor, ainda que não disponha de qualquer informação deste ou dos pais, de acordo com o disposto pelo artigo 8º, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, publicada no Jornal Oficial, de 3 de Janeiro de 2001, Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 520.

judicial das responsabilidades parentais e a efetivação das providências adequadas, de acordo com o preceituado pelos artigos 1918º e 1915º, nº 1, do CC.

Porém, por vezes, a urgência da situação concreta não se compadece sequer com o recurso ao sobredito controlo judicial, impondo-se, desde logo, a tomada das providências exigíveis, quer se traduzam numa ação, quer numa abstenção, com intervenção posterior da instância judicial, considerando o disposto pelos artigos 150º, nº 1 e 156º, nºs 1 e 2, a), ambos do CP.

IV. DO CONTEÚDO E REGIME DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

O essencial do conteúdo das responsabilidades parentais consiste na prestação de cuidados quotidianos, em matéria de saúde, segurança, alimentos, educação e representação dos filhos ainda de menoridade, e na administração dos seus bens, com vista a promover o seu desenvolvimento físico, intelectual, emocional e moral, atento o preceituado pelos artigos 1878º, nº 1 e 1885º, nº 1, ambos do CC.

O cuidado está, “intimamente vinculado com proteção”³¹², “representa um modo de ser essencial, uma atitude de ocupação, preocupação, de responsabilização e de envolvimento afetivo com o outro”³¹³, podendo ser considerado um subprincípio ou, até mesmo, um princípio implícito do seu princípio originário, qual seja o princípio da dignidade da pessoa humana, que é reconhecido, expressamente, pelo artigo 1º, da CRP, e que “pressupõe um sujeito ético que está acima dos valores morais, muitas vezes estigmatizantes e excludentes do laço social e jurídico”³¹⁴.

O cuidado tem assumido um papel preponderante no contexto jurídico das relações interpessoais, não no sentido estrito de dever de cautela ou de atenção, associado ao dever objetivo de cuidado, mas na aceção de afeto, proteção e solidariedade.

O cuidado pode traduzir-se num valor jurídico determinante da titularidade de direitos e da imposição de deveres, ou, para além de outras valorações que recebe dos mais

³¹² Anselm Grün, *Despertar o cuidado*, Pétropolis, Vozes, s/data, 42.

³¹³ Leonardo Boff, *Saber Cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra*, Rio de Janeiro, Vozes, Pétropolis, 2004, 33 e 34.

³¹⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006, 89.

diferentes ramos do conhecimento, numa forte medida de valoração jurídica, afirmando-se como o «valor jurídico do cuidado».

E o espaço natural em que as relações de afeto se afiguram mais evidentes é, sem dúvida, o da família, como o lugar privilegiado do exercício do cuidado, razão pela qual este assume papel fundamental no delineamento dos direitos e das obrigações decorrentes das relações familiares, nas mais peculiares situações, objetivadas nos diversos modelos assumidos pela família contemporânea.

Ainda que as aceções do sintagma nominal cuidado não encerrem saberes ou possibilidades para o direito, importam, ao invés, reavaliações permanentes para os idosos, as crianças, os adolescentes e os nascituros, bem assim como para o conceito de família plural, à luz da sua prevalência como princípio inclusivo do ser compartilhado na comunidade³¹⁵.

O cuidado deve apontar deveres e delimitar direitos, emergindo de modo a sobrepor-se a todos os demais deveres jurídicos, pois que tem como destinatário o ser humano, à volta do qual tudo acontece e as relações se estabelecem.

O cuidado destaca-se pela sua potencialidade no sentido de representar o expoente máximo do atual sistema jurídico de proteção das relações familiares de filiação, em especial, quanto às crianças e jovens menores, desde logo, a nível constitucional, pois que “os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, atento o disposto no artigo 36º, nº 5, da CRP, obrigados pelo dever de assistência a prestar-lhes alimentos, promovendo o seu sustento, pelo dever de auxílio, a velar pela sua segurança e saúde, dirigindo a sua educação, organizando a sua instrução, promovendo o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, e assumindo a representação e administração dos seus bens, e pelo dever de respeito, a tomar em conta a sua opinião, de acordo com a sua maturidade, nos assuntos familiares importantes, reconhecendo-lhes autonomia na organização da sua própria vida, de acordo com o preceituado pelos artigos 1874º, nºs 1 e 2, 1878º, nº 1, 1881º, nº 1, 1885º, nºs 1 e 2 e 1886º, todos do CC.

³¹⁵ Adriana Apner, Ana Matos, Carlos Ruzik, Jussara Meirelles, Luís Fachin, Marcos Silva, Silvana Carbonera, O Princípio da prevalência da família: A permanência do cuidar, O Cuidado como Valor Jurídico, Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, coordenadores, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, 140.

Na medida de colocação em acolhimento familiar, impõe-se a “prestação de cuidados adequados às necessidades” da criança e do jovem menor, atento o estipulado pelos artigos 35º, nº 1, e) e 46º, nº 1, na medida de colocação em acolhimento institucional, aqueles são colocados “aos cuidados de uma entidade que disponha de instalações e equipamento de acolhimento permanente e de uma equipa técnica que lhes garantam os cuidados adequados às suas necessidades...”, face ao disposto pelos artigos 35º, nº 1, f) e 49º, sendo certo que, do acordo de promoção e proteção em que se estabeleçam medidas a executar, em meio natural de vida, devem constar cláusulas relativas aos “cuidados de alimentação, higiene, saúde e conforto a prestar à criança ou ao jovem pelos pais ou pelas pessoas a quem sejam confiados” e o “plano de cuidados de saúde”, por força do preceituado pelo artigo 56º, nº 1, a) e d), todos da LPCJP.

O conceito de cuidado está, assim, no centro da relação entre pais e filhos, e os verdadeiros pais são aqueles que cuidam dos filhos, no dia-a-dia³¹⁶, pelo que a guarda pressupõe e exige o cuidado, que o sintagma verbal latino “custodire” [guardar com cuidado], tão bem sintetiza.

O cuidado parental é, portanto, uma instituição altruística, dirigida a fazer prevalecer o interesse da criança sobre o interesse do adulto.

A Reforma de 1977 procedeu à distinção, antes desconhecida, porquanto a versão inicial do CC repelia, liminarmente, a intromissão do juiz na vida interna da família, entre o objeto e o exercício do poder paternal, passando a separar-se o enfoque estático [objeto] da sua visão dinâmica [exercício], tratando-se, agora, exclusivamente, na subsecção IV, do título III, do livro IV, do «exercício das responsabilidades parentais».

Portanto, as responsabilidades parentais, para além de meio de suprimento da incapacidade dos menores, através do poder de representação e do poder-dever de administração dos bens, englobam, também, o dever de guarda, de sustento e de direção da educação, nos termos do disposto pelos artigos 1878º, nº 1, 1877º, 1881º, 122º, 123º e 124º, todos do CC.

³¹⁶ Maria Clara Sottomayor, O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança, in “Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A Função dos Juizes Sociais, Actas do Encontro”, coordenação de Maria Clara Sottomayor, Fundação para o Desenvolvimento Social do Porto/Universidade Católica Portuguesa – Porto, Coimbra, 2003, 44 a 54.

O regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais que decorre do disposto pelo artigo 1906º, nº 1, do CC, oriundo da Reforma de 2008, está circunscrito a um núcleo restrito de aspetos da vida da criança, ou seja, às questões de particular importância, conceito indeterminado que “cabará à doutrina e à jurisprudência definir de entre as questões existenciais graves e raras que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”, por forma a que na sua resolução, “o regime seja praticável e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores”³¹⁷.

Quer isto dizer, que a regra passou a ser, agora, a da obrigatoriedade do exercício em conjunto, por ambos os progenitores, das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, independentemente, de prévia obtenção do acordo dos pais, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos cônjuges pode agir, sozinho, devendo prestar informações ao outro, logo que possível, em conformidade com o disposto pelo artigo 1906º, nº 1, do CC, como bem resulta do confronto com a homóloga redação anterior do mesmo número e artigo.

O objetivo da lei foi o de “promover um maior envolvimento dos pais na vida dos filhos”, por se entender que “a separação dos pais não pode nem deve traduzir-se numa separação dos filhos”³¹⁸, pretendendo-se com esta alteração dinamizar o relacionamento das crianças com o progenitor com quem não residem e compromete-lo com a vida dos filhos, tomando parte ativa da mesma, e ainda evitar “os efeitos perversos da guarda única, nomeadamente pela tendência de maior afastamento dos pais homens do exercício das suas responsabilidades parentais e da correlativa fragilização do relacionamento afetivo com os seus filhos”³¹⁹.

Refira-se que a atribuição conjunta das responsabilidades parentais, nas questões de particular importância para a vida dos filhos, é aplicável às situações de união de facto, quer quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os

³¹⁷ Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 509/X.

³¹⁸ Helena Gomes de Melo, e outros, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 135.

³¹⁹ Helena Bolieiro e Paulo Guerra, A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito de Família e das Crianças e Jovens, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 165.

progenitores e estes vivam em condições análogas às dos cônjuges, atento o preceituado pelo artigo 1911º, quer quando a filiação se encontre estabelecida relativamente a ambos os progenitores e estes não vivam em condições análogas às dos cônjuges, por força do disposto pelo artigo 1912º, ambos do CC.

E, só quando o exercício colegial das responsabilidades parentais for considerado contrário aos interesses dos filhos, deve o tribunal atribuir o respetivo desempenho a um dos progenitores, de acordo com o nº 2, do artigo 1906º, do CC, ou seja, determinar o regresso ao precedente regime-regra do exercício unilateral das responsabilidades parentais.

Efetivamente, importa estar vigilante, e este papel cabe, sobremaneira, aos juízes, que terão de homologar o regime acordado para o exercício das responsabilidades parentais³²⁰, só afastando a presunção natural ou «*tantum iuris*», consagrada pelo artigo 1906º, nº 1, do CC, de que é, no interesse do menor, a manutenção do «exercício em comum por ambos os progenitores das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta», quando esse exercício colegial for julgado contrário aos interesses do mesmo, determinando, então, que essas responsabilidades parentais sejam desempenhadas, apenas, por um deles, atento o constante do respetivo nº 2.

Por seu turno, o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente dos filhos cabe ao progenitor com quem eles residem, habitualmente, ou ao progenitor com quem eles se encontrem, temporariamente, sendo certo que este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside, habitualmente, face ao que se dispõe no nº 3, do artigo 1906º, do CC.

Deste modo, o legislador da Reforma de 2008, cindindo o âmbito das responsabilidades parentais, consagrou o exercício conjunto, no que concerne às questões de particular importância, conferindo, em princípio, o seu exercício a ambos os progenitores,

³²⁰ Ou, ao MP, nos processos de separação de pessoas e bens ou de divórcio por mútuo consentimento administrativo, a que alude o artigo 14º, nºs 3 a 6, do DL nº 272/01, de 13 de outubro.

e o exercício unilateral e exclusivo, relativamente às questões da vida corrente, atribuindo o seu exercício ao progenitor com quem o menor resida, habitualmente, ou ao progenitor com quem ele se encontre, temporariamente, que, porém, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside, habitualmente, explicitando o propósito de “que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho, por estar em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais”³²¹.

Assim sendo, a Reforma de 2008, pretendendo reduzir o âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais ao menor denominador comum dos assuntos de particular importância, abraçou, com alguma reserva, esse princípio-regra geral, enfatizando que “se espera que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a «questões existenciais graves e raras», que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”, a fim de “o regime ser praticável, e para que isso aconteça pode ser vantajoso não forçar contactos frequentes entre os progenitores, assim se podendo superar o argumento tradicional de que os pais divorciados não conseguem exercer em conjunto as responsabilidades parentais”³²².

Como assim, pretendendo consagrar-se o exercício conjunto, no que concerne às questões de particular importância, como o novo ideário das relações pessoais familiares posteriores às situações de dissociação, o legislador optou por uma formulação minimalista do conceito de questões de particular importância, indispensável à sobrevivência do novo paradigma normativo, ao carregar na tónica das “questões existenciais graves e raras”, que “não forcem contactos frequentes entre os progenitores”, com vista a evitar que o próprio modelo seja uma fonte acrescida de conflitos entre estes.

Isto é, redutoramente, instituiu-se o figurino do exercício conjunto, quanto a “questões existenciais graves e raras”, que dispensem contactos frequentes entre os progenitores, procedendo o próprio legislador a uma interpretação autêntica do conceito normativo de «questões de particular importância».

³²¹ Extrato da exposição de motivos do Projecto de Lei 509/X, que esteve na base da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro.

³²² Extrato da exposição de motivos do Projecto de Lei 509/X, que esteve na base da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro.

Esta propensão do legislador no sentido de reduzir o âmbito do conceito de «questões de particular importância» para, deste modo, obviar à presença mais constante de ambos os progenitores no teatro do exercício conjunto das responsabilidades parentais e, assim, impedir a instrumentalização dos filhos no conflito dos ex-cônjuges, muitas vezes, ainda latente, constitui um repto à maturidade da jurisprudência no sentido de que, ao arrepio do que tem vindo a acontecer, delimite o conceito aquelas questões que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças e aos jovens menores.

V. O PODER PATERNAL E A GUARDA

O paradigma tradicional da família, de natureza nuclear, monogâmica e patriarcal, dominado pela figura do pai, que personificava a sua honra e lhe conferia credibilidade, funcionando como seu chefe e gestor, garante do bom-nome e representante máximo do grupo familiar, cujos interesses se sobrepunham aos desejos dos seus membros³²³, veio a dar lugar a uma estrutura menos autoritária, mas, ainda assim, refletindo uma família hierarquizada, em que o marido era o chefe de família, o «pater famílias», detentor do poder marital, e a mulher a titular do poder doméstico, sujeitando-se os filhos menores, a quem era vedado um estatuto com vida jurídica própria, aos poderes de comando de ambos, embora orientados para a sua proteção.

Para além da família oriunda do casamento, começou a ser tutelado um outro modelo familiar, assente, essencialmente, na preocupação pelo desenvolvimento da personalidade dos filhos e na promoção da dignidade dos seus membros, construído com base na afetividade, solidariedade, respeito e auxílio mútuos, com igualdade de direitos e deveres dos progenitores na educação e manutenção dos filhos menores.

Entretanto, com a revolução feminista do século XX, os pais assumem uma participação mais efetiva, não se limitando a ser, apenas, a representação da lei, crescendo o número daqueles que educam, sozinhos, os filhos, na maioria das cidades do mundo ocidental³²⁴.

³²³ Michelle Perrot, O Nó e o Ninho, Reflexões para o futuro, Veja 25 anos, São Paulo, Abril, 1993, 76 e 77.

³²⁴ Tânia da Silva Pereira, O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, 577.

A modificação do quadro jurídico da família, fruto da evolução legislativa verificada, conduziu a significativas alterações na conceção sobre o poder paternal e a guarda, porquanto o novo contexto social determinou o declínio e o fim do “pátrio poder”, alcançando o sentido de proteção que, atualmente, conhece, conseqüente ao caráter de mudança, de crise e de variabilidade do tempo e do direito que acompanham o pós-modernismo³²⁵.

Não obstante a variedade das posições que procuram determinar o conteúdo do poder paternal, existe um denominador comum que o reconhece como uma instituição protetora dos interesses das crianças e jovens menores, que pressupõe o cumprimento de deveres e o exercício de direitos que têm como suporte a família.

O conteúdo da relação paterno-filial, exercido, igualmente, por ambos os progenitores, por força do preceituado pelo artigo 36º, nº 3, da CRP, indicia uma alteração dos papéis familiares que justifica que aqueles assumam o estatuto de participantes ativos dessa relação.

Por isso, uma das conseqüências da valorização dos sujeitos foi a proteção dos filhos, que deixaram de assumir o papel silencioso de quem suporta, passivamente, os efeitos das decisões dos pais, para se transformarem em destinatários do exercício das responsabilidades parentais.

Os filhos já não são objeto do poder paternal, porque se constituíram sujeitos da relação jurídico-paterno-filial, mas não sujeitos passivos da mesma, porque destinatários do exercício do correspondente direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização dos interesses dos filhos e dos pais.

Ao lado da equidade, que deve mover a atuação dos progenitores e a participação dos filhos, destaca-se, ainda, no âmbito do exercício do poder paternal, o favorecimento de uma postura educativa, mais do que, propriamente, um ónus de administração patrimonial, como bem decorre do elenco dos atos que compõem o seu conteúdo, constante do artigo 1878º, nº 1, do CC, post-constitucional³²⁶, segundo o qual

³²⁵ Erik Jayme, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 88, v. 759, jan. de 1999, ..., citado, 24 a 40.

³²⁶ Na redacção da Reforma de 1977.

“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”, compreendendo este «poder de representação» “o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho...”, com exceção “(d)os atos puramente pessoais, (d)aqueles que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente e (d)os atos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos pais”, nos termos do estipulado pelo artigo 1881º, nº 1, do CC.

Mas, isto, sem abdicar do «poder de comando» dos progenitores, adequado às circunstâncias de cada criança, fruto de uma menoridade em contagem decrescente, porquanto, segundo o nº 2, do aludido artigo 1878º, “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”.

Quer isto dizer que o poder paternal se desenvolvia numa continuada tensão dialética entre o poder de representação e o poder de comando, ambos, simultaneamente, exercidos pelos pais, a quem competiam.

O poder paternal consubstancia-se numa relação paterno-filial, que deve ser exercida com o objetivo precípua do provimento dos interesses dos filhos, orientando os pais os seus esforços e proteção, de acordo com os comandos legais e os sentimentos de afeto que se estabelecem entre os membros da família, com o fim de lhes oferecerem as condições necessárias para potenciar as suas capacidades³²⁷.

Numa interpretação pós-constitucional do instituto do poder paternal, além das atribuições elencadas, os pais têm ainda direito a manter uma relação de grande proximidade com os filhos, de acordo com o disposto pelo artigo 1906º, nº 7, do CC, como forma de realização e crescimento pessoal destes, o que se traduz numa formulação normativa aberta, em comparação com a convencional designação anterior do «direito de visita».

³²⁷ Silvana Maria Carbonera, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, Curitiba, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, 71. “O poder paternal não visa unicamente tutelar o interesse do menor, mas também o interesse de auto-realização dos pais enquanto pais, interesse este que está particularmente em perigo, após o divórcio, em relação ao progenitor sem a guarda do filho”, Acórdão do TRC, de 11-9-2012, CJ, Ano XXXVII (2012), T4, 265.

A relação jurídica paterno-filial é o facto gerador do poder paternal, bem como de todos os direitos e deveres que lhe estão, intimamente, associados, não constituindo, assim, a união ou a desagregação do casal dos progenitores da criança o elemento decisivo que está subjacente ao instituto das responsabilidades parentais, não sendo, portanto, legítimo aqueles abster-se de desempenhar a sua função, a menos que ocorra uma causa excetiva prevista por lei, mas sempre na decorrência de uma prévia decisão judicial.

Os titulares passivos do instituto das responsabilidades parentais são ambos os progenitores, quer naturais ou adotivos, que as exercerão, em condições de igualdade, conforme preceitua o artigo 36º, nº 3, sendo excecional a sua atribuição exclusiva a um deles ou a terceiro, atento o preceituado pelos artigos 36º, nº 6, ambos da CRP, e 1918º, do CC.

Deste modo, a relação paterno-filial, elemento condutor que imprime uma identidade única ao vínculo, independentemente, das vicissitudes que decorrem do tipo concreto de ligação entre os pais ou da origem da filiação e, por maioria de razão, das crises porque aquela passa, ao nível do divórcio, separação ou dissolução da união de facto, que não contêm a virtualidade de romper os laços afetivos e jurídicos da filiação, que persistem imutáveis, embora impliquem uma reorganização das atribuições de cada um dos progenitores, sobretudo, no que contende com o exercício de alguns direitos, determina a fixação integral da titularidade das responsabilidades parentais.

Assim sendo, pode acontecer uma dissociação entre o exercício e a titularidade das responsabilidades parentais, sem que a atribuição exclusiva daquele implique a perda ou suspensão desta, porquanto a determinação do exercício com um só dos progenitores não afeta a titularidade das responsabilidades parentais, que o outro progenitor mantém, em princípio, na sua integralidade.

Por outro lado, convergentemente, no exercício conjunto, inexistente divisão de atribuições, uma vez que o exercício e a titularidade se não cindem, mas antes, tendencialmente, deverão confluir e confundir-se.

Na hipótese do exercício das responsabilidades parentais ser atribuído, exclusivamente, a um dos progenitores, a ele pertence, tão-só, a definição e execução da estratégia pessoal da vida dos filhos, no âmbito dos poderes-deveres que lhe competem, sendo certo que o não guardião assiste, então, a uma significativa compressão dos poderes-deveres que lhe pertenciam, inicialmente, aquando do originário exercício em comum das responsabilidades parentais.

Está-se, nesta hipótese, perante uma divisão desigual dos poderes-deveres entre os progenitores, pois que, enquanto o progenitor que detém a guarda mantém o filho, junto de si, que educa, protege e acompanha, o progenitor não guardião goza dos direitos de visita, de fiscalização e de vigilância, mas, quase sempre, na descontinuidade da distância da separação física.

O direito de visita assegurado ao não guardião processa-se, através de contatos esporádicos, que não propiciam uma experiência pedagógica, quer aos pais, quer aos filhos, não passando de um “expediente jurídico de caráter compensatório”³²⁸, não sendo, portanto, um meio hábil de cumprir o objetivo legal do acompanhamento do desenvolvimento dos filhos e da garantia da continuidade dos laços afetivos, sendo antes decisiva a presença de ambos os progenitores, pois que é muito difícil que uma só pessoa possa desempenhar, plenamente, a totalidade das funções maternal e paternal.

Efetivamente, os dados da sociologia empírica apontam para um afastamento irremediável do pai, quando não guardião, o denominado progenitor descontínuo, do convívio com os filhos, uma vez que, oito em cada dez crianças que permanecem com a mãe perdem o contacto daquele.

O progenitor contínuo representa a figura parental que assegura a permanência quotidiana do exercício das responsabilidades parentais, em oposição ao progenitor descontínuo, que aparece, em datas fixas, e logo desaparece³²⁹, expressando a sua natureza substitutiva e descartável no processo de educação e desenvolvimento das crianças, normalmente, associada à pessoa do pai.

³²⁸ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias Monoparentais – a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, 221.

³²⁹ Françoise Dolto, Quando os pais se separam,..., citado, 42; Elizabeth Badinter, XY: Sobre a identidade masculina,..., citado, 174.

O registo da continuidade ou descontinuidade da atuação dos progenitores, nos casos de separação dos membros do casal, demonstra uma série de desigualdades e dificuldades, no plano das exigências quotidianas, sendo necessário que ocorra uma verdadeira triangulação, cujos vértices são a paternidade e a maternidade, que devem estar sempre presentes na formação da criança, mesmo em caso de separação dos pais, e a filiação³³⁰.

Tradicionalmente, o exercício do poder paternal dos filhos era atribuído, unilateralmente, à mãe, desfeito que foi, com o divórcio ou a separação, judicial ou de facto, o exercício em comum da autoridade parental, sendo, nessa qualidade de progenitor contínuo, quem, por via de regra, tomava as decisões importantes acerca da escolaridade, orientação pessoal e saúde da criança, e vivia a maior parte do tempo com a mesma, a qual, em consequência, tinha um contacto muito menor com o progenitor descontínuo, que, apenas, conservava o poder-dever de visita, fiscalização e vigilância.

Esta situação foi capaz de, na perspetiva dos filhos, fazer reverter os pratos da balança, trazendo à colação o entendimento de que o progenitor detentor do exercício não fora, afinal, privilegiado pelo critério da decisão judicial, por ser o progenitor razoável, ao passo que o progenitor descontínuo sofreu uma consequência adversa, em razão da culpa que lhe foi imputada³³¹.

É difícil negar que a desunião do casal não provoca um sentimento incapacitante para cuidar dos filhos, uma vez que, enquanto o titular do exercício viu ser-lhe conferida a guarda do filho, e o residente estabelece uma relação de convívio diário com o mesmo, o mero titular do poder paternal ou o não residente são relegados para um estatuto periférico e secundário.

Neste enquadramento, fez todo o sentido começar a idealizar, desenhar e definir um novo modelo de redistribuição, tanto quanto possível, igualitário, dos papéis parentais, após a dissolução do casamento ou da situação de convivência entre os pais, sob pena de a rutura continuada ter o condão de, irreversivelmente, conduzir a uma assimetria

³³⁰ Fernanda Otoni de Barros, Do direito ao pai: [a paternidade no tribunal e na vida], Belo Horizonte, Del Rey, 2005, 806.

³³¹ Françoise Dolto, Quando os pais se separam,..., citado, 42.

insustentável para a defesa dos superiores interesses dos filhos e das legítimas expectativas de ambos os progenitores.

A não ser assim, o princípio da igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos não passaria de mais uma virtuosa proclamação constitucional, completamente, ao sabor do sortilégio da relação entre os pais, que, apenas, se afirmaria, tendencialmente, com a perpetuidade do casamento ou da união de facto, mas não, em princípio, se estes estados viessem a ser dissolvidos ou extintos.

Por outro lado, para além da atribuição do exercício das responsabilidades parentais, em função dos superiores interesses das crianças, tem-se assistido a uma alteração do paradigma que informa as relações entre estas e os adultos, ganhando corpo, outrossim, a doutrina da proteção integral das crianças e jovens menores e dos seus direitos fundamentais, conjugada com uma interpretação fundada na valorização destes sujeitos de direito em formação, que não podem ser meros espetadores das opções dos pais, por constituírem os principais destinatários dos efeitos das mesmas³³².

Após a Reforma Constitucional do Direito de Família de 1977, tendente ao melhor cumprimento do poder-dever de educação e manutenção dos filhos, o princípio da igualdade dos cônjuges, insito no artigo 36º, nº 3, da CRP, de acordo com o respetivo nº 5, entrelaçou-se, inextrincavelmente, com o princípio da inseparabilidade dos filhos em relação aos pais, consagrado no seu nº 6, pelo que o binómio filhos/progenitores, ou melhor, o trinómio da relação familiar triangular - filhos/mães/pais - conferiu ao princípio da igualdade dos cônjuges, não, apenas, a veste formal da nomenclatura, mas, verdadeiramente, e, desde que levado até às últimas consequências do possível, a sua autêntica essência de princípio constitucional de igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos, desde o nascimento até atingirem a maioridade ou um estatuto jurídico de efeitos equivalentes.

Claro está, como já se disse, que se trata de uma igualdade dos cônjuges, em nome dos superiores interesses dos filhos, e só, reflexamente, também, em benefício próprio dos progenitores, mas que deixa de ser verdadeira igualdade se e quando, por força da dissolução do casamento ou da extinção da união de facto, os filhos se separarem dos pais e estes dos filhos.

³³² Silvana Maria Carbonera, Guarda de filhos na família constitucionalizada, ..., citado, 196 e 195.

Qualquer construção jurídica que, em nome do legítimo direito dos cônjuges à dissolução do contrato de casamento celebrado, conduza à possibilidade de ser quebrado o vínculo afetivo que estabeleceram com os filhos menores, que é o pressuposto fundamental da relação paterno-filial, não respeita o princípio da igualdade, por implicar a separação entre filhos e progenitores, fonte potencial da rutura daquele princípio constitucional, arquitetado com vista à defesa de um estatuto de paridade de ambos os pais na manutenção e educação dos filhos.

Assim sendo, os dois progenitores permanecem titulares das responsabilidades parentais e do seu exercício, com vista à educação e manutenção dos filhos, em pleno estatuto de igualdade, inexistindo, “nas hipóteses de divórcio ou separação judicial, alterações no que diz respeito à autoridade parental, nem em relação a direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”³³³.

V.1. Natureza jurídica da guarda

A redação do nº 2, do artigo 1906º, do CC, anterior à Reforma de 2008, estabelecia que “na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado”.

Constituía, então, a atribuição da guarda dos filhos a verdadeira questão prévia [Vorfrage] do exercício do poder paternal.

Não destaca, agora, porém, o CC, especificamente, a guarda como um dos deveres ou atributos dos pais para com os filhos, sendo certo que o termo desapareceu da atual redação do artigo 1905º, onde, no seu nº 2, se falava que “podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais,...a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência”, apenas, continuando previsto, no artigo 1907º, nº 1, que “o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa” e, no artigo 1908º, todos do mesmo diploma legal, que “...se falecer o progenitor a quem o menor for entregue, a guarda [possa] não pass[ar] para o sobrevivente”.

³³³ Tânia da Silva Pereira, Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental: uma proposta interdisciplinar,..., citado, 665.

E o artigo 180º, nº 1, da OTM³³⁴, cuja redação foi sendo deixada intacta, desde a sua criação até à entrada em vigor do RGPTC³³⁵, ao preceituar que “na sentença, o exercício do poder paternal será regulado de harmonia com os interesses do menor, podendo este, no que respeita ao seu destino, ser confiado à guarda de qualquer dos pais, de terceira pessoa ou de estabelecimento de educação ou assistência”, consagrava a guarda como o instituto em que qualquer um dos pais, por via de regra, ou terceiro ou instituição, excecionalmente, fica depositário da confiança de um filho menor.

Entretanto, o artigo 40º, nº 1, do RGPTC, preceito homólogo ao do artigo 180º, nº 1, da OTM, acabado de transcrever, eliminou a referência a “...no que respeita ao seu destino, ser confiado à guarda...”, pela de “...seja confiada..., aí se fixando a residência daquela [criança]”³³⁶.

Com a Reforma de 1977 e até à Reforma de 2008, a regulação do exercício do poder paternal contemplava, como vertente essencial, o destino ou confiança do filho – guarda e exercício do poder paternal – com um dos progenitores ou, excecionalmente, com terceira pessoa ou estabelecimento de educação ou assistência.

Isto significa que o «destino» do menor, a primeira das questões que constituía o «thema decidendum» da sentença que regulava o exercício do poder paternal, objetivava-se na sua «confiança à guarda» de qualquer dos pais, de terceira pessoa ou entidade.

E, assim, a confiança consiste na colocação do menor, criança ou jovem, sob a guarda de outrem, com vista a com ele assumir, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais.

Considerando que a atribuição da guarda implicava, por um lado, determinar o destino do filho e, por outro, regular o respetivo exercício do poder paternal, não tendo a mesma um sentido, meramente, físico ou material, importa analisar o conceito de guarda, para definir o seu conteúdo, com vista a perceber a posição jurídica de cada um dos progenitores no contexto do instituto em apreço.

³³⁴ Revogada pela Lei nº 141/2015, de 8 de setembro, que instituiu o novo RGPTC.

³³⁵ Em virtude do disposto pelo artigo 7º, da Lei nº 141/2015, de 8 de setembro, que instituiu o RGPTC, que entrou em vigor, em 7 de outubro de 2015.

³³⁶ Dispondo que “na sentença, o exercício das responsabilidades parentais é regulado de harmonia com os interesses da criança, devendo determinar-se que seja confiada a ambos ou a um dos progenitores, a outro familiar, a terceira pessoa ou a instituição de acolhimento, aí se fixando a residência daquela”.

Tendo como pano de fundo o quadro jurídico-constitucional considerado, a guarda dos filhos menores consubstancia uma “figura de conceituação não muito simples”³³⁷, cujas linhas gerais contêm o aspeto tutelar do instituto³³⁸, consubstanciando um conjunto de direitos e deveres associados a uma pessoa, que tem outra sob os seus cuidados³³⁹, implicando o cuidado existencial do menor, bem assim como a sua educação³⁴⁰.

Não obstante a complexidade da construção do conceito de guarda, o mesmo pode definir-se como “o instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, destinados a serem exercidos com o objetivo de proteger as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial”³⁴¹.

Efetivamente, nos termos do disposto pelo artigo 5º, da CDC, a noção de guarda não consiste, apenas, num dos atributos das responsabilidades parentais, ou seja, o poder-dever de fixar o lugar da residência da criança [guarda «stricto sensu»], mas, também, na prestação de cuidados pessoais à mesma, assegurando-lhe, de forma compatível com o desenvolvimento das suas capacidades, a orientação e os conselhos adequados ao exercício dos direitos que lhe são reconhecidos, nomeadamente, no que contende com o seu relacionamento com o progenitor privado da sua companhia e educação quotidianas, isto é, na totalidade dos poderes-deveres componentes das responsabilidades parentais [guarda «lato sensu»].

O âmbito do poder-dever da guarda abrange, designadamente, na sua conceção «lato sensu», o direito de manter os filhos, junto dos pais ou no local que estes lhes indicarem, o direito de regular as relações dos filhos com outrem que não os pais, o direito de vigilância sobre a pessoa da criança e a sua correspondência, dentro dos limites do

³³⁷ Edgard de Moura Bittencourt, *Guarda de filhos*, São Paulo, Universitária de Direito, 1981, 01.

³³⁸ “[...] tal como modelada no âmbito do Código Civil brasileiro, a guarda caminha em direção à proteção, sob a égide da prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, na esteira do Estatuto da Criança e do Adolescente.”, Luiz Edson Fachin, *Em nome do pai: Estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela*, In: Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.), *Direito de família contemporâneo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1997, 590. O Estatuto da Criança e do Adolescente, marco legal e regulatório dos direitos das crianças e adolescentes, é o conjunto de normas do ordenamento jurídico brasileiro que tem como objeto a proteção integral da criança e do adolescente.

³³⁹ Silvana Maria Carbonera, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, ..., citado, 45.

³⁴⁰ Guilherme Gonçalves Strenger, *Guarda de Filhos*, São Paulo, LTr, 1998, 44.

³⁴¹ Silvana Maria Carbonera, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*, ..., citado, 47 e 48.

respeito devido aos filhos e da consideração do seu grau de maturidade³⁴², e os poderes-deveres de direção e educação.

Em sentido amplo ou genérico, a guarda compreende todos os poderes-deveres que compõem, na sua integralidade, o poder paternal, englobando os poderes-deveres de direção, educação e vigilância dos filhos.

Em sentido estrito ou específico, a guarda, dentro do conceito amplo de poder paternal, consiste, apenas, naquele concreto poder-dever, inserido no âmbito pessoal do conteúdo do poder paternal, que se traduz em “ter o filho em sua companhia”, de acordo com o disposto pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, isto é, no direito de fixar a residência da criança e de exigir que ela aí permaneça, atento o preceituado pelos artigos 1887º, nºs 1 e 2, 1673º, nº 1 e 85º, do CC, ou seja, no direito e dever do pai e da mãe reterem a criança, no domicílio familiar, ou de determinarem o lugar da sua residência³⁴³.

A guarda, no exercício do respetivo poder funcional, confere ao seu detentor o poder-dever de assistência moral, material e educacional, e de oposição a outrem que a perturbe ou afete, incluindo os pais, na hipótese de ser desempenhada por terceiro, estranho ou não à família, ou por uma entidade institucional.

A situação da guarda pode configurar uma verdadeira coisificação da criança, quando esta é colocada muito mais na condição de objeto do que de sujeito de direitos, e, da mesma maneira que o conceito de propriedade pode ser desdobrado na sua propriedade e no usufruto, e o proprietário pode ser um possuidor, em nome próprio, ou um possuidor, por intermediário, assim, as responsabilidades parentais e a guarda admitem igual fracionamento, revestindo, então, caráter precário e provisório.

Na família matrimonial ou, em união de facto, a definição do conceito de guarda não assume qualquer relevância, pois que se trata de uma faceta não autonomizada do poder paternal³⁴⁴, uma vez que, então, a mesma é exercida em comum, não se dissociando do poder paternal, porquanto, tal como acontece na situação paralela dos

³⁴² Armando Leandro, Poder Paternal. Natureza. Conteúdo. Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária, ..., citado, 124 a 126.

³⁴³ Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal Relativamente À Pessoa do Filho Após o Divórcio ou Separação Judicial de Pessoas e Bens, ..., citado, 15 e 16; Rosa Martins, Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental, Centro de Direito da família, nº 13, FDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 198 e 199.

³⁴⁴ O artigo 180º, nº 1, da OTM, já referido, especificava que o menor podia “ser confiado à guarda de qualquer dos pais, ...”, enquanto que o atual artigo 40º, nº 1, do RGPTC, consagra que “na sentença, o exercício das responsabilidades parentais é regulado de harmonia com os interesses da criança, devendo determinar-se que seja confiada a ambos ou a um dos progenitores, ...”.

direitos reais, a posse, numa grande maioria de casos, coincide com a titularidade do direito de propriedade correspondente, contrariamente, ao que se verifica, na hipótese de rutura familiar, conseqüente ao divórcio ou situações assimiladas.

Então, no sentido de ultrapassar as insuficiências dos conceitos estrito e amplo de guarda, defendeu-se, doutrinariamente, uma noção limitada de guarda, que, apenas, abrangesse, para além do direito de fixar a residência do menor, o direito de praticar todos os atos usuais relativos à sua pessoa, que eram aqueles que qualquer dos cônjuges, durante a constância do matrimónio, podia executar, sem o consentimento do outro, nos termos do preceituado pelo artigo 1902º, nº 1, do CC, ao passo que as questões de particular importância, que nunca poderiam ser exercidas, exclusivamente, pelo progenitor não convivente, eram susceptíveis de ser repartidas por ambos ou, conjuntamente, exercidas por estes, desde que obtido o seu acordo e os dois fossem dotados de capacidade de cooperação³⁴⁵.

O legislador da Reforma de 1977 não utilizou, a propósito do conceito «guarda», uma linguagem jurídica unívoca, alternando as expressões “destino” [nº 1, do artigo 1887º e nº 1, do artigo 1905º], “confia[do]nça” e “guarda” [nºs 2 e 3, do artigo 1905º], “confia[do]nça” [artigos 1906º, nº 1, 1907º, nº 1 e 1887º, nº 2], “entrega” e “guarda” [artigo 1908º], “guarda” [artigo 1911º, nºs 1 e 2], “guarda” e “confia[do]ança” [artigo 1915º, nº 1], “confia[do]ança” [artigos 1918º e 1919º, nº 2], todos do CC³⁴⁶, e ainda, no nº 4, do artigo 180º, da OTM, enquanto que, no respetivo nº 1, se usam os três termos “destino”, “confia[do]nça” e “guarda”, indistintamente.

Por seu turno, após a Reforma de 2008, mantiveram-se as expressões “destino” [nº 1, do artigo 1887º], “confia[do]nça” [artigos 1907º, nº 1 e 1887º, nº 2], “entrega” e “guarda” [artigo 1908º], a que, agora, acresceu “confia[do]nça” [artigos 1915º, nº 1, 1918º e 1919º, nº 2], todos do CC³⁴⁷, e ainda, no nº 5, do artigo 40º, do RGPTC³⁴⁸, enquanto que, no respetivo nº 1, se utilizam, presentemente, os termos “confia[da]nça” e “residência”³⁴⁹,

³⁴⁵ Maria Clara Sottomayor, *Exercício do Poder Paternal Relativamente À Pessoa do Filho Após o Divórcio ou Separação Judicial de Pessoas e Bens...*, citado, 20 e 21.

³⁴⁶ Na redacção introduzida pelo DL nº 496/77, de 25 de novembro.

³⁴⁷ Na redacção introduzida pelo DL nº 496/77, de 25 de novembro.

³⁴⁸ Tal como no anterior nº 4, do artigo 180º, da OTM.

³⁴⁹ No homólogo nº 1, do artigo 180º, da OTM, continuavam ainda a utilizar-se os três termos “destino”, “confia[do]nça” e “guarda”, indiferenciadamente.

sendo que este último é adotado, pela primeira vez, no contexto em análise, pelo artigo 1906º, nº 5, citado, na redação da Reforma de 2008.

Deste modo, a utilização indiscriminada, e, por vezes, imprecisa, dos termos “entrega”, “guarda”, “confiança”, “destino” e “residência” permite concluir que “sempre que uma criança é confiada ou entregue a uma pessoa, seja a um dos pais ou a terceiro, é a guarda que é atribuída”³⁵⁰, ou melhor, numa interpretação autêntica do sentido ínsito no instituto, como resulta do preceituado pelos artigos 1906º, nº 5, do CC, e 40º, nº 1, do RGPTC, com a confiança ou entrega de uma criança a uma pessoa ou entidade é a sua residência que se determina, razão pela qual o conceito legal de guarda que vigorou, no ordenamento jurídico nacional, não apresentava uma total correspondência com o respetivo conceito doutrinal.

E isto, por um lado, porque o conceito implícito de guarda não englobava todas as facetas do poder paternal, uma vez que o progenitor não guardião gozava sempre do direito de vigilância sobre o modo como o guardião exercia os seus poderes, atento o disposto pelo artigo 1906º, nº 3 do CC, desde a versão da Reforma de 1977, e, por outro, porque o conceito de guarda não se restringia ao sentido material da proximidade física entre o guardião e a criança, ou seja, ao direito de fixar a residência ou domicílio desta e, juntamente, com a mesma viver.

Com efeito, a Reforma de 1977 não autonomizou a guarda do exercício do poder paternal, estabelecendo antes um princípio de vinculação automática entre as duas realidades, sem prejuízo de a Reforma de 1995 ter permitido que, em caso de acordo, o exercício do poder patenal pudesse ser desempenhado em comum, por ambos os progenitores, pelo que o exercício do poder paternal que cabia, então, ao guardião, sujeito ao direito de vigilância do outro, se referia a todos os poderes-deveres incluídos no «conteúdo do poder paternal», tal como já se encontrava definido pelo artigo 1878º, nº 1, do CC³⁵¹.

Ora, a Reforma de 2008, através da redação introduzida aos artigos 1905º e 1906º, do CC, parece ter querido retirar o conceito de «guarda» do instituto do poder

³⁵⁰ Maria Clara Sottomayor, Exercício do poder paternal: estudos e monografias, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica, 2003, 35.

³⁵¹ Maria Clara Sottomayor, Exercício do poder paternal: estudos e monografias, ..., citado, 40. Na verdade, até à Lei nº 84/95, de 31 de agosto, o poder paternal era, invariavelmente, atribuído ao progenitor a quem o filho fosse confiado.

paternal, autonomizando, definitivamente, a determinação da residência do filho do exercício das responsabilidades parentais, porquanto, não obstante este residir com um dos progenitores, ambos são responsáveis pelo seu desenvolvimento físico, intelectual e moral³⁵².

Não obstante, mantêm-se, no ordenamento jurídico nacional, elementos residuais da anterior designação atinente à presença do conceito de «guarda», já apontados, cuja adaptação o legislador não terá entendido como relevante.

Deste modo, a Reforma de 2008 assumiu o conceito de guarda, «stricto sensu», atribuindo-lhe a denominação de fixação ou determinação de residência, ao estatuir, no nº 5, do artigo 1906º, do CC, que “o tribunal determinará a residência do filho...”, enquanto que, no passado próximo, se dizia, no artigo 1905º, nº 2, que “na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor,...podendo a sua guarda caber...”.

Assim sendo, ao suprimir o conceito «guarda», o legislador da Reforma de 2008 autonomizou, definitivamente, a fixação da residência da criança com um dos progenitores, ou, alternadamente, com ambos, da determinação a quem, a um ou aos dois, cabe o exercício das responsabilidades parentais, sendo certo que optou pelo regime-regra do seu exercício conjunto.

Por isso, não obstante a autonomização da fixação da residência da criança, relativamente à determinação do titular do exercício das responsabilidades parentais, consagrada pelo artigo 1906º, nº 5, do CC, ao dispor que “o tribunal determinará a residência do filho...”, não resulta deste normativo legal o estabelecimento de um regime-regra de residência habitual ou principal da criança ou jovem menor com um dos progenitores, mas antes, em articulação com o regime global do instituto, tão-sómente, o exercício colegial das responsabilidades parentais.

Nesta linha orientadora, fixou-se, como já se viu, inequivocamente, o recente RGPTC, em cujo artigo 40º, nº 1, se estatui que “...devendo determinar-se que [a criança] seja confiada a ambos ou a um dos progenitores, a outro familiar, a terceira pessoa ou a instituição de acolhimento, aí se fixando a residência daquela”.

V.2. Sentidos, formas ou modos de atribuição da guarda

³⁵² Helena Melo, e outros, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 43.

A análise das várias aceções do instituto da guarda pressupõe a contextualização da família na qual aquele instituto se insere.

O termo «guarda» deriva do antigo alemão «warten» (guarda, espera), donde proveio, também, o inglês «warden» (guarda), de que se formou o francês «garde», pela substituição do «w» em «g», sendo utilizado, em sentido genérico, para exprimir proteção, observação, vigilância ou administração.

Tomando-se como elemento informador a causa de onde deriva a confiança de uma criança a outrem, a guarda pode ser qualificada, quanto ao sentido, forma ou modo de atribuição, como legal, quando nasce, por força da lei, judicial, quando decorre, imediatamente, de uma decisão jurisdicional, da qual não prescinde, designadamente, na hipótese de acordo preliminar dos progenitores ou, na falta deste ou da sua não homologação judicial, administrativa, quando resulta de uma decisão homologatória da CRC, e «de facto», quando não dimana, diretamente, nem da lei, nem de decisão judicial ou administrativa.

Quando a guarda resulta, diretamente, da lei, pressupondo uma relação paterno-filial, sendo exercida como um atributo da autoridade parental, prescinde de qualquer tipo de intervenção judicial ou administrativa para a sua consolidação.

Porém, nas situações de rutura da comunhão dos progenitores ou da sua ausência, exige-se uma decisão judicial com vista à determinação da guarda dos filhos, surgindo, então, a intervenção judicial a estabelecer o exercício conjunto das responsabilidades parentais ou, na impossibilidade de tal acontecer, o respetivo exercício unilateral.

A guarda pode ainda ser determinada, através de sentença judicial homologatória ou de decisão administrativa da CRC, também, homologatória, incidentes sobre o acordo que os progenitores alcançaram, subsequente ao divórcio, separação e situações assimiladas ou à extinção da união de facto.

Finalmente, uma quarta possibilidade de determinação da guarda decorre de uma situação, faticamente, constituída, na qual alguém, sem intervenção do tribunal ou da CRC, toma a seu cargo a criação e educação de um menor.

VI. A GUARDA CONJUNTA

VI.1. Os fundamentos e pressupostos da guarda conjunta

Até à primeira metade do século passado, era atribuída à mãe a responsabilidade exclusiva pela educação, desenvolvimento, condução e orientação dos filhos, restando ao pai a função de provisão económica do agregado familiar.

Porém, este modelo já não satisfazia as exigências de uma grande parcela dos casais contemporâneos, uma vez que se vem assistindo a uma distribuição mais equilibrada das tarefas diárias, observando-se uma tentativa de divisão mais equitativa das tradicionais funções “domésticas”, e um desejo de repartição das responsabilidades, incluindo as que respeitam à manutenção da subsistência³⁵³.

Ora, sendo diferente o relacionamento atual entre os progenitores e destes com os filhos, em relação a épocas passadas, suscitou-se a necessidade de ser considerada uma distinta modalidade de guarda³⁵⁴, na fase subsequente à da dissolução matrimonial pelo divórcio ou do fim da relação sucedânea.

Quando ocorre a rutura do relacionamento e se verifica a dissolução concreta da conjugalidade ou o termo da vida afetiva em comum, ao lado do sentimento de libertação pelo fim da relação geradora de insatisfação e desagrado, está latente a frustração pela não continuação de uma ligação que se antevira como construtiva e pela não conclusão do projeto de vida idealizado, razão pela qual os conflitos gerados, no seio da comunhão conjugal ou afim, podem conduzir a uma prática deficiente da parentalidade.

Por isso, compartilhar a guarda pode contribuir para a restauração e reparação de aspetos conscientes e inconscientes do relacionamento tripartido entre pais, mães e filhos, o que vale por dizer que, mesmo que a família já não exista, nos moldes anteriores como foi concebida, quer a mãe, quer o pai, revendo os seus papéis, podem promover, ainda que separados, o desenvolvimento da família, enquanto entidade responsável pela

³⁵³ Embora muitas das questões sobre a reorganização do contrato conjugal tenham encontrado desdobramentos significativos, sobretudo, entre casais de classe média intelectualizada, outras tantas encontram-se, em estado de latência, não raro sufocadas por modelos estereotipados, “naturalmente”, aceites por homens e mulheres. O exemplo clássico da admissão das mulheres no mercado de trabalho reconduz à discussão sobre qual o seu significado para as próprias mulheres e para a sociedade em geral. Dessa forma, é razoável questionar se a participação da mulher em atividades remuneradas se deve a uma mudança de paradigma que atesta a sua competência e plena capacidade, ou antes à necessidade de complemento e incremento na composição dos rendimentos para a manutenção da sobrevivência dos sujeitos, revelada por uma circunstância económica que impôs a sua “aceitação”, por parte de uma fatia expressiva dos homens que compunham quase, exclusivamente, este mercado, impondo-se destacar que a discussão sobre uma possibilidade diferenciada de guarda que propugna pela repartição das responsabilidades parentais revela um passo importante no enfrentamento de pontos significativos referentes às desigualdades nas relações de género.

³⁵⁴ Eliana Ridenti Nazareth, Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: (Coord.). “Direito de família e ciências humanas”, Cadernos de Estudos nº 1, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1997, 78.

fundação, estruturação e progresso psíquico dos seus membros, participantes de uma realidade, após a rutura da comunhão conjugal ou congénere, que a psicanálise denomina de «experiência emocional corretiva»³⁵⁵.

As mudanças estruturais ocorridas na família contemporânea possibilitam uma reafirmação dos papéis sociais e o questionamento das concepções dominantes sobre a masculinidade e a paternidade, muito embora o sistema jurídico ainda esteja longe dessa realidade em reestruturação, prisioneiro de conceitos enraizados e de formulações prontas para a solução de litígios, mas que já não são compatíveis com um modelo que não pensa a pessoa de uma forma integral.

A ideia do sujeito integral, que agrega outros elementos aqueles que já se encontram relacionados com a clássica noção jurídica de família, defendendo que, somente, a formalidade do vínculo jurídico não é capaz de prestar contas de aspetos e motivações subjetivas, que exigem a presença do afeto, pressupõe um indivíduo dotado de racionalidade e subjetividade³⁵⁶.

Assim sendo, esta mudança de comportamentos conduziu à procura de novos modos de racionalização da atribuição da guarda, de maneira a que esta permitisse assegurar aos pais um tratamento mais equânime das responsabilidades parentais.

À guarda exclusiva foram-se, assim, sucedendo as novas modalidades de guarda, designadamente, a guarda alternada ou repartida e, por fim, a guarda conjunta, compartilhada ou colegial³⁵⁷.

O artigo 9º, da CDC, passou a enfatizar a importância do interesse da criança na conservação de relações pessoais com ambos os pais, reconhecendo-lhe o direito à sua continuidade, cabendo ao Estado a garantia da manutenção da co-parentalidade, independentemente, da preservação do vínculo conjugal, o que significa que os poderes-deveres de educação e cuidado dos filhos decorrem do vínculo da filiação e não do casamento, assim se distinguindo conjugalidade de parentalidade, pois que a separação ocorre entre marido e mulher, e não entre pais e filhos, e estes são os principais beneficiários de uma situação sem hiatos, na medida em que reconhecem que ambos os

³⁵⁵ Eliana Ridenti Nazareth, Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família, ..., citado, 81.

³⁵⁶ Silvana Maria Carbonera, O papel jurídico do afeto nas relações jurídicas, ..., citado, 277.

³⁵⁷ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, ..., citado, 255.

progenitores estão envolvidos na sua criação e educação, dispensando-os de fictícios alinhamentos.

Porém, a rutura conjugal cria a família monoparental, sendo que a autoridade parental, até, então, exercida, por ambos os progenitores, concentra-se num só, ficando o outro reduzido a um papel secundário.

Com efeito, com a separação do casal, verifica-se um desdobramento da autoridade parental e, conseqüentemente, da guarda, uma vez que esta é elemento constitutivo daquela.

Não obstante a rutura dos pais, a guarda colegial permite conservar a parentalidade, que, assim, se transforma em co-parentalidade³⁵⁸, facultando aqueles, igualmente, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, após o divórcio ou a separação.

A proposta favorável ao modelo da guarda conjunta ou compartilhada deve ser entendida como uma solução que se refere “à possibilidade de os filhos de pais separados serem assistidos por ambos os pais, com efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar dos seus filhos e frequentemente terem[êm] uma paridade maior no cuidado que lhes é devido [a eles] do que os pais com guarda única”³⁵⁹.

Não se reporta, contudo, a uma espécie de solução salomónica que divide, em partes iguais, o tempo de convivência entre pais e filhos, nem sequer requer, necessariamente, que a criança se desloque da casa de um progenitor para a do outro, em períodos alternados, pois que, na guarda conjunta ou colegial, os pais devem programar o acesso à residência dos filhos, de modo a respeitar as rotinas destes.

A guarda conjunta é inovadora e benéfica para a maioria dos pais cooperativos e é, também, muitas vezes, bem-sucedida, mesmo quando o diálogo entre os progenitores não é o ideal, desde que estes sejam capazes de separar os conflitos conjugais ou os inerentes à relação sucedânea estabelecida do adequado exercício da função parental³⁶⁰.

³⁵⁸ Philippe Malaurie e Huges Fulchiron, *La famille*, Paris, Defrénois, 2003, 500.

³⁵⁹ Sérgio Eduardo Nick, *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos separados ou divorciados...*, citado, 135.

³⁶⁰ Existem algumas circunstâncias em que a guarda compartilhada pode ser indicada, designadamente, quando o casal souber discriminar entre os conflitos na área da conjugalidade e o exercício da parentalidade, hipótese em que as questões controvertidas ficam restritas à questão da guarda, acordando em relação a todos os outros termos da separação (Eliana Ridenti Nazareth, *Com quem fico, com papai ou*

Ao dotar os pais com o estatuto de igualdade no exercício das suas funções, a guarda conjunta valida o papel parental permanente dos progenitores, qualquer que tenha sido a fonte da filiação, incentivando-os a um envolvimento ativo e contínuo na vida dos filhos³⁶¹.

O modelo da guarda exclusiva ou unilateral, utilizado automática, invariável e, tradicionalmente, revela-se prejudicial, na medida em que desatende as necessidades das crianças, que não dispensam a presença e o convívio ininterrupto com os pais, sendo suplantado por outros modelos de exercício pleno da autoridade parental³⁶².

Porém, o poder soberano do juiz na determinação da guarda conjunta não pode sobrepor-se, discricionariamente, ao interesse fundamental superior da criança, porquanto, não basta o consenso dos pais para a impor, sendo necessários, outrossim, elementos probatórios adicionais que viabilizem e credibilizem uma decisão neste sentido³⁶³.

O respeito pela vontade dos pais fundamenta-se no facto de que, dificilmente, estes podem ser compelidos a cooperar com a guarda conjunta que não desejam, sem embargo de não serem alcançados os objetivos precípuos pressupostos por esta modalidade da guarda³⁶⁴.

Porém, este argumento não é, totalmente, procedente, já que a experiência tem demonstrado que muitas decisões judiciais, inicialmente, geradoras de reações adversas, acabam por ser aceitas pelas partes, como acontecia com a modalidade da guarda única, em relação ao progenitor não guardião, cabendo aos juízes a faculdade de impor a

com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família, ..., citado, 79).

³⁶¹ Maria Antonieta Motta, Guarda compartilhada – uma solução possível, Revista Literária de Direito, São Paulo, ano 2, nº 9, jan./fev., 1996, 19; e Guarda compartilhada – uma nova visão para novos tempos, <http://www.apase.org.br>

³⁶² Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, ..., citado, 438. Na Suécia, a lei dispõe que, existindo o modelo da guarda conjunta durante o casamento, a mesma deverá permanecer, após o divórcio, automaticamente, na hipótese de não haver uma ação a peticionar a guarda exclusiva, requerida por um ou por ambos os pais. Se estes aceitam a guarda conjunta, o seu acordo deverá ser interpretado como representativo do melhor interesse do filho (Jacqueline e Alain Pousson, *L' affection et le droit*, Paris, Editions du Centre de la Recherche Scientifique, 1990, 105).

³⁶³ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais; a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, ..., citado, 268.

³⁶⁴ No Canadá, a decisão sobre a determinação da guarda compartilhada é limitada aos casos em que os progenitores manifestam a sua vontade por esta modalidade de guarda.

guarda conjunta aos progenitores quando estes, sem qualquer razão justificativa demonstrada, se recusem a aceitar esta modalidade de guarda³⁶⁵.

Ainda que a imposição da guarda conjunta se afigure, à partida, como não constituindo a melhor estratégia para operar uma mudança de valores tendente à aquisição de novos modelos de comportamento, defendendo-se que a tentativa de superação de recusas infundadas deveria passar pela via de uma experiência pedagógica horizontal e não vertical, não se pode esquecer que o tribunal está em condições de, entre a falta de interesse e o desejo de partilhar a autoridade parental, discernir o que, de facto, contraindica a atribuição da guarda conjunta.

A tendência atual, na Europa e América do Norte, orienta-se no sentido da atribuição da guarda conjunta, quando o juiz está convencido de que os progenitores podem cooperar, mesmo que algumas objeções aparentes ou infundadas tenham sido levantadas no transcorrer do processo.

A guarda colegial pressupõe, não obstante, que, embora tenha ocorrido a rutura da conjugalidade ou da relação de vínculo sucedâneo entre os pais, e existam diferenças pessoais decorrentes dessa dissociação de relacionamento, estes continuem a exercer, conjuntamente, a autoridade parental, da mesma maneira que a desempenhavam antes da separação, quando a família estava unida, uma vez que a rutura separa, tão-somente, os pais, mas nunca os filhos, mesmo que alguns progenitores se comportem com esse espírito³⁶⁶.

Com efeito, é, hoje, fundamental garantir que as consequências da rutura conjugal e afim não inviabilizam o futuro do compromisso da co-parentalidade, para o que importa compreender o processo relacional dos sujeitos envolvidos na dinâmica das transformações que se operam nas individualidades³⁶⁷.

³⁶⁵ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, ..., citado, 269.

³⁶⁶ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, ..., citado, 271.

³⁶⁷ Questionando o significado dos efeitos destrutivos do divórcio sobre a nova dinâmica familiar, diz-se que “Aux U.S.A., de nombreuses études ont été faites depuis longtemps sur cette question brûlante d’actualité. Les résultats de ces recherches n’y sont pas convergents. L’antinomie s’explique par les différentes approches et analyses du divorce et de l’après-divorce: ou bien le divorce est conçu comme destructeur de la famille, ou bien il constitue une nouvelle dynamique familiale, le divorce dans cette optique est analysé comme une série de transitions impliquant le passage de la nucléarité à la binucléarité”, concluindo-se, por fim, que “Les travaux de Constance Ahrons, d’Hetherington, de Cox et Cox, de Wallerstein et Kelly, aboutissent à la conclusion que l’enfant a un besoin vital de maintenir des relations avec ses deux parents.”, Jacqueline e Alain Pousson, L’affection et le droit, ..., citado, 97.

A guarda conjunta surge no momento em que os pais pretendem prolongar, em relação aos filhos, os efeitos de um casamento ou de uma união de facto, já terminados, procurando imitar a família originária, em que todos viviam juntos, sendo certo que o universo das questões, a partir de, então, gira, em torno dos filhos, encontrando-se subentendido que a possibilidade de uma reconciliação entre aqueles estará, em princípio, fora dos seus horizontes.

É que a atribuição sistemática da guarda à mãe não garante um acesso permanente e contínuo do pai aos filhos, ao passo que, na modalidade da guarda conjunta, ambos os progenitores dispõem de condições para usufruir de um relacionamento mais estreito com os mesmos³⁶⁸.

Por outro lado, os fundamentos psicológicos da guarda conjunta não se sustentam no pressuposto de que a separação e o divórcio acarretam, necessariamente, uma série de prejuízos para a criança, mas antes que a sua formação e desenvolvimento futuros devem ter em consideração essa indispensável relação de co-parentalidade, mais não fosse, para que os menores interiorizem a nova situação como uma realidade em transformação, na qual, em determinados períodos do seu desenvolvimento, se assiste à prevalência dos vínculos de um dos progenitores sobre o outro, sem prejuízo da persistência simultânea das vinculações básicas.

Da mesma forma, outro fator que contribui para a escolha da guarda conjunta diz respeito ao intercâmbio dos papéis de género entre homens e mulheres, que propicia a participação dos dois sexos em tarefas, outrora, inimaginadas³⁶⁹.

É, aliás, nos meios rurais e nas camadas mais populares que a superestrutura jurídica fica além da realidade da experiência quotidiana, uma vez que as mulheres, de uma maneira geral, continuam a ser as principais ou as únicas responsáveis pelo cuidado e educação dos filhos, enquanto que, por outro lado, exercem, há bastante tempo, incontestada e, unilateralmente, a autoridade parental de facto, com a aceitação e

³⁶⁸ Mesmo durante a vigência da união ou casamento, não se pode afirmar que, de facto, haja uma harmonia tal que assegure um equilíbrio no cumprimento das obrigações entre os membros da família. No universo de famílias analisadas, seguramente, não se pode garantir que, numa hipótese de rutura, haveria a possibilidade de partilhar a guarda, uma vez que, durante a união, já não se vislumbrava tal entendimento e cooperação. Noutros termos, sabe-se que a proposta de uma guarda compartilhada, talvez tivesse um âmbito de aplicação restrito, tendo em vista que a constituição e as práticas das famílias, de uma maneira geral, não revelavam uma disposição para questionamentos referentes sobre os papéis desempenhados pelos géneros, bem como perspectivas de mudanças na atuação dos sujeitos.

³⁶⁹ Sérgio Eduardo Nick, *Guarda compartilhada,...*, citado, 139.

cumplicidade paternas, de acordo com a máxima popular de que “as crianças são da responsabilidade das mães”, cabendo ao matriarcado, que o homem-pai, por via de regra, não afronta.

Por outro lado, o homem está, hoje, muito mais participante e disponível para assumir uma participação efetiva na vida diária dos filhos, sendo que o regime de visitas, apenas, por mais flexível que seja, não lhe garante a manutenção da convivência e da continuidade do relacionamento com os mesmos, não lhe permitindo a rutura continuar a exercer uma influência concreta, marcante e decisiva na sua educação, porquanto, não sendo um estranho, é alguém que já não compartilha a habitação, por onde se desenvolve uma parte substancial do crescimento integral dos filhos.

Com efeito, só a realidade da existência de visitas regulares do progenitor não guardião aos filhos constitui factor significativo da afirmação de padrões de ajustamento escolar positivo das crianças, após o divórcio³⁷⁰.

Os “novos pais”, envolvendo-se, agora, numa paternidade mais próxima dos filhos, reivindicam o seu estatuto quando ocorre a rutura, não se resignando com o modelo da guarda exclusiva, que não contempla o exercício quotidiano da paternidade³⁷¹.

Quando o relacionamento entre o pai e filhos, anteriormente, à rutura, é próximo e satisfatório, não só aquele fica privado desse convívio, mas, também, e, especialmente, são os menores que ficam prejudicados pela diminuição significativa dessa relação de proximidade.

Uma terceira circunstância justifica ainda que se ensaie a guarda conjunta, isto é, quando um dos progenitores não consegue, sozinho, dar resposta às responsabilidades parentais envolventes, por exemplo, por motivos de trabalho, ou quando não pretende a guarda só para si.

É que, quando o progenitor não quer, ou não pode, por motivos compreensíveis ou não, exercer as responsabilidades parentais, incumbindo-se dos cuidados com os filhos, não deve ser obrigado a fazê-lo, em consequência de decisão judicial, porquanto, uma imposição de tal ordem não propiciaria as condições necessárias ao bom

³⁷⁰ J. Pearson, N. Thoennes, Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns, *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 60, april 1990, 233 a 249; L.M.C. Bisnaire, P. Firestone, D. Rynard, Factors Associated with Academic Achievement in Children Following Parent Separation, *American Journal of Orthopsychiatry*, v. 60 (1), 1990, 67 a 76.

³⁷¹ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, ..., citado, 254.

desenvolvimento das crianças, e geraria, na maioria das vezes, a sua rejeição ou indiferença, em relação ao quotidiano dos filhos.

Nos casos de crianças que apresentam necessidades educativas especiais, o que convoca sentimentos de culpa ou de impotência, que exigem uma estrutura doméstica adequada, a imposição da modalidade da guarda conjunta seria contraproducente, mesmo que, à primeira vista, fosse a mais apropriada, não sendo o progenitor que se exclui capaz de distinguir os sentimentos de insucesso das circunstâncias da vida³⁷², pois que, se o progenitor se recusa a cuidar do filho é porque não consegue, seja porque não pode ou porque não quer, ultrapassar as limitações da criança, nem do outro progenitor³⁷³.

Muito embora se possa tratar de uma situação de oposição gratuita ou de desinteresse do obrigado não guardião, porque se está em presença de uma relação, estritamente, pessoal que se estabelece entre aquele e o menor, a implementação da modalidade da guarda conjunta está a coberto de qualquer medida de execução judicial específica, de execução forçada ou de execução coerciva direta, com vista a assegurar a sua concretização.

Uma outra hipótese contende com a possibilidade de um dos progenitores não se opor, mas, também, não se disponibilizar a compartilhar a guarda, gozando o juiz, então, da faculdade de a determinar, pois se trata de um modelo que permite reverter, em benefício da criança, o poder-dever do exercício das responsabilidades parentais, de que esta é o único sujeito, titular do interesse, juridicamente, protegido, situação que irá requerer uma maior sensibilidade do juiz para saber até onde a sua interferência será positiva e válida³⁷⁴.

VI.2. Das virtualidades e inconsistências da guarda conjunta

VI.3. Virtualidades da guarda conjunta

A guarda conjunta não é a via redentora da solução de todos os problemas das crianças, nem o flagelo do calvário e a causa de todos os males para a estabilidade e segurança dos menores que vivem o drama da rutura de vida dos seus progenitores³⁷⁵,

³⁷² Sérgio Eduardo Nick, Guarda compartilhada, ..., citado, 81 e 82.

³⁷³ Sérgio Eduardo Nick, Guarda compartilhada, ..., citado, 81 e 82.

³⁷⁴ Sérgio Eduardo Nick, Guarda compartilhada, ..., citado, 82.

³⁷⁵ Estudos realizados, em França e na Alemanha, demonstram que a exigência de acordo entre os pais quanto às decisões sobre questões importantes para a vida dos menores não multiplicam os conflitos entre aqueles, após o divórcio, nem contribuem para o aumento do número de ações de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, Hughes Fulchiron, Une nouvelle réforme de l'autorité

resultando de um estudo empírico efetuado, nos EUA³⁷⁶, no âmbito da realidade das famílias, em guarda conjunta legal, e das famílias, em guarda única maternal, que aquela não apresenta qualquer expressiva repercussão negativa, em aspetos nevrálgicos concernentes com o bem-estar das crianças, ou constitui causa justificativa de dramatização materna de cenários adversos, designadamente, no que contende com as visitas noturnas e os contactos com os pais, comparativamente, ao regime do exercício unilateral do poder paternal.

A guarda conjunta pode ser antes e, de todo o modo, deve constituir o espaço intermédio entre o quase-tudo da constância do casamento ou da união de facto, em que as crianças se sentem, permanentemente, junto dos pais, que a tudo providenciavam, num ambiente de aparente falta de nada, e o fim dramático daquela comunidade que se transforma, devido à dissociação da relação entre os progenitores, com repercussão no sentimento de insegurança sobre o futuro dos filhos.

Na verdade, este estádio intermédio pode ser bem preenchido pela guarda conjunta, que provoca um corte epistemológico com os sistemas vigentes, para, enfim, privilegiar a continuidade da relação da criança com os seus dois progenitores, após a rutura, responsabilizando ambos pelos cuidados quotidianos relativos à educação e à criação dos filhos, pois que, os modelos tradicionais já não atendem a essas exigências e expectativas³⁷⁷.

Com efeito, o figurino da guarda conjunta tem um alto valor simbólico, potenciando a perceção dos papéis de ambos os sexos, representando a afirmação legislativa da importância dos dois progenitores na assunção das responsabilidades parentais e a inerente satisfação dos mesmos, depois do divórcio ou da extinção da relação afim, face ao antecedente quadro legal da guarda única maternal, com o direito de visita do pai, o que permite evitar o desinteresse e o afastamento do progenitor não guardião e, inclusivamente, diminuir a percentagem de incumprimentos da obrigação de alimentos, a cargo deste, relativamente à criança ou ao jovem menor³⁷⁸.

parentale, Dalloz, 1993, 121 e 122; e Oelkers/Kasten/Oelkers, Das gemeinsorgerecht nach Scheidung in der Praxis des Amtsgerichts Hamburg – Familiengericht, FamRZ, 17/94, 1082 a 1083.

³⁷⁶ R. Catherine Albiston, E. Eleanor Maccoby e H. Robert Mnookin, Does Legal Joint Custody Really Matter?, Law & Police, volume 2, nº 1, 1990, 167.

³⁷⁷ “L’enfant ne peut que bénéficier de la perception que ses deux parents continuent à être responsables de lui, pour autant qu’un dialogue existe entre eux et dans la mesure où son intérêt prime sur toute autre considération. Le concept de stabilité psychologique est mis en exergue”, Jacqueline e Alain Pousson, L’affection et le droit, ..., citado, 97.

³⁷⁸ Jessica Pearson e Nancy Thoennes, Supporting Children After Divorce: The Influence of Custody on Support Levels and Payment, FamLQ, volume XXII, nº 3, 1988, 329 e 330, em sentido contrário, para

Atenua-se, assim, o impacto negativo da rutura conjugal, enquanto este modelo mantém os dois progenitores envolvidos na criação dos filhos, validando-lhes um papel parental permanente, ininterrupto e conjunto, e a família, embora fragilizada, continua a existir.

E é destas condições de continuidade e de estabilidade que o menor mais necessita, no momento da separação dos pais, servindo a guarda conjunta para atenuar o seu sentimento de perda, quando reconhece que ambos estão envolvidos na sua criação e educação.

Possibilita, igualmente, a manutenção dos dois progenitores psicológicos, com estilos de vida, concepções e valores, porventura, distintos, que contribuirão para modelar a personalidade do menor, de uma forma mais diversificada e completa, permitindo a guarda conjunta física, mas, também, potencialmente, a guarda conjunta legal, que ambos passem mais tempo e com melhor qualidade de vida com os filhos, em função de um contacto mais frequente e regular com os mesmos, por envolverem a coabitação com cada um dos pais, garantindo uma maior proximidade e naturalidade da relação, bastante diferentes da tradicional e, muitas vezes, artificial relação de visita inerente ao regime da guarda única.

A guarda conjunta apresenta, igualmente, a significativa mais-valia de evitar as crises de lealdade dos filhos, em relação aos pais, com a eventual necessidade de ter de escolher um em detrimento do outro³⁷⁹, reduzindo, drasticamente, a ocorrência da síndrome da alienação parental, com alta incidência, no regime de guarda única³⁸⁰.

A guarda conjunta física, pressupondo uma repartição quotidiana das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, evita o cansaço psicológico e emotivo do guardião/residente, por ser o único a cuidar da criança e a desempenhar os correspondentes poderes funcionais, permitindo que ambos os pais exerçam, de forma igualitária, os direitos e deveres ligados à alternância, e a criança não sofra sentimentos de exclusão e desprezo, em relação ao outro progenitor, tendo maior contacto com ambos.

quem o pai pede a guarda conjunta com o fim de, na maior parte das situações, fugir à obrigação de alimentos, Phyllis Chesler, *Mothers on trial*, The Seal Press, 1986, 381 e 382.

³⁷⁹ Maria Antonieta Motta, *Guarda Compartilhada – uma nova visão para novos tempos*, <http://www.apase.org.br>, ..., citado.

³⁸⁰ Suzana Borges de Lima, *Guarda Compartilhada: aspectos teóricos e práticos*, Conferência proferida no “III Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF – Família, Lei e Jurisdição”, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – Secção Distrito Federal, no Superior Tribunal de Justiça, *Revista CEJ*, Brasília, nº 34, Julho/Setembro de 2006, 22 a 26.

O modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, implicando uma igualização dos poderes e deveres de ambos os progenitores, é um potencial atenuador da conflitualidade entre eles, promovendo a cooperação entre os pais, em especial, quando se elimina a questão da fixação da residência, isto é, na guarda conjunta física, porquanto a definição da residência constitui, com frequência, o centro nevrálgico do conflito, situado mais, em volta dos problemas de educação das crianças ou do cumprimento da obrigação de alimentos, do que da questão da atribuição da guarda.

Na verdade, se o exercício conjunto ultrapassa, normalmente, a questão da guarda, nem sempre resolve a problemática da fixação da residência do menor, por via de regra, mais importante, «maxime», na vertente da passagem da noite, onde a dramatização da mãe atinge o «climax», com receio do envolvimento negativo do pai com as pessoas com quem se possa relacionar durante esse período de tempo.

Por sua vez, esta continuidade das relações coenvolvidas na guarda conjunta abrange os pais e os parentes, de ambas as linhas familiares, proporcionando aos menores, muitas vezes, mais atenção, por parte daqueles, com o receio agravado de os poderem perder, do que acontece no seio da família nuclear tradicional³⁸¹.

Os acordos sobre a educação e as atividades diárias tendem a aumentar o acesso dos menores aos dois progenitores, o que promove a diminuição dos seus sentimentos de culpa na rejeição dos filhos pela rutura, ao mesmo tempo que estes presenciam os pais unidos, em torno do objetivo de suprir as suas necessidades, sentindo-se aqueles menos responsáveis pela quebra do seu relacionamento³⁸².

A isto acresce que a guarda conjunta permite evitar o desinteresse e o afastamento do progenitor não residente, que se sente mais comprometido com a educação dos filhos, desencorajando-o a afastar-se da sua vida, incentivando-o a proporcionar-lhes

³⁸¹ Wassilios Emmanuel Fthenakis, *Gemeinsame Elterliche Sorge nach der Scheidung*, *Kinderpsychitrie und Familienrecht*, Estugarda, 1984, 5.4.2.2., 36.

³⁸² Trinta e sete por cento das crianças e adolescentes entrevistados, vivendo em famílias monoparentais, estavam, moderada a severamente, deprimidos, no período dos cinco anos posteriores à separação ou ao divórcio dos pais, enquanto que, nesse mesmo período, registou-se, em todas as idades, um bom funcionamento do ego, auto-estima adequada ou elevada e nenhuma depressão, na avaliação das crianças e adolescentes que tinham um relacionamento estável e íntimo com o progenitor que ficara com a guarda e com o outro, S. Judith Wallerstein, B. Joan Kelli, *Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio*, Porto Alegre, Artes Médicas, 1998, 225 e 238.

maior apoio financeiro³⁸³, diminuindo, em contrapartida, a percentagem dos incumprimentos da prestação alimentar, em virtude do acréscimo de poderes dos pais em relação à educação dos filhos, ao viabilizar uma convivência mútua, fora do figurino espartilhado da relação de visita, muito embora o modelo da guarda conjunta seja de afastar-se o não residente visar com ele, apenas, o esvaziamento do seu contributo para a obrigação de alimentos³⁸⁴, sendo certo que, muitas vezes, o progenitor masculino solicita a guarda conjunta para se eximir ao cumprimento da prestação alimentar³⁸⁵.

Por isso, os pais que se sentem privados dos filhos e para quem a relação de visita é insatisfatória e artificial acabam por os contactar, menos vezes, e, assim, por terem menor consciência das suas necessidades económicas.

Com efeito, a guarda compartilhada, estreitando os laços entre pais e filhos, pode funcionar como elemento motivador do cumprimento da prestação alimentícia, pois que, quanto mais o pai se afasta dos filhos, menos lhe parece evidente a obrigatoriedade do pagamento dessa pensão, enquanto que, ao contrário, quanto mais intenso é o relacionamento com os mesmos, mais natural se lhe afigura assumir as obrigações decorrentes da paternidade, cumprindo a prestação de alimentos³⁸⁶.

Porém, são idênticas ao figurino do exercício unilateral do poder paternal as cifras do incumprimento da prestação alimentar, quando se trata do modelo da guarda

³⁸³ S. Judith Wallerstein, Janet Johnston, Children and Divorce: Recent Findings Regarding Long Term Effects and Recent Studies of Joint Custody and Sole Custody, *Pediatrics Review*, volume 11, nº 7, 1990, 202.

³⁸⁴ Jessica Pearson e Nancy Thoennes, Supporting Children After Divorce: The Influence of Custody on Support Levels and Payment, ..., citado, 329 e 330.

³⁸⁵ Phyllis Chesler, *Mothers on Trial*, The Seal Press, ..., citado, 381 e 382; J. Lenore Weitzman, *The Divorce Revolution*, Journal of Comparative Family Studies, University of Toronto Press, <https://www.jstor.org/stable/41601424>

³⁸⁶ Jessica Pearson, Nancy Thoennes, Supporting Children after Divorce: The Influence of Custody on Support Levels and Payments, ..., citado, 319 a 339. Numa perspectiva feminista, crítica em relação à guarda conjunta, Nancy Polikoff, *Custody and Visitation: Their Relationship to Establishing and Enforcing Support*, *Clearinghouse Review*, volume 19, nº 3, Julho de 1985, 276, que denuncia a tendência de os homens ameaçarem as mulheres com um pedido de guarda paternal ou guarda conjunta, a fim de negociarem níveis mais baixos de alimentos ou para intimidarem as mães a não prosseguirem o pedido de alteração da obrigação de alimentos ou proporem acções para executar o cumprimento dessa obrigação.

conjunta imposta, sendo certo, outrossim, que inexistem diferenças no comportamento dos pais, quer na guarda conjunta, quer na guarda única, em caso de relitigação³⁸⁷.

Consequentemente, é de esperar que as formas de guarda e de visita que promovam um acréscimo do tempo de duração da relação entre pais e filhos e uma maior participação de ambos os progenitores na educação destes, aumentem os níveis de cumprimento da obrigação de alimentos, como tudo parece apontar, no caso da guarda conjunta física, comparativamente, à guarda única maternal³⁸⁸.

No modelo de guarda conjunta física, uma percentagem significativa de 75% dos menores recebe, integralmente, o montante da prestação alimentar determinada, embora só, em 50% desses casos, o respetivo pagamento seja pontual.

Por outro lado, no modelo de guarda conjunta legal, apenas, 64% dos menores recebe o montante total da prestação alimentar, ainda que os pagamentos ocorram, frequentemente, com mais atrasos.

Por seu turno, no sistema de guarda única, só 46% dos menores recebe a prestação de alimentos, na totalidade dos meses do ano e, apenas, 27% dos mesmos, vê satisfeito o pagamento, atempadamente.

Finalmente, nos antípodas, o modelo de guarda única maternal é aquele onde ocorrem mais violações provenientes do incumprimento da obrigação de alimentos³⁸⁹, atingindo, no caso português, a realidade homóloga um valor superior a 50%.

Pressupondo o modelo da guarda conjunta física uma divisão das responsabilidades quotidianas pelos dois progenitores, evita ainda a fadiga psicológica e emocional que, por vezes, se apodera da mãe, quando é titular exclusiva do exercício do poder paternal, porquanto este implica, também, o desgaste com a tomada integral das decisões importantes, em relação ao menor, ficando, assim, através daquele modelo da

³⁸⁷ Phear/Beck/Hauser/Clarck/Whitney, An empirical study of custody agreements: joint versus sole custody, *The Journal of Psychiatry and Law*, 1983, 439 e 440. Para estes autores, ocorrendo a relitigação, em caso de guarda conjunta, os progenitores recorrem a tribunal mais, frequentemente, para discutir questões de educação dos filhos ou procurar uma modificação da guarda, assim concluindo que a guarda conjunta, quando comparada com a guarda única, não promove uma maior cooperação entre os pais e provoca mais disputas sobre questões educacionais.

³⁸⁸ Jessica Pearson e Nancy Thoennes, *Supporting Children After Divorce: The Influence of Custody on Support Levels and Payment*, ..., citado, 49 e ss.

³⁸⁹ Nancy Thoennes/ Patricia Tjaden /Jessica Pearson, *The Impacto of Child Support Guidelines on Award Adequacy, Award Variability, and Case Processing Efficiency*, *Family Law Quarterly*, volume XXV, n° 3, 1991, 49 e ss.

guarda conjunta física, menos exposta às opressivas responsabilidades desse cuidado, o que a liberta na procura de outros objetivos de vida³⁹⁰.

Com efeito, não é a residência alternada que provoca, necessariamente, a instabilidade, mas antes o conflito permanente e as consequências que da animosidade entre os progenitores advêm para as crianças.

Por seu turno, a repartição de cuidados com os filhos significa conceder aos progenitores um espaço para o desenvolvimento de outras actividades, sobretudo, a reconstrução das suas vidas pessoais, profissionais e sociais, sendo certo que as estatísticas demonstram que, somente, 25% das mulheres, em regime de guarda unilateral materna, constituíram novas famílias, contra 59% dos homens não guardiões, enquanto que 45% das mulheres e 43,6% dos homens que desfrutam da guarda compartilhada formam novas uniões, respetivamente³⁹¹.

Quer isto dizer que a guarda conjunta conduz mais, facilmente, quase que, naturalmente, em função da realidade empírica evidenciada, à reconstituição familiar dos dois progenitores, ao contrário do que sucede no modelo tradicional da guarda única maternal, no qual uma percentagem superior a metade dos progenitores masculinos, em relação às mães, procura uma recomposição familiar.

Contudo, estes dados experimentais não apresentam uma valia científica inequívoca, porquanto, assentam num universo muito dilatado de inquiridos, oriundos do modelo da guarda única, face ao número mais limitado das informações provenientes dos envolvidos em guarda conjunta.

De todo o modo, os progenitores que aderem ao figurino da guarda compartilhada propendem a demonstrar uma estrutura mental diferente daqueles que dependem da guarda unilateral, uma vez que os primeiros, que já ultrapassaram, por via de regra, o «divórcio psicológico», estão mais disponíveis, afetivamente, no sentido de reorientar a sua vida sentimental e familiar, o que torna menos tensa e penosa as relações entre ambos os progenitores, a propósito do exercício das responsabilidades parentais, comparativamente, com aqueles que gravitam em torno do modelo da guarda única, no

³⁹⁰ Barbara Rothberg, Joint custody: Parental problems and satisfactions. *Family Process*, 1983, 22 (1), 43–52, <https://doi.org/10.1111/j.1545-5300.1983.00043.x>

³⁹¹ D. Dontigny, Parents pour la vie, apud “Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais – a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal,...”, citado, 285.

qual, normalmente, as mães denotam um profundo desalento pelo insucesso do investimento afetivo efetuado na primeira ligação sentimental, tornando-se mais radicais na divisão das responsabilidades parentais e, naturalmente, assumindo uma menor disponibilidade para a assunção de uma nova realidade sentimental, cumprindo como que um voto perpétuo de fidelidade aos filhos.

E, em países de cultura e valores latinos, como é o caso português, enquanto o «divórcio psicológico» de um ou dos dois progenitores não se consuma ou a relação possessória sobre os filhos se sobrepõe à racionalidade da consideração destes como sujeitos de direito em formação de personalidade, o modelo da guarda conjunta física alimenta melhor, não obstante, os ideais egocêntricos de um ou de ambos, tranquilizando, mais, satisfatoriamente, as suas consciências e promovendo o seu amor próprio.

Por outro lado, no modelo do exercício conjunto, os filhos têm um contacto regular com ambos os progenitores, enquanto que, em relação ao figurino da guarda única, tão-só, uma percentagem de 50% veem o progenitor não guardião, razão pela qual, conseqüentemente, o nível de conflitualidade dos pais, em guarda conjunta voluntária, é inferior ao que se verifica, em guarda única imposta.

Porém, tal não significa que o período de convívio da criança com ambos os progenitores deva ser, exatamente, igual, pois que, cada um tem a sua atividade profissional e disponibilidade próprias, e a especificidade que a guarda conjunta institui traduz-se na impossibilidade de serem tomadas decisões unilaterais, em matéria de responsabilidades parentais³⁹², pelo menos, no âmbito das questões de particular importância para a vida dos filhos, muito mais do que na tendencial divisão paritária dos «tempos» do menor.

Este novo modelo da guarda conjunta veio dar atenção ao discurso feminista contra a sobrecarga psicológica e financeira da mulher na educação dos filhos e contra a desresponsabilização dos homens, mas, também, às reivindicações destes no sentido da concretização prática do princípio constitucional da igualdade de direitos entre os progenitores quanto à educação e manutenção dos filhos menores, após o divórcio.

³⁹² Paulo Lins e Silva, apud “Martha Mendonça, Quando a separação não é um trauma”, Época, Editora Globo, SA, São Paulo, n° 349, janeiro de 2005, 60 a 66.

Ao contrário da guarda única, que desencoraja o envolvimento do progenitor não guardião, a guarda conjunta reafirma a sua consciência, responsabilidade e preocupação com o bem-estar dos filhos, permitindo atingir níveis mais elevados de satisfação, evitando os incidentes de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais³⁹³.

Sendo a guarda conjunta, socialmente, pedagógica, não é, porém, um figurino ajustado para o universo dos progenitores, muito embora seja o modelo que todas as crianças merecem.

A guarda conjunta será, igualmente, um sinal de que a família se não dissolve, após o divórcio, antes se reorganiza, fazendo apelo a um conceito extra-jurídico de família, a família sistémica³⁹⁴, fora do quadro normativo desenhado pelo artigo 1576º, do CC, que, apenas, abrange as pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção, mas que já não compreende as relações entre os ex-cônjuges, e, conseqüentemente, na margem dos conceitos da família nuclear ou da grande família³⁹⁵.

A guarda compartilhada equivale, assim, à manutenção do regime do exercício em comum das responsabilidades parentais, vigente na constância do matrimónio e na plena efetividade da sociedade conjugal, constituindo a modalidade de guarda que mais se assemelha às relações originárias existentes entre pais e filhos, durante o casamento, defendendo as necessidades afetivas e emocionais de convivência dos menores com ambos os pais, após a separação destes, tornando o divórcio menos traumático para os filhos, que não sentem a perda e o abandono de um dos progenitores, devido ao consenso a que estes chegaram, a propósito dos seus interesses.

³⁹³ Judith Wallerstein/Joan Kelly, *Surviving the Breakup, How Children and Parents Cope with Divorce*, Basic Books, 1980, 311; Uma ideia desmistificadora das virtualidades da guarda conjunta, defende Carol S. Bruch, in “Parenting at and after Divorce: A Search for New Models”, *Michigan Law Review*, volume 79, 1981, 708. Aliás, a própria Judith Wallerstein, agora, em parceria com Sandra Blakelee, in “Second Chances, Men, Women and Children a Decade after Divorce”, New York, Ticknor & Fields, 1989, evidencia um recuo em relação à importância da guarda conjunta para uma melhor adaptação dos menores, no período pós-divórcio.

³⁹⁴ Maria Olívia Dias, *Um Olhar sobre a Família na Perspetiva Sistémica - O Processo de Comunicação no Sistema Familiar, Gestão e Desenvolvimento*, nº 19, Viseu, 2011, 139 a156.

³⁹⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito de Família*, Coimbra, Almedina, I, 1986, ..., citado, 10; Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, II, ..., citado, 15.

E a guarda conjunta física potencia, acrescidamente, a fantasia da reconciliação dos progenitores, suavizando a ideia do divórcio³⁹⁶.

A noção sistémica da família, enquanto conceito extra-jurídico, que se mantém para além da dissolução do vínculo conjugal³⁹⁷, torna indestrutíveis os laços entre pais e filhos, que nunca serão ex-pais e ex-filhos, não obstante o que aconteceu com a dissolução do casamento, por divórcio, ou com a extinção da união de fato, por vontade de um ou de ambos os seus membros.

Contudo, a própria indestrutibilidade da família, após a dissolução do matrimónio, por divórcio, ou da extinção da união de fato, unilateral ou proveniente de acordo mútuo, não deixa de ser um dos mitos apaziguadores do desconforto daqueles que, a todo o custo, sustentam a estagnidade das duas áreas de afetividade, isto é, a da parentalidade e a da conjugalidade.

É que a coesão da família exige a presença de elementos económicos, ideológicos, sexuais e emocionais que só se alcançam, em pleno, através da vida e habitação em comum, mas que se cindem com o divórcio dos pais, seus fundadores, mesmo quando todos os membros da antiga família interagem e comunicam entre si, mesmo quando se assiste ao cumprimento atempado da prestação alimentar, a favor dos filhos.

De facto, trata-se de uma ideia idílica aquela que considera que a família se não dissolve com o divórcio, mas, apenas, o casamento, porquanto a essência da família está na sua coesão e esta depende de múltiplos fatores que se desarticulam com o divórcio dos progenitores, terminando com este a comunidade essencial, enquanto comunidade de vida e habitação entre pais e filhos, ou seja, enquanto comunidade de tradições, necessidades e aspirações, surgindo, antes, uma nova realidade, em que se traduz a família monoparental [Ein-Eltern-Familie]³⁹⁸ ou a família bi-nuclear [Zwei-Haushalte-Familie]^{399 400}.

³⁹⁶ Jack Westman, Joint Custody from the child's point of view, in "Joint Custody, A handbook for judges, lawyers, and counselors, The Association of Family Courts, May 1979, p. B 39 e ss."; Rainer Ballof, Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?, FamRZ, 1990, 447 e 448.

³⁹⁷ Horst Luthin, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, Verlag Ernstund Werner Gieseking, Bielefeld, 1987, 54.

³⁹⁸ Por família monoparental, entende-se a família que, apesar de incompleta, uma vez que a criança só vive com um dos pais, sobrevive após o divórcio, porquanto os pais rompem, completamente, o contacto entre si, não cumprindo um deles a sua tarefa de progenitor, Nave Herz e Napp-Peters, apud "Rainer Ballof, Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?",..., citado, 2. 2..

No caso da nova família monoparental, em que a criança ou o jovem menor vive, tão-só, com um dos pais, a família, apesar de incompleta, sobrevive após o divórcio, não obstante os pais romperem, totalmente, um com o outro, não cumprindo um deles a sua tarefa de progenitor.

No caso da nova família bi-nuclear, a sua sobrevivência depende da qualidade e da quantidade dos contactos entre o progenitor que não vive com o menor e este, sendo certo que a reorganização da família, em torno da família maternal e da família paternal, ocorre como expressão mais aproximada ou menos imperfeita da realidade anterior à dissolução, nos casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais, na modalidade de guarda física.

A guarda conjunta pode ainda ser o regime indicado para a defesa dos interesses da criança quando o litígio entre o casal se restringe à questão da pessoa a quem deve ser confiada, isto é, quando o casal acorda em relação a todos os demais termos da separação, exceto quanto à determinação da residência, hipótese em que os progenitores deverão saber separar os conflitos conjugais do exercício das responsabilidades parentais, sendo certo que os primeiros são susceptíveis de potenciar um deficiente desempenho das últimas.

A guarda conjunta pode, igualmente, justificar-se, mesmo na hipótese de os dois progenitores pretenderem a determinação da residência do menor, não concordando o residente em reparti-la, enquanto que o não residente, por via de regra, o pai, se mostra interessado em fazê-lo, situação em que importa avaliar do bem fundado da recusa do «guardião» em compartilhar a residência, ou seja, se a oposição do residente decorre de uma disputa pessoal ou é relevante para a defesa dos superiores interesses da criança, sendo certo que o homem está, hoje, muito mais participante na vida diária dos filhos, e o regime de visitas, por mais flexível que se mostre, não possibilita a manutenção de uma

³⁹⁹ A família binuclear depende da qualidade e da quantidade do contacto entre o progenitor que não vive com a criança e esta, pois que se exerce o direito de visita, apenas, durante algumas horas, por mês ou por ano, não constitui com os filhos uma família, verificando-se a hipótese acabada dessa situação, v.g., através da reorganização da família, numa família maternal ou numa família paternal, com residência alternada entre ambos os pais, Nave Herz e Napp-Peters, apud “Rainer Ballof, Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?”,..., citado, 2. 4. 1.

⁴⁰⁰ Rainer Ballof, Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?,..., citado, 447.

convivência imprescindível, não permitindo ao pai continuar a assumir uma influência concreta e decisiva na educação dos filhos.

A guarda conjunta tem, assim, a vantagem de atribuir efeitos jurídicos ao comportamento dos progenitores, maioritariamente, masculinos, que reclamam uma presença mais constante na componente afetiva da relação com a criança, tradicionalmente, considerada como um privilégio do progenitor guardião, sub-entendidamente, a mãe.

A guarda compartilhada encontra-se, também, indicada para as hipóteses de revisão da guarda exclusiva ou unilateral, quando um dos progenitores não reclama, só para si, o exercício das responsabilidades parentais ou ainda quando o mesmo não se apercebe que se encontra, sozinho, por exemplo, por motivos de trabalho⁴⁰¹.

E, por fim, sustenta-se a vantagem do figurino da guarda conjunta para o sistema judicial, com vista a evitar a escolha salomónica entre dois iguais, ambos, frequentemente, idóneos para educar o menor, acabando a sua aplicação, quer em resultado do princípio da preferência legal, quer por via da presunção legal, por conduzir à simplificação processual, quase sempre, em sacrifício da criança e, não raro, contra as legítimas expectativas de um dos progenitores, que, muitas vezes, tudo investiu em prol da família intacta.

No plano sociológico, a família atual é caracterizada pela mútua colaboração dos cônjuges no desempenho das tarefas domésticas e pela repartição das suas responsabilidades com a educação dos filhos, tendo a distância e o pouco envolvimento do pai tradicional sido substituídos pela sua maior proximidade e por uma preocupação, igualmente, afetiva com a educação dos filhos.

A opção legislativa pelo exercício colegial das responsabilidades parentais deixa antever, ainda que, de modo implícito, a vontade determinada do legislador no sentido de contrariar a tendência generalizada de o exercício daquele poder-dever ser atribuído, preferencialmente, à mãe, em especial, nos casos em que o pai, objetivamente, tem melhores condições, humanas e materiais, para cuidar e educar o filho⁴⁰².

A guarda conjunta serviria, assim, não só “o melhor interesse dos filhos” como, também, o “melhor interesse de ambos os progenitores”, quer dos pais divorciados, quer

⁴⁰¹ Eliana Ridenti Nazareth, *Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família, ...*, citado, 78 a 80.

⁴⁰² Acórdão do TRL, de 09-12-2004, CJ, Ano XXIX (2004), T5, 108.

dos separados e, inclusive, dos não casados, que descobrem meios de cooperação e trabalho desconhecidos, em busca de um objetivo comum, quando são desafiados a compartilhar a responsabilidade de criar uma criança⁴⁰³, conseguindo “ultrapassar sentimentos de dor, culpa, e raiva no sentido de resolver, de outra forma, as suas diferenças que não seja na base de vingança, retraimento, ou fúria, ensinando as crianças, na prática, a resolver os conflitos de uma maneira mais saudável”⁴⁰⁴.

Na guarda compartilhada, os progenitores são, solidariamente, responsáveis, uma vez que as decisões relativas à educação da criança são tomadas, em conjunto, desempenhando ambos um papel efetivo na sua formação diária, razão pela qual sobrevindo dano praticado pela mesma, a presunção de culpa na sua educação e formação ou falha de vigilância da sua pessoa recai sobre os dois^{405 406 407}.

⁴⁰³ Isolina Ricci, *Mom’s House, Dad’s House: Making two homes for your child*, 1997, 1 e ss.

⁴⁰⁴ B. Wellman, Depoimento Pessoal colhido na Internet, e-mail de junho de 1996.

⁴⁰⁵ Eduardo Oliveira Leite, *Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental*,..., citado, 160.

⁴⁰⁶ A responsabilidade civil do pai e da mãe pela reparação de um dano causado pelo menor a outrem encontra-se, intimamente, ligada à questão do exercício das responsabilidades parentais da criança, pois que, enquanto aqueles permanecem unidos pelo casamento, em situação de guarda em comum, a ambos cabe a mesma responsabilidade, reunidos que se mostrem os três pressupostos de que depende, ou seja, a presunção de que se encontram dotados desse exercício e de que ambos devem zelar pela educação, orientação e vigilância, a menoridade do filho sob a autoridade [guarda jurídica], na companhia e coabitação dos pais [guarda física] e a comissão pelo mesmo de facto culposo e causal do dano. Ocorrida a rutura da vida conjugal, apenas, o detentor da guarda é o responsável pelo menor, sendo certo que a separação de facto, para este efeito, é allheia ao mundo jurídico, porquanto a presunção é a de que é solidária a responsabilidades dois progenitores.

⁴⁰⁷ Sobre os pais incide o dever de vigilância do filho de seis anos que atravessa uma estrada, nos termos das disposições combinadas dos artigos 488º e 491º, do CC, respondendo, extracontratualmente, por eventuais danos causados por este, salvo se provarem que cumpriram o dever de vigilância, no âmbito das responsabilidades parentais (Acórdão do STJ, de 4-7-2013, Revista nº 388/06.0TBSTR.C1.S1, 7ª secção, Sumários de Acórdãos do STJ); “I - A lei portuguesa, em matéria de responsabilidade civil dos obrigados à vigilância de outrem, utiliza dois critérios autónomos, mas conjugados, referindo-se o primeiro à fonte [lei ou negócio jurídico] de onde decorre o dever de vigilância, e o segundo ao motivo da vigilância [a incapacidade natural, tal como a menoridade] que determina a prática de um facto ilícito danoso.

II - Com o novo contexto social de abrandamento da autoridade dos pais e da mais rápida aquisição da maturidade dos menores, a responsabilidade dos pais perdeu o significado originário de contrapartida do exercício deficiente do poder paternal, impondo-se proceder a uma interpretação actualista do art. 491.º do CC, cuja função se traduz numa obrigação de garantia perante terceiros, em que a presunção de culpa encobre a responsabilidade objectiva.

III - No domínio de aplicação do artigo 491.º, do CC, a presunção de culpa está associada ao comportamento omissivo que funda o dever de indemnizar do vigilante. A par do afastamento da presunção de incumprimento do dever de vigilância, o artigo 491.º do CC, permite, também, ao vigilante demonstrar a falta de um nexo de causalidade entre a omissão e o dano verificado.

IV - Falta o nexo de causalidade adequado entre a omissão do dever de vigilância dos pais do menor e o facto danoso que lhe sobreveio, quando se prova que este não representa uma consequência normal, típica, provável daquela omissão, mas antes o resultado de circunstâncias anómalas ou excepcionais, de todo não conhecidas ou cognoscíveis por aqueles.

V - Assim acontece no caso de alteração impensada da trajectória de uma bola, deficientemente, manejada pelos menores, filhos dos réus, num quintal da residência de um deles, e que acabou por se

Outro fator, altamente, positivo da afirmação da guarda conjunta reside na auto-estima elevada evidenciada pelos filhos, com maiores índices de aprovação escolar, maior inserção social, maior potencial para se tornarem adultos e uma maior taxa de sucesso na vida profissional futura.

A isto acresce, singularmente, que a guarda compartilhada não cria no imaginário da criança o estereótipo de que o progenitor não residente só apresenta defeitos, evitando que o residente potencie fenómenos de antipatia no filho, em relação ao outro, como é vulgar acontecer na guarda exclusiva, não assumindo a criança, em suma, o drama psicológico de ter de escolher entre um dos seus dois progenitores, porque se apercebe que ambos se mantêm ainda unidos por sua causa.

Na guarda conjunta física, habitando a criança, alternadamente, com ambos os progenitores, ficam atenuados os sentimentos de luto e de abandono, tradicionalmente, associados à dissociação familiar, porquanto os menores continuam a manter os dois progenitores psicológicos que, aliás, de forma diversa, mas conjugada, contribuíram para a formação da sua personalidade⁴⁰⁸.

Neste caso, a residência alternada superioriza-se, face ao regime de visitas vigente, no modelo da guarda única, pela regularidade e frequência dos contactos e pela qualidade e quantidade do tempo disponível, criando-se uma naturalidade e proximidade no relacionamento, em razão da coabitação com cada um dos pais, com base numa interação diária, o que, naturalmente, acaba por proporcionar à criança uma atenção acrescida, por parte dos pais divorciados, em relação ao tempo da vigência da família nuclear⁴⁰⁹.

Enfim, ao menos, supostamente, a guarda conjunta beneficia a mãe, a quem é, geralmente, atribuído o exercício unilateral do poder paternal, porque deixa de estar sobrecarregada, física, económica e, psiquicamente, com o encargo da educação e manutenção dos filhos, beneficia o pai, que, genericamente, é preterido na atribuição da

precipitar numa estrada nacional, onde apanhou, de surpresa, o autor, que sofreu um acidente, quando tripulava um veículo motorizado. A jurisprudência francesa entende que os pais não devem ser responsabilizados pelos acidentes de viação com motocicletas, imputáveis aos filhos menores, por não terem, desde cedo, autoridade parental suficiente para os impedirem de utilizar esses veículos.” (Acórdão do STJ, de 03-02-2009, Pº nº 08A3806, CJ, Ano XVII (STJ), 2009, T1, 81 e www.dgsi.pt).

⁴⁰⁸ Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, ..., citado, 242; em sentido oposto, Waldyr Grisard Filho, Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, ..., citado, 110.

⁴⁰⁹ David Miller, Joint Custody, FamLQ, volume XIII, nº 3, 1979, 363.

guarda dos filhos, porque, assim, deixa de ser excluído da educação e da vida destes e, finalmente, mas, não menos importante, beneficia os filhos, porque estes podem continuar a manter, embora com algumas alterações, as relações de afetividade normal com ambos os progenitores⁴¹⁰.

Face ao exposto, se a guarda conjunta se afigura como o modelo ideal de exercício das responsabilidades parentais, a eficácia deste paradigma depende das características idiossincráticas dos seus figurantes, sendo que os candidatos ideais para enquadrarem este modelo são aqueles progenitores que revelam capacidade para por de parte os diferendos pessoais, no sentido de procurar as melhores decisões para a criança, que são capazes de conferir prioridade às necessidades dos filhos, que aceitam a importância da manutenção de uma relação de proximidade da criança com o outro progenitor, que têm respeito e confiança recíprocos como pais e que demonstram um nível razoável de cooperação e vontade de colaborar⁴¹¹.

VI.4. Desvantagens da guarda conjunta

Os críticos da guarda conjunta invocam, desde logo, a falta de garantias que este instituto apresenta para conferir estabilidade necessária ao equilíbrio emocional da criança ou adolescente, tendo em vista que esta modalidade de guarda se traduz numa repartição de competências entre os progenitores.

Com efeito, sobressairia a desvantagem da natureza prejudicial da guarda conjunta quanto à manutenção dos valores de um referencial social e afetivo da criança, que não conserva os hábitos adquiridos, já que não se fixa num lugar determinado, encontrando-se, ora com o pai, ora com a mãe, porquanto “os arranjos de tempo igual propiciam um maior número de mudanças e menos uniformidade de vida quotidiana dos filhos”⁴¹².

⁴¹⁰ Em sentido contrário, para quem o exercício conjunto das responsabilidades parentais confere ao homem e à mulher igualdade de direitos, sem a correspondente igualdade de deveres, pois que as crianças continuam a residir com a mãe que se sacrifica por elas, quotidianamente, R. Catherine Albiston, E. Eleanor Maccoby e H. Robert Mnookin, *Does Legal Joint Custody Really Matter?*,..., citado, 167 e seguintes.

⁴¹¹ Sendo certo que estas características estão presentes, em 25% dos progenitores, segundo um estudo realizado, na Alemanha, mas, apenas, cerca de 6%, adota, efetivamente, a guarda conjunta, após o divórcio, Ollmann, *Das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG*, FamRZ, 1993, 870.

⁴¹² Waldyr Grisard Filho, *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*,..., citado, 177.

Aponta-se, também, a inexecuibilidade da guarda conjunta quando exista uma situação de conflito continuado entre os progenitores⁴¹³, vivendo os cônjuges em conflito crónico⁴¹⁴, entendendo-se ser, então, impossível a cooperação entre si, em relação aos interesses dos filhos, em virtude dos ressentimentos e conflitos criados pelo divórcio ou a separação, que retardam o denominado «divórcio psicológico» ou «emocional», em especial, pela fantasia de reconciliação que desperta no imaginário daqueles, devido à necessidade de contacto e diálogo entre os pais, e agravam a situação económica destes, particularmente, na hipótese de famílias de classes sócio-económicas mais desfavorecidas⁴¹⁵, sobretudo, na guarda conjunta física, por implicar a manutenção de duas casas, dotadas de um especial ambiente adequado à estadia prolongada da criança.

O regime da guarda conjunta convoca ainda constrangimentos, em relação a famílias com um elevado número de filhos, e a adolescentes e crianças que manifestam perturbações⁴¹⁶.

O risco de potenciais desentendimentos entre os progenitores é, também, um fator de dissuasão para os críticos da guarda conjunta, considerando que aquele cenário representa a possibilidade de um sério comprometimento deste modelo.

Por outro lado, argumenta-se que a guarda conjunta não diminui o sofrimento causado aos filhos com o divórcio dos pais, nem constitui remédio milagroso para os problemas gerados por este, cujas consequências, em especial, o medo de serem abandonados pelos progenitores, são as mesmas, qualquer que seja a modalidade da guarda.

⁴¹³ Joseph Goldstein, Anna Freud e J. Albert Solnit, *Beyond the Best Interests of Child*, New York, Free Press, Columbia Law Review, volume 74, 1979, 996 e ss.; Johnston, Kline e Tschann, *Ongoing Post-Divorce Conflict. Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access*, Am. J. Ortho-psy-chiatry, volume 59, nº 4, 1989, 576.

⁴¹⁴ Da mesma forma, será contra-indicada a guarda compartilhada, como, por exemplo, quando os filhos são usados como moeda entre o casal, isto é, nas situações em que a disputa pela guarda é um espaço para o desenvolvimento de conflitos deslocados entre os pais. As crianças são usadas e manipuladas com a intenção de ferir, magoar ou obter vingança sobre o outro progenitor que é sentido e percebido como adversário a ser derrotado. Nessas situações, mais comuns do que se possa imaginar, é contra-indicada a guarda compartilhada, porque as crianças transformar-se-iam em instrumentos de investidas perversas. (Eliana Ridenti Nazareth, *Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família...*, citado, 83).

⁴¹⁵ CA Richards e Goldenberg, *Joint custody: Current issues and implications for treatment*, The American Journal of Family, Taylor & Francis, 1985, 1 e ss.

⁴¹⁶ Olindo Canali, *L'affidamento congiunto o custodia associata: una possibile alternativa*, in "V. Gigoli, G. Gullota e G.Santi, *Separazione, Divorzio e Affidamento dei Figli*", Milano, Giuffrè Editore, 1983, 284.

A guarda conjunta não aumentaria, também, fatalmente, o contacto da criança com o progenitor com quem não reside, nem o envolvimento deste nas decisões a tomar relativamente à educação dos filhos⁴¹⁷.

Os adversários da guarda conjunta trazem ainda à colação o argumento de que o instituto, em particular, quando envolve alternância de residência, implica uma grande instabilidade e sensação de insegurança para os menores e, mesmo quando a guarda conjunta é, apenas, legal, residindo o menor, tão-só, com um dos progenitores, existir o risco de discórdia entre estes quanto às decisões a tomar, que poderá provocar perturbações psicológicas nas crianças, apontando-se o receio de a fluidez ambiental inerente à guarda conjunta provocar confusão na sua mente, embora, para outros, se trate de um facto considerado como uma experiência enriquecedora para as mesmas, porque as expõe à diversidade, preparando-as melhor para se relacionarem com a vida futura.

Alguns autores opõem-se, igualmente, à guarda conjunta, por a conceberem como um perigo para o casamento e para a família, reflexo da banalização do divórcio, acabando por o incentivar, não minimizando o seu impacto negativo sobre as crianças, durante os primeiros anos subsequentes à dissolução do matrimónio.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais seria ainda susceptível de prejudicar, economicamente, o menor, quando o pai, a fim de diminuir ou eliminar a prestação pecuniária alimentar mensal, até com o pretexto do pagamento dos alimentos em espécie, na modalidade de «casa e companhia», prevista pelos artigos 2005º, nº 2 e 1676º, nº 1, do CC, ameaça requerer a guarda exclusiva, acabando a mãe, com receio de tal poder vir a suceder, por transigir na sua fixação, em montante inferior ao devido, assim contribuindo para o depauperamento dos rendimentos das famílias monoparentais, já de si as mais vulneráveis, financeiramente.

Deste modo, a opção pela guarda conjunta pode ocasionar perigos para a criança, vivamente, denunciados pela crítica feminista, veiculada nos EUA, atendendo à quebra do poder negocial dos progenitores, por ocasião da celebração dos acordos contemporâneos com a concertação do divórcio e suas consequências.

⁴¹⁷ Rosemary Mckinnon e Judith Wallerstein, *Joint Custody and the Preschooler Child*, Behavioral Sciences and the Law, volume 4, nº 2, 1986, 169.

Com efeito, alguns dos adversários do exercício conjunto situam-se, em especial, no mundo feminista, que, inicialmente, o saudou, mas que, entretanto, o tem adjetivado como um regresso ao «poder patriarcal», anterior à Reforma de 1977, argumentando que fortalece a posição do pai, quando não reside com o filho, atribuindo-lhe direitos, sem as correspondentes responsabilidades pelos cuidados quotidianos, e fragiliza a posição da mãe que, para além de assumir, sozinha, esses encargos, sofre ainda as interferências do pai, ficando dependente da obtenção de um acordo com este para tomar as decisões de particular importância relativas à educação do menor, diminuindo o seu poder negocial⁴¹⁸, vendo-se obrigada a desistir de vantagens económicas para reivindicar o estabelecimento da residência consigo, no momento da celebração dos acordos sobre os efeitos do divórcio.

Este movimento feminista da primeira vaga considera a guarda conjunta como um «backlash» contra a emancipação da mulher, devido à manutenção de poderes dos homens, em relação às ex-mulheres e aos filhos.

Por seu turno, sendo as mães obrigadas a manter contactos com os ex-maridos, estão sujeitas ao controlo destes e aos seus excessos de intromissões, em especial, nas situações com antecedentes de violência familiar ou abusos físicos, em que se justifica a proibição da imposição da guarda conjunta⁴¹⁹, considerando-se que esta é contrária aos interesses do menor quando um dos progenitores comete um crime contra o outro ou contra os filhos⁴²⁰.

Com efeito, um dos receios das consequências do regime da guarda conjunta consiste na possibilidade de o mesmo servir como instrumento de intromissão na privacidade dos pais separados, importando que estes respeitem, reciprocamente, o espaço de cada um, a sua intimidade, uma vez que não existe o denominado «livre trânsito» do ex-conjuge ou ex-companheiro na residência do outro.

⁴¹⁸ Anne Marie Delorey, *Joint Legal Custod: A Reversal to Patriarchal Power*, *Canadian Journal of Women and the Law*, volume 3, nº 1, 1989, 35; Catherine R. Albiston, Eleanor E. Maccoby/ Robert H. Mnookin, *Does Joint Legal Custody Matter?*, ..., citado, 167.

⁴¹⁹ Charlotte Germane, Margaret Johnson e Nancy Lemon, *Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in Califórnia: The Danger for Victims of Domestic Violence*, *Berkeley Women's Law Journal*, volume 1º, nº 1, 1985, 188 e ss.

⁴²⁰ Doris Jonas Freed e B. Timothy Walker, *Family Law in the Fifty States*, *FamLQ*, nº 4, volume XXI, 1988, 523 e 524.

Para além de não produzir os proclamados efeitos benéficos, o exercício conjunto constituiria, assim, uma mera etiqueta formal, aposta nos acordos dos pais, sem qualquer correspondência com o quotidiano real, sendo suscetível de determinar efeitos prejudiciais para as crianças, nos casos de relações, particularmente, conflituosas entre os progenitores, em especial, quando a mãe foi vítima de violência doméstica.

A este propósito, defendeu-se que, encontrando-se a mulher obrigada, nas situações de violência iminente, no quadro do exercício conjunto, a comunicar com o outro progenitor, com vista a tomar decisões relativas à vida dos filhos, é colocada em risco de ser, frequentemente, agredida e de os menores presenciarem cenas de violência entre os progenitores, e até daqueles serem vítimas da própria violência dos pais, ao pretenderem defender as mães⁴²¹, perpetuando-se os episódios de violência doméstica, em espiral, num modelo transmitido de geração em geração, através do designado efeito inter-geracional da violência⁴²².

Os filhos assistem, frequentemente, a atos de violência doméstica ou são, eles próprios, vítimas de violência, sofrendo, em consequência, problemas comportamentais, traduzidos numa tendência para a agressividade, emocionais, intelectuais e físicos⁴²³.

Questionando-se se a guarda compartilhada se justifica quando as crianças são muito pequenas, defende-se que, até aos quatro, cinco anos de idade, necessitam de um contexto, o mais estável possível, para o delineamento satisfatório da sua personalidade, e, portanto, a convivência em ambientes físicos diferentes, o fluxo constante de pessoas neles existentes, requer uma capacidade de adaptação e de codificação-descodificação da realidade, só possível a crianças mais velhas⁴²⁴.

⁴²¹ Fátima Jorge Monteiro, *Mulheres Agredidas pelo Marido: De Vítimas a Sobreviventes*, Organizações Não Governamentais do Conselho Consultivo da Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, Lisboa, 2002, 63 a 65.

⁴²² Amy B. Levin, *Child Witnesses of Domestic Violence: How Should Judges Apply the Best Interests of the Child Standard in Custody and Visitation Cases Involving Domestic Violence?*, *UCLA Law Review*, volume 47, 2000, n° 3, 831 a 840.

⁴²³ Fátima Jorge Monteiro, *Mulheres Agredidas pelo Marido: De Vítimas a Sobreviventes...*, citado, 63 a 65; Patrick Parkinson e Catherine Humphreys, *Children who witness domestic violence – the implications for child protection*, *Child and Family Law Quarterly*, volume 10, n° 2, 1998, 150 e 151.

⁴²⁴ Sérgio Eduardo Nick, *Guarda compartilhada...*, citado, 83.

Em especial, a guarda conjunta, com alternância de residência, constituiria uma solução mais adequada para crianças mais velhas, dotadas de um certo grau de maturidade e autonomia⁴²⁵.

A proximidade geográfica dos progenitores seria, particularmente, exigida quando se trate de exercício conjunto, com alternância de residência, para não provocar uma rutura no ambiente social de inserção da criança⁴²⁶, muito embora este requisito seja suscetível de relevar, com maior acuidade, em relação à menor idade da criança, à maior distância da localização dos outros membros da família e amigos, à rede de transportes e aos recursos dos pais⁴²⁷, para além de que a alternância do alojamento pode ser anual e os pais podem contactar entre si, por vários meios, no sentido de decidirem, em conjunto, as questões essenciais relativas à pessoa da criança⁴²⁸.

A falta de proximidade geográfica das residências dos progenitores pode constituir, por outro lado, um valor positivo para a afirmação da guarda compartilhada, justamente, porque possibilita à criança uma vivência da alternância, expondo-a à diversidade, e preparando-a melhor para os desafios da vida futura⁴²⁹.

Por seu turno, nos casos em que a criança se encontra muito insegura, a guarda conjunta mostra-se contra-indicada, uma vez que o menor, nessas condições, necessita de um contexto estável, devendo o tribunal, num quadro de dúvida razoável sobre o seu estado emocional, pedir uma avaliação psicológica específica sobre a capacidade adaptativa da criança em questão⁴³⁰.

VI.5. A guarda conjunta e a efetiva participação no exercício das responsabilidades parentais

A avaliação de todos os entendimentos precedentes, a favor e contra o modelo da guarda conjunta, impõe o registo de que esta se afigura, de todo o modo, como “a solução ideal quando os pais, apesar da sua separação, permanecem conciliadores e

⁴²⁵ M. Costanza, *Quale interesse nell'affidamento congiunto della prole?*, NGCC, 1997, Parte I, 593.

⁴²⁶ Patricia Grove, *Joint Custody: A Concept That Has Come of Age But Needs Refinement*, *American Journal of Family Law*, volume 1, nº 1, Spring 1987, 55 e nota (55).

⁴²⁷ Jay Folberg/Marva Graham, *Joint Custody following Divorce*, *University California, Davis Law Review*, 1979, 561 e 562.

⁴²⁸ Hughes Fulchiron, *Autorité Parentale et Parents d'Étrangers*, Paris, CNRS, 1985, 162.

⁴²⁹ Waldyr Grisard Filho, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*, ..., citado, 176.

⁴³⁰ Eliana Ridenti Nazareth, *Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família*, ..., citado, 83.

cooperadores”⁴³¹, dependendo as suas virtualidades, portanto, da sua aptidão para garantir aos filhos uma educação exemplar, razão pela qual se um dos progenitores demonstrar incapacidade moral ou psicológica para o desempenho da função parental se deverá optar pelo exercício unilateral, confiando-se os mesmos à guarda de um deles.

Se ao conflito, subsistente e arrastado, enquanto ex-cônjuges ou ex-membros da união de facto, se somar a sua oposição à solução da guarda conjunta, esta antevê-se como contraproducente e com reduzidíssima margem de sucesso.

Porém, inexistente qualquer razão particular para sustentar como argumento adverso ao modelo da guarda conjunta, o apontado perigo de desentendimentos entre os progenitores, pois que tal risco ocorre, da mesma maneira, seja em relação à guarda exclusiva, seja em relação a casais não separados ou divorciados, ou não represente a conflitualidade uma parte não despreciada da essência da natureza humana⁴³².

A divisão de competências, para além de potenciar o exercício das responsabilidades parentais, comprometendo cada um dos progenitores com a área específica de atuação mais favorável ou condizente com o seu desempenho vocacional, não representa uma patologia do instituto, sendo improcedente a observação, pois que, as decisões sobre questões de particular importância são tomadas, em conjunto, inexistindo repartição de matérias que se encontrem adstritas, em exclusivo, a um ou outro dos progenitores, uma vez que ambos decidem com o mesmo objetivo, qual seja o da prossecução da defesa dos superiores interesses das crianças.

Diz-se ainda que a guarda conjunta pode ser prejudicial para a criança, por mascarar a realidade, criando a falsa expectativa da reconciliação dos pais⁴³³.

Esta objeção revela-se, contudo, infundada, desde logo, porque a finalidade da guarda conjunta consiste em garantir o projeto que melhor permita defender os interesses das crianças, no qual se inclui a manutenção das relações paterno-filiais, e, depois, porque a expectativa da reconciliação dos pais, sempre presente no sub-consciente dos filhos, não depende da guarda conjunta, porquanto não é este modelo que cria a ilusão de uma possível reconstituição da família, mas, antes, a ausência de uma postura clara e, objetivamente,

⁴³¹ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, ..., citado, 289.

⁴³² Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, ..., citado, 286.

⁴³³ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, ..., citado, 288.

assumida pelos progenitores nesse sentido e, também, a crença dessa eventualidade no ideário dos filhos.

A inovação da existência de confusão e receio de que a guarda conjunta se transforme, pura e simplesmente, em residência alternada, com o risco de os filhos serem usados como instrumento de arremesso de um progenitor contra o outro e, por vezes, de tortura do outro cônjuge ou convivente, perdendo-se a noção de continuidade, essencial para o seu desenvolvimento⁴³⁴, não encontra justificação acabada, porquanto, a guarda compartilhada pressupõe, em princípio, que se determine a residência principal da criança, sendo este lugar o centro de referência do menor, o que não impede a sua deslocação, de modo a garantir que a sua rotina contemple momentos com o pai e outros com a mãe, sem prejuízo do retorno aquela residência.

A mudança regular de residência, com todos os efeitos que daí possam advir, inexistente na modalidade de guarda conjunta legal, exercendo ambos os pais direitos iguais, independentemente, da necessidade de fixação de uma residência única, que funciona como ponto de referência, a partir do qual irradiam os direitos e deveres dos dois progenitores⁴³⁵.

Na verdade, é um equívoco pensar-se que a residência deve ser estabelecida, somente, com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, pois que, a única identificação que importa não ser esquecida é o da pessoa de ambos os progenitores, sendo que a criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova realidade, criando uma vinculação com duas casas, e, deste modo, a permissão do convívio da criança com os dois transmite-lhe segurança, sem espaço para o medo do abandono^{436 437 438}.

É que a descontinuidade espacial e afetiva não invalida a capacidade de adaptação da criança e do seu amadurecimento para ultrapassar a situação.

⁴³⁴ Na Bélgica, a guarda alternada não é aceita pela jurisprudência. “Précisons toutefois que la jurisprudence belge dominante treste défavorable à cette solution de garde alternée parce qu’en instituant un nomadisme permanent elle paraît sacrifier à l’intérêt personnel des parents le besoin fondamental de stabilité du cadre de vie des enfants. En outre, elle offre peu de garantie du point de vue éducatif parce qu’elle est difficilement conciliable avec la nécessaire unité de direction qui est un élément sécurisant pour de jeunes enfants.” (Pousson-Petit, Jacqueline e Alain Pousson, *L’affection et le droit*, Editions du Centre national de la recherche scientifique, 1990, 102 e 103).

⁴³⁵ Waldyr Grisard Filho, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*,..., citado, 175; Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais*,..., citado, 286.

⁴³⁶ Luis Felipe Lyrio Peres, *Guarda Compartilhada*,
<http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=353&p=2>

⁴³⁷ Melanie Klein, *Melanie Klein Hoje*, Instituto de Psicanálise de Londres, Editor Geral: David Tuckett, apud “Luis Felipe Lyrio Peres, *Guarda compartilhada*,..., citado.

⁴³⁸ Sigmund Freud, apud “Luis Felipe Lyrio Peres, *Guarda compartilhada*, ..., citado.

Assim sendo, não encontram base de sustentação suficiente as críticas que apontam a instabilidade como consequência congénita do figurino da guarda conjunta.

Contudo, não é indiferente a idade das crianças, do ponto de vista da assimilação dos efeitos da guarda conjunta, demonstrando as que têm entre três a cinco anos mais perturbações comportamentais, em relação às crianças cuja idade se situa entre um e dois anos, que interiorizam as mudanças a que estão sujeitas, sendo certo que, de todo o modo, a linha de fronteira marcante, mais do que a da questão etária, se situa na diferenciação entre os pais que cooperam e se mostram capazes de isolar os seus conflitos pessoais da relação com a criança, por um lado, e aqueles que vivem num conflito contínuo, com manifestações de rejeição ou de violência familiar, por outro⁴³⁹.

As crianças das escolas primárias, face à sua maior maturidade, e aos contactos com outras, por vezes, em situações similares, são aquelas que melhor se adaptam à diversidade das relações com os seus progenitores separados, aceitando as mudanças com maior naturalidade.

Mas, se os resultados constatados ainda são o meio ideal de testar a bondade dos modelos, a investigação empírica transversal realizada, após um, cinco e vinte e cinco anos sobre o divórcio dos seus progenitores, permite concluir que o regime da guarda conjunta não diminui o sofrimento causado às crianças pelo divórcio, nem representa a solução milagrosa para todos os problemas causados por este⁴⁴⁰, inexistindo diferenças significativas, neste particular, entre as modalidades da guarda conjunta e da guarda única⁴⁴¹.

Numa perspetiva de longo prazo, não ocorrem diferenças marcantes na personalidade dos adultos, filhos de pais divorciados, quando se efetue a comparação entre aqueles que viveram e cresceram, sob a modalidade da guarda conjunta, e os que foram criados e educados, de acordo com o modelo da guarda unilateral, sendo certo, outrossim,

⁴³⁹ Rosemary Mckinnon e Judith Wallerstein, Joint Custody and the Prescholer Child, Behavioral Sciences and the Law,...., citado, 169.

⁴⁴⁰ Judith Wallerstein e Joan Kelly, Surviving the breakup, How children and parents cope with divorce, Basic Books, 1980, <http://isni.org/isni/0000000081180330>, ©1980, Books/Journals; Judith Wallerstein e S. Blakelee, Second Chances, Men, Women and Children a Decade after Divorce, Ticknor & Fields, New York, 1989, <http://id.lib.harvard.edu/alma/990015989510203941/catalog>.

⁴⁴¹ Judith Wallerstein, J. Lews e S. Blakelee, The Unexpected Legacy of Divorce, A 25 year Landmark Study, U.K., 2002, 167 a 175.

que, em qualquer das situações em confronto, se manifestam dificuldades de compromisso nas relações afetivas, com receio de rejeição, traição, fracasso ou perda repentina⁴⁴².

O exercício conjunto das responsabilidades parentais, enquanto guarda conjunta, em particular, na modalidade de guarda conjunta legal, apenas, confere aos progenitores o direito de tomar decisões relativamente à criança, sobre questões de particular importância para a mesma, cuja interação regular quotidiana cabe, quase, exclusivamente, ao progenitor residente, por via de regra, a mãe⁴⁴³.

Deste modo, o exercício conjunto, na modalidade de guarda conjunta legal, pode configurar-se como um conceito de natureza abstrata e vazio de conteúdo, a menos que ocorra a junção da guarda conjunta legal com a guarda conjunta física, sob pena de o progenitor não residente ficar desprovido do poder de decisão sobre as questões do quotidiano da criança, em lugar de manter com ela uma relação de especial proximidade, na base de uma interação diária, indispensável para fazer perdurar na família reestruturada as características essenciais da família intacta⁴⁴⁴, e, igualmente, de reprodução do modelo tradicional da guarda única/exercício exclusivo do poder paternal⁴⁴⁵.

E, assim sendo, o exercício conjunto, «maxime», na modalidade da guarda conjunta legal, representaria um mero conteúdo psicológico⁴⁴⁶, com um valor mais simbólico do que real, destinado a aumentar a auto-estima do progenitor não residente, por já se não sentir excluído da educação da criança⁴⁴⁷.

Considerando as observações, acabadas de destacar, importa concluir que as vantagens da guarda conjunta superam as suas fragilidades, uma vez que esta modalidade

⁴⁴² Judith Wallerstein, J. Lews e S. Blakelee, *The Unexpected Legacy of Divorce, A 25 year Landmark Study...*, citado, 167 a 175.

⁴⁴³ A realidade empírica francesa resultante da prática judiciária permite constatar a permanência do modelo tradicional, isto é, agora, o modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, com residência principal da criança com a mãe e direitos de visita do pai, em cerca de 85% das situações, e, apenas, em cerca de 14%, com residência principal da criança com o pai, Hughes Fulchiron, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale...*, citado, 121.

⁴⁴⁴ Barton S. Blond, *In the Child's Best Interests – A Better Way: The Case for Presumptive Joint Custody in Missouri*, *UMKC Law Review*, volume 52, 1983/1984, 573 e 574; Linnucia Canova e Luciano Grossi, *Ancora sull'Affidamento Congiunto od Alternato: Interesse del Minore o Finzioner Giuridica?*, *DFP*, Ano XX (1991), 740.

⁴⁴⁵ Marie Pratte, *La garde conjointe des enfants de familles désunis*, *Révue Générale de Droit*, volume XIX, nº 3, 1988, 572.

⁴⁴⁶ Massip, *Rép. Defrenois*, 1982, apud “Hughes Fulchiron, *Autorité Parentale et Parents Désunis*”,..., citado, 157.

⁴⁴⁷ François Ruellan, *A propôs de l'exercice en commun de l'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation de corps (loi du 22 juillet 1987)*, *ALD*, 1990, 34.

da guarda favorece a superação de conflitos, de ordem prática, e de crises e traumas internos dos protagonistas envolvidos.

Porém, não obstante os fundamentos ou pressupostos genéricos serem favoráveis à primazia da guarda conjunta, apenas, as condições e peculiaridades do caso concreto conferem ao juiz a segurança suficiente capaz de conferir idoneidade bastante para formar a convicção do tribunal no sentido de decidir por essa modalidade, tudo dependendo das possíveis implicações do instituto nos sujeitos vinculados a esta modalidade de guarda.

A teoria da guarda conjunta ou compartilhada propugna o envolvimento dos dois progenitores, no âmbito de todos os direitos e deveres da função parental, por entender que se não revela benéfico, na grande maioria dos casos, que, apenas, o residente mantenha ativo o seu papel parental, ao mesmo tempo que é sobrecarregado com as responsabilidades que advêm da «guarda exclusiva», no que concerne à prática de atos da vida corrente.

Assim, um dos pressupostos da atribuição da guarda conjunta é o de que, apesar da rutura do relacionamento entre os pais e das diferenças pessoais que daí possam decorrer, os mesmos continuem a exercer, em comum, a autoridade parental, tal como acontecia antes da dissolução do matrimónio ou da união de facto, porquanto, a finalidade do instituto da guarda compartilhada é o de conservar intactos os laços que uniam pais e filhos, antes do termo da relação.

A premissa que se encontra subjacente ao ideário da guarda conjunta consiste em obviar a que o desentendimento entre os pais atinja o relacionamento destes com os filhos, isto é, pretende-se com a guarda conjunta manter o mito do “casal parental”, apesar do desaparecimento do “casal conjugal”⁴⁴⁸.

Porém, importa responder, previamente, à questão de saber como se pode tornar viável o projeto da guarda conjunta, como é possível exercitar a guarda compartilhada, em ambiente, quase sempre, hostil ao entendimento entre os progenitores.

Naturalmente, que tudo se simplifica quando o casal dissolvido acorda os fundamentos da guarda conjunta e opta, conseqüentemente, seja através de orientação profissional - mediação -, seja por livre consentimento autónomo, seja por força de conciliação judicial, por esse modelo, o que, por certo, só acontecerá quando os seus

⁴⁴⁸ Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais, ..., citado, 271.

membros estiverem, suficientemente, bem informados sobre os meandros do instituto, com vista à satisfação dos superiores interesses das crianças e dos jovens menores.

Contudo, em muitas das situações de dissolução da vida conjugal ou congénere, a possibilidade da guarda conjunta não chega sequer a ser idealizada, ou, quando tal acontece, nem sempre ocorre pelas mais espontâneas razões de genuína preocupação com os interesses dos filhos, muito embora a desinformação ainda pareça ser o principal entrave à expansão e adesão mais entusiásticas a esta modalidade de guarda, sendo certo que os progenitores, de uma maneira geral, não intelectualizam as vantagens de um permanente convívio com os filhos, mesmo e, sobretudo, após a dissolução do casamento ou da extinção da união de facto.

Efetivamente, um ambiente de hostilidade e ressentimento entre os progenitores não cria condições favoráveis à constituição da guarda compartilhada, pois que, existe um grau elevado de probabilidade de que aqueles não saibam separar a ligação conjugal da função parental.

Assim sendo, é seguro afirmar que a guarda conjunta rompe com a certeza decorrente da experiência forjada numa certa convicção generalizada de que a guarda exclusiva é o melhor desfecho possível, ou, em termos menos entusiásticos, é o mal menor para superar a rutura conjugal ou afim.

Na verdade, a modalidade da guarda unilateral, sendo ainda a mais recorrente no imaginário dos progenitores desavindos, ou, mesmo, no imaginário social, não é, seguramente, aquela que apresenta menos riscos de conflitos potenciais, por não serem raros os casos de guarda exclusiva em que se observam as maiores perdas e custos, do ponto de vista psicológico, para todos os envolvidos⁴⁴⁹.

Com efeito, a guarda conjunta defende as necessidades afetivas e emocionais dos menores na procura constante e continuada de convívio com ambos os pais, após a separação destes, permitindo-lhes beneficiar de um relacionamento mais íntimo com os mesmos⁴⁵⁰, dando aqueles a falsa ilusão de que tudo continua como dantes, num contínuo e irrealizável desejo de reconciliação⁴⁵¹, tornando o divórcio menos traumático para as

⁴⁴⁹ Eliana Ridenti Nazareth, Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família, ..., citado, 78.

⁴⁵⁰ Judith Greif, Fathers, Children and Joint Custody, in "Joint Custody, A Handbook for Judges, Lawyers and Counselors, The Association of Family and Conciliation Courts, 1979, p. C2".

⁴⁵¹ Alice Holleaux, Dans l'intérêt des enfants, Le groupe familial, n° 98, 78 e 79, in "Irène Théry, La référence à l'intérêt de l'enfant, Du Divorce et des Enfants, Travaux et Documents, Cahier n° 111,

crianças, que não sentem a perda e o abandono de um dos pais, devido ao consenso a que estes chegaram, a propósito dos seus interesses, podendo ser ou não acompanhada da partilha pelos progenitores das questões do quotidiano do menor, através da organização de um plano de alternância da residência da criança entre os dois, ou seja, consubstanciando o exercício conjunto com residência principal ou o exercício conjunto com residência alternada.

VI.6. A guarda conjunta e a finalidade primeira da família

A guarda conjunta representa um modelo diverso da guarda unilateral, que reduzia a vivência entre pais e filhos a um reduto ideológico familiar imutável, exógeno às atuais formas de relacionamento e aos direitos sociais vigentes, em prejuízo dos direitos de personalidade dos seus membros.

O entendimento das relações familiares deve ser pautado pelos princípios da boa-fé e da confiança na continuidade das responsabilidades assumidas pelos progenitores na condução das mudanças por eles instituídas na dinâmica do novo relacionamento familiar consequente à rutura conjugal ou afim⁴⁵².

Com efeito, o modelo da guarda única olvidava os pais-homens, sobrecarregava as mães, obrigando-as a assumir uma dupla função, e privava os filhos de terem consigo ambos os progenitores e de desenvolverem, livremente, a sua personalidade, contribuindo para a cristalização de uma sociedade distorcida e desigual no desempenho e afirmação cultural dos seus membros.

Por seu turno, a guarda conjunta, responsabilizando ambos os progenitores, impõe a solidariedade familiar, mas tal não significa que as funções de ambos sejam exercidas, indistintamente, mas antes de forma complementar, não permitindo confundir a igualdade com a diferença, negando as individualidades.

Presses Universitaires de France, 1985, 34 e 35”; Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal relativamente à Pessoa do Filho, após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens, Porto,..., citado, 336.

⁴⁵² A regra básica da exequibilidade da decisão sobre o exercício das responsabilidades parentais é a boa-fé dos pais da criança, no sentido de que, por mais minuciosa que seja a respetiva regulamentação, a mesma tornar-se-á inconsequente se os progenitores, pretendendo instrumentalizar os menores, tentarem, por vias reprováveis, esvaziar, na prática, o seu conteúdo, quer dimanar de sentença decorrente de julgamento, com ou sem produção de prova direta, quer dos acordos celebrados e, judicialmente, homologados. A ambivalência que se cria, em muitas dessas situações, só viciará o processo de desenvolvimento da criança que, não raro, assume o seu controlo, procurando retirar dividendos da animosidade estabelecida entre os progenitores.

Este instituto apresenta ainda um alto valor preventivo e simbólico, ao pressupor um grau de comunicação suficiente entre os progenitores, indutor do diálogo entre ambos.

Ainda que se não deva procurar na guarda conjunta a idealização da família original, onde o conflito seria inexistente, o balanceamento dos poderes-deveres recíprocos dos progenitores nela implicados constitui um fator preventivo de eventuais crises e o princípio das relações democráticas subsequentes à dissolução matrimonial ou à extinção da união de facto.

A divisão cooperativa das responsabilidades parentais, no respeito pelas diferenças e na complementariedade das funções de ambos os progenitores, contraria a divisão setorial do regime da guarda única – guarda, visitas, fiscalização, pagamento - geradora de competição e exclusão, contribuindo para a desmistificação e eliminação da confusão entre o «poder paternal» e a «guarda».

A guarda compartilhada fomenta as situações propiciadoras do estabelecimento e continuidade dos vínculos de afeto, condição indispensável para a formação saudável da personalidade, restitui a responsabilidade aos progenitores que, enquanto adultos, optam pelo que acreditam ser o melhor para os filhos, sendo, assim, um modelo muito mais compreensivo do que restritivo e punitivo, onde a visão dos pais, enquanto titulares de direitos soberanos em relação aos filhos, desapareceu, porque o «poder paternal» deixou de significar posse ou domínio, para se transformar num conjunto de responsabilidades parentais.

Não são, efetivamente, os progenitores, no quadro do exercício das responsabilidades parentais, titulares de direitos, mas, apenas, de poderes-deveres, sendo antes as crianças e os jovens menores, destinatários de interesses, juridicamente, tutelados, os titulares ativos da relação de filiação.

A família deixa de poder ser concebida de forma dividida, sendo um sistema de vasos comunicantes, em que os seus membros exercem funções complementares.

Por isso, já não faz sentido enfatizar o princípio do superior interesse da criança e do jovem menor como, hipoteticamente, contraditório com os interesses dos progenitores, porquanto a realidade situa-se, antes, no superior interesse da família, cuja função primordial é a do atendimento e cuidado dos seus membros, conferindo-se prioridade ao

grau de fragilidade de cada um, mas em que o interesse da criança se traduz, sempre, na finalidade primeira da família.

A transformação do paradigma vigente no Direito da Família, com a instituição da guarda conjunta, confere ao menor o direito a uma família, qualquer que seja a sua composição, e aos progenitores o encargo pela sua continuação, sendo que a distribuição das responsabilidades parentais exigirá a revisão dos seus papéis e a apropriação das suas funções.

VI.7. Consequências da guarda conjunta

A rutura do vínculo conjugal gera uma nova situação fática para os filhos e para os pais, passível de potenciar uma dinâmica de reorganização da família, através do acordo dos progenitores, respeitante ao exercício das responsabilidades parentais, sujeito a homologação judicial ou administrativa, ou, na sua falta ou inconsistência, a uma sentença judicial não homologatória.

O advento da guarda conjunta visa reorganizar as relações entre pais e filhos, por ocasião da rutura do casal conjugal ou marital, conferindo aqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento do que aquele que a guarda exclusiva é capaz de propiciar⁴⁵³.

A determinação da residência dos filhos constitui o primeiro parâmetro a considerar na logística da concretização do modelo da guarda conjunta, porquanto assegura uma certa estabilidade à criança, que, dessa forma, conhece um único ponto de referência⁴⁵⁴.

O segundo aspeto a ser atendido, com vista à concretização da guarda conjunta, é o da educação, como principal missão dos pais, relevando, neste ponto, não só a manutenção e custeamento da escola ou das atividades «circum» ou extracurriculares, mas, também, os processos de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança, visando a sua melhor integração individual e social.

Enquanto no sistema tradicional da guarda exclusiva, o progenitor guardião adota e executa todas as decisões relativas aos cuidados e à educação dos filhos, perdendo o não guardião o direito à educação ativa das crianças, o exercício conjunto pressupõe um acordo permanente entre os pais no sentido de que as questões respeitantes à educação

⁴⁵³ Waldyr Grisard Filho, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*,..., citado, 143 e 144.

⁴⁵⁴ Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais*,..., citado, 271 e 272.

dos menores, enquanto atos de particular importância para estes, sejam sempre decididas, por ambos, numa comunhão de unidade educativa que deve ser mantida.

A questão relativa à educação conduz ao terceiro parâmetro fundamental à sobrevivência do exercício conjunto, qual seja, apesar da separação, o da necessidade de definição da participação pecuniária do ou dos obrigados, com vista à manutenção da criança, que pode ser materializada num acordo, em princípio, insindicável pelo tribunal, salvo se não corresponder aos interesses do menor, nos termos do disposto pelo artigo 1905º, nº 1, do CC, hipótese em que o respetivo quantitativo será fixado, por decisão judicial não homologatória, sendo certo que, quanto maior for o entendimento entre os progenitores, designadamente, a co-responsabilidade de ambos quanto ao cumprimento desse dever, melhor será a solução a alcançar, em matéria de prestação de alimentos.

A guarda colegial atribuí, por isso, aos pais, de forma igualitária, a guarda jurídica, ou seja, define ambos os progenitores como titulares das responsabilidades parentais e do seu exercício e, coerentemente, a sua responsabilidade civil pelos atos dos filhos menores, congregando, assim, a guarda material, pelo progenitor residente, com a guarda jurídica, por ambos os progenitores.

E, por isso, na hipótese da guarda conjunta, competindo ao pai e à mãe a responsabilidade pelos atos dos filhos menores, face ao exercício conjunto que lhes pertence, são, solidariamente, responsáveis pelos danos por eles causados, uma vez que “as decisões relativas à educação são tomadas em comum (e a guarda conjunta é construída sobre essa presunção), e ambos os progenitores desempenham um papel efetivo na formação diária da criança ou adolescente”⁴⁵⁵.

Porém, quando se verifica, apenas, a separação de fato entre os progenitores e, inexistindo, entretanto, a determinação judicial da guarda, presume-se, “*tantum juris*”, a manutenção da responsabilidade solidária de ambos⁴⁵⁶.

Na hipótese de divórcio ou de separação judicial, em regime de guarda unilateral, o progenitor guardião é o responsável pelos atos praticados pelo menor, com base na presunção de que lhe pertence a culpa pelo erro na educação ou falha na fiscalização e vigilância dos atos do filho, numa situação equiparável à da teoria da «culpa na

⁴⁵⁵ Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais*,..., citado, 277.

⁴⁵⁶ Waldyr Grisard Filho, *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*,..., citado, 155; e Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*,..., citado, 276.

formação da personalidade»⁴⁵⁷, excetuando-se o caso em que o evento danoso é produzido quando este esteja aos cuidados do outro progenitor⁴⁵⁸.

Os princípios, em análise, importam, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o estabelecimento de quatro regras fundamentais, cuja observância generalizada tem sido adotada pelos tribunais, e que consistem no direito da criança à continuidade das relações afetivas precoces, na presunção de que o interesse da criança implica a sua permanência junto do progenitor que, em termos predominantes, dele cuidou, desde o nascimento, a denominada pessoa de referência, na exclusão da alteração de qualquer uma das vertentes em que se desdobra o exercício das responsabilidades parentais, sem que ocorra uma alteração substancial e superveniente das circunstâncias em que foram definidas, e na consagração do regime-regra da guarda conjunta ou, melhor, do exercício colegial das responsabilidades parentais, a menos que tal se mostre contrário aos interesses do filho menor.

VII.CRITÉRIOS DE ESTABELECIMENTO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

VII.1. Exercício Unilateral das Responsabilidades Parentais

VII.2. Quadro legal existente, no espaço temporal compreendido entre a Reforma de 1977 e a Reforma de 2008

Se o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges na manutenção e educação dos filhos implicou a consagração do exercício em comum do poder paternal, durante a constância do matrimónio e na vigência da sociedade conjugal, depois da Reforma de 1977, realidade bem diversa acontecia, no que respeitava às situações posteriores ao divórcio e equiparadas, por, então, passar a vigorar o sistema oposto, isto é, o do exercício unilateral do poder paternal, o que constituía, de certo modo, um regresso ao passado, ou seja, ao sistema dos poderes especiais do pai como chefe de família.

Assim, no concernente às situações posteriores ao divórcio e afins, em oposição total ao que se passava na constância do casamento, desapareceu a presunção de acordo dos pais, relativamente à prática de atos usuais, e a exigência legal do consentimento expresso de ambos os progenitores para a realização de atos respeitantes à pessoa do menor, operando-se uma concentração do exercício de todos estes poderes-deveres, na

⁴⁵⁷ Eduardo Correia, Direito Criminal, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1971, 322 e ss.

⁴⁵⁸ Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada, ..., citado, 155.

pessoa do progenitor que detinha a guarda, mesmo tratando-se de questões de particular importância, enfatizando-se, assim, a figura do guardião e dos poderes especiais do mesmo.

Quer dizer, privilegiou-se o princípio da unidade da direção do poder paternal, em detrimento do princípio da igualdade dos progenitores na manutenção e educação dos filhos, porquanto o progenitor desprovido da guarda era, então, titular do poder paternal, enquanto o progenitor detentor da guarda dispunha da titularidade e bem assim como do exercício do poder paternal, adotando e executando todas as decisões relativas aos cuidados e à educação dos filhos.

Com efeito, a designação do progenitor a quem era entregue o menor, a quem era confiada a sua guarda, determinava, automaticamente, aquele a quem iria caber o exercício do poder paternal, exceto quando o menor fosse entregue a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, porquanto, na ocasião, nos termos do disposto pelos artigos 1907º, nºs 1 e 2, do CC⁴⁵⁹, e 180º, nº 4, da OTM⁴⁶⁰, os pais conservavam, não obstante a entrega a terceiro, o exercício do poder paternal, na parte que não fosse afetada pela mesma⁴⁶¹.

O próprio progenitor guardião era, em regra, o responsável pela administração dos bens do menor, embora esta prerrogativa pudesse ser separada das restantes, quando o exigisse o interesse do filho, tratando-se de uma hipótese, aliás, a única, com assento legal, de divisibilidade do exercício do poder paternal, em conformidade com o preceituado pelos artigos 1906º, nº 3, do CC, e 180º, nº 3, da OTM, então, vigentes.

O progenitor não guardião perdia, assim, o direito à educação ativa do filho, reduzindo-se a sua intervenção prática ao plano da afetividade e da vida de relação com o menor.

Com efeito, o progenitor não guardião não podia sequer proibir o progenitor a quem o poder paternal do menor fosse confiado, ainda que, provisoriamente, de o matricular num estabelecimento de ensino, situado fora do local da residência habitual da

⁴⁵⁹ Na versão anterior à Reforma de 2008.

⁴⁶⁰ Vigente, até ao dia 7 de outubro de 2015, em virtude da Lei nº 141/2015, de 8 de setembro, que instituiu o RGPTC, ter entrado em vigor, no dia seguinte.

⁴⁶¹ Assim, até à Reforma de 1995, o poder paternal era, invariavelmente, atribuído ao progenitor a quem o filho fosse confiado, tendo a referida Lei consagrado a possibilidade de o poder paternal ser exercido por ambos os pais, conquanto houvesse acordo de ambos nesse sentido.

criança⁴⁶², por se tratar de ato que cabia, no âmbito do direito à educação ativa do detentor da guarda, muito embora pudesse reagir contra o mesmo, se o interesse da criança se mostrasse ameaçado, devendo, para o efeito, demonstrar a existência de um perigo para a saúde, a educação, a segurança ou a formação moral do menor, no quadro legal da ação de nova regulação do exercício do poder paternal, consagrada pelo artigo 182º, nºs 1 e 2, da OTM, com repercussão numa eventual modificação da titularidade do exercício do poder paternal.

Os únicos atos de que a lei não prescindia, de todo, da participação do não guardião, no quadro legal do exercício unilateral do poder paternal, eram aqueles que contendiam com o seu consentimento para a adoção, por parte do cônjuge detentor da guarda, não separado, judicialmente, de pessoas e bens, atento o disposto pelo artigo 1981º, nº 1, b), mas que já não era extensível aos progenitores não casados ou divorciados, e com a escolha do nome próprio ou dos apelidos do filho, de acordo com o prescrito pelo artigo 1875º, nº 2, ambos do CC, podendo, porém, o não guardião opor-se a que o filho fosse impedido de usar os seus apelidos e não, apenas, os do guardião, nomeadamente, em atividades escolares ou, em correspondência, por ser de presumir que a composição do seu nome fora obtida por acordo⁴⁶³.

Efetivamente, não se exigia sequer a autorização do progenitor não guardião para que o filho, menor de 18 e maior de 16 anos, pudesse contrair casamento, de acordo com o estipulado pelo artigo 1612º, nº 1, ser emancipado, face ao prescrito pelo artigo 134º, para que o guardião propusesse ação especial de interdição por anomalia psíquica, surdez-mudez ou cegueira, atento o preceituado pelos artigos 141º, nº 2 e 138º, nº 1, todos do CC⁴⁶⁴, ou requeresse o internamento voluntário do filho, portador de anomalia psíquica.

Na verdade, optou-se, no quadro temporal em referência, por um sistema de partilha mínimo do exercício do poder paternal, após o fim do casamento, porque se considerou que a consagração do exercício conjunto se demonstrava, normalmente,

⁴⁶² Em sentido contrário, o Acórdão do TRE, de 26-3-98, BMJ nº 475, 798. O lugar da residência habitual dos filhos deve ser aquele em que eles viveram com ambos os pais e onde permaneçam com um único progenitor, Françoise Dolto, Quando os pais se separam, ..., citado, 21.

⁴⁶³ Acórdão do TRP, de 13-2-2003, CJ, Ano XXVIII (2003), T1, 186.

⁴⁶⁴ Na versão antecedente à introduzida pelo Regime Jurídico do Maior Acompanhado, criado pela Lei nº 49/2018, de 14 de agosto.

incompatível com o ambiente de ressentimento e de hostilidade decorrente do divórcio, que tornaria difícil a busca de um consenso⁴⁶⁵.

Assim sendo, como contrapartida do direito a uma comunidade de vida concedida ao detentor da guarda, em relação ao menor, oferecia-se, na altura, ou seja, repita-se, após a Reforma de 1977 e até à data da entrada em vigor da Reforma de 2008, ao não guardião o direito de visita, enquanto o direito de educação ativa conferido ao primeiro tinha os seus antípodas no direito de vigilância que a este último pertencia.

Por outro lado, o não guardião estava compelido a um particular «dever de colaboração», que encontrava o seu fundamento na titularidade do poder paternal que lhe competia, e cujo conteúdo abrangia uma série de ações a que se encontrava vinculado, nomeadamente, a de prestar assistência ao filho, em caso de internamento hospitalar, ou de cuidar do mesmo, na hipótese de doença ou ausência do guardião⁴⁶⁶.

VII.3. Quadro legal intercalar, após a Reforma de 1995 e a Reforma de 1999

Após a alteração ao CC, introduzida na sequência da Reforma de 1995, o artigo 1906º, nº 2, respetivo, facultou aos progenitores, incluindo aqueles que se não achavam vinculados pelo casamento, acordarem o exercício conjunto do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho, em circunstâncias, precisamente, idênticas às que vigoravam, para tal efeito, no período do matrimónio ou da união de facto, por força das disposições combinadas dos artigos 1912º, 1911º e 1905º, nºs 1 e 2, e bem assim como acordarem que determinados assuntos respeitantes ao poder paternal do menor fossem resolvidos, por mútuo consenso, atento o estipulado pelos artigos 1905º, nº 1 e 1906º nºs 2 e 3, todos do CC.

O regime da guarda conjunta ou o regime da guarda alternada ou partilhada ou repartida, ambas virtualidades normativas decorrentes do novo texto da Reforma de 1995, eram, porém, aplicáveis, tão-só, às situações que resultassem do acordo dos progenitores, e não já em consequência de decisão judicial operante, não homologatória do consenso dos mesmos nesse sentido.

⁴⁶⁵ Maria de Fátima Abrantes Duarte, O Poder Paternal, ..., citado, 178.

⁴⁶⁶ Ana Seisdedos Muiño, La Patria Potestad Dual, Universidad del País Vasco, 1988, 351 e 352; Francisco Rivero Hernandez, Les Relaciones Paterno-Filiales (Titulo, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad. Guarda y Cuidados y Regimen de Visitas) como Contenido del Convenio Regulador, in “Los Convenios Reguladores de las Relaciones Conyugales, Paterno Filiales y Patrimoniales en las Crisis del Matrimonio”, Pamplona, Universidad de Navarra, 1984, 100 a 102.

Antes da alteração legislativa iniciada com a Reforma de 1995, os tribunais portugueses já consagravam, pontualmente, o exercício conjunto do poder paternal, ainda que fosse inexistente o acordo dos pais, com base na redação do artigo 1905º, nºs 1 e 2, do CC, então, vigente⁴⁶⁷.

Aliás, nem sequer o exercício conjunto das responsabilidades parentais, com residência alternada, se encontrava, expressamente, proibido pela norma da lei⁴⁶⁸, muito embora se sustentasse que o seu teor literal e o respetivo argumento histórico de interpretação permitiriam concluir que a «ratio legis» foi, tão-só, a de igualizar os direitos e os deveres dos pais, e não dividir a criança entre as residências de ambos, devendo, por isso, a lei ser interpretada no sentido da não admissibilidade dos acordos de residência alternada⁴⁶⁹.

Isto não impedia, obviamente, que, em ação de regulação do poder paternal, ambos os progenitores acordassem no seu exercício conjunto, seja como guarda física única, seja como residência alternada, ou que fosse decretado um regime de guarda única, com exercício unilateral do poder paternal, ou de guarda alternada ou repartida, no qual o exercício do poder paternal, sendo, também, unilateral, é fracionado no tempo, de harmonia com o ritmo ou a cadência, previamente, definidos⁴⁷⁰.

Aliás, no período em que o progenitor não guardião exercia o direito de visita, «lato sensu», ou, presentemente, a, também, designada «relação de grande proximidade» com o menor, não deixava o detentor da guarda de continuar a ser o titular exclusivo do exercício do poder paternal, não devendo, em qualquer circunstância, ser posto em causa

⁴⁶⁷ Armando Leandro, *Temas de Direito da Família*,..., citado, 155; no sentido da posição dominante, que exigia o acordo dos pais, o Acórdão do TRC, de 6-6-1995, Pº nº1535/94, não publicado, que revogou a sentença do Tribunal de Família e de Menores de Coimbra, de 23-7-1994, que perfilhava aquele entendimento doutrinário, já citado.

⁴⁶⁸ Não foi este o entendimento do acórdão do TRC, de 06-06-1995, Pº nº 1535/94, PR 124-94, não publicado, que revogou a sentença do Tribunal de Família e de Menores de Coimbra, que considerou a vontade de ambos os menores, um de dez e outro de sete anos, na manutenção da solução da residência alternada estabelecida pelos progenitores, já com três anos de vigência e excelentes resultados demonstrados, e o caráter exemplar de educadores e cuidadores de ambos os pais, socorrendo-se, então, a sentença da posição doutrinária de Armando Leandro, *Temas de Direito da Família*,..., citado, 111 e seguintes, «maxime», 161, sendo certo que o entendimento da sentença revogada viria a ser consagrado pelo artigo 1906º, nº 2, do CC, na redação introduzida pela Reforma de 1995, como verdadeira lei interpretativa da divergência jurisprudencial e doutrinária pré-existentes.

⁴⁶⁹ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*,..., citado, 224 e 225.

⁴⁷⁰ Maria Clara Sottomayor, *Exercício do Poder Paternal relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens*,..., citado, 93 e ss.

pelo outro o princípio da unidade da educação do menor, definida pelo detentor, com ressalva da faculdade de o não guardião decidir situações urgentes, como seja, v. g., uma intervenção cirúrgica urgente para preservar a vida ou a integridade física do menor, ao abrigo do preceituado pelo artigo 1903º, nº 1, do CC.

O quadro legal do exercício unilateral do poder paternal, então, vigente, no Direito Português, concentrando todos os poderes nas mãos de um só dos progenitores, o designado «pai contínuo», opunha-se, claramente, à concessão ao não detentor da guarda, o denominado «pai descontínuo», de poderes concorrentes com os do guardião.

Deste modo, tendo-se confiado o menor à guarda de um dos progenitores, o que implica um quadro normativo situado, no âmbito do exercício unilateral do poder paternal, era, juridicamente, insustentável determinar, logo a seguir, que cabia a ambos os pais o exercício do poder paternal, uma vez que se tratava de duas realidades antinómicas, porquanto, agora, já se estava perante o modelo do exercício conjunto, além de que este último se baseava no pressuposto indeclinável do prévio acordo de ambos os pais⁴⁷¹.

E, assim, ou os pais estavam de acordo na regulação do exercício em conjunto do poder paternal dos filhos menores, ou, ao menos, no seu destino ou guarda, e nada impedia o tribunal de homologar o regime de guarda colegial, ou, então, inexistindo esse consentimento dos progenitores, o artigo 1906º, nº 2⁴⁷², do CC, impunha o regime da guarda única⁴⁷³.

Com efeito, afirmava-se, na ocasião, que “sendo a guarda conjunta do menor por ambos os progenitores de discutível admissibilidade legal, deverá, quando admitida, ser objeto de grande ponderação, devendo pelo menos encontrar-se asseguradas a estabilidade do menor a todos os níveis, a profunda identidade de estilos de vida e de projetos

⁴⁷¹ Acórdão do TRC, de 30-11-2004, Apelação nº 3404/04-1, não publicado.

⁴⁷² Na redação da Reforma de 1995.

⁴⁷³ Era este, aliás, o sentido do Princípio 6, do Anexo à Recomendação nº R (84) 4, sobre as responsabilidades parentais, adotada pelo Comité de Ministros do CE, em 28 de fevereiro de 1984, que, textualmente, dispunha que «no caso de dissolução do casamento ou separação dos progenitores a autoridade competente chamada a intervir deve regulamentar o exercício das responsabilidades parentais. Deste modo, deverá tomar as medidas apropriadas, repartindo por exemplo, o exercício das responsabilidades entre ambos os progenitores ou, se estes o consentirem, decidindo que sejam exercidas conjuntamente», porquanto só o consentimento, o acordo dos pais, nesta matéria, pode garantir o verdadeiro respeito pelo interesse do menor.

educativos dos progenitores, bem como o real entendimento e facilidade de comunicação entre eles”⁴⁷⁴.

Ora, o «real entendimento» exigia, na altura, o acordo de ambos os progenitores quanto a esse modelo, pois que, se fosse inexistente, faltava o pressuposto básico para a determinação do regime da guarda conjunta.

E, assim sendo, na convicção de que “o acordo concreto e quotidiano dos pais separados ou divorciados quanto à guarda, assistência, educação, representação e administração dos bens dos filhos se apresenta tão difícil que é preferível não colocar os menores na situação perigosa do desacordo frequente e traumatizante”⁴⁷⁵, o legislador estabeleceu o regime-regra da guarda única, definindo-o, no artigo 1905º, nº 2, e explicitando-o, nas suas consequências, nos artigos 1906º, nº 1 e 1907º, nº 2, todos do CC.

E foi no pressuposto deste entendimento que o legislador impôs ao tribunal que, se tivesse de decidir a questão da guarda, e não, apenas, homologar o acordo dos progenitores sobre a mesma, deveria confiar o menor à guarda única de qualquer dos pais, para ser um destes a exercer, em concreto, o poder paternal, na circunstância considerada como seu antecedente necessário de que se não foi possível aos mesmos manterem ou criarem a união que gerou os filhos, o que seria o ambiente ideal para o seu crescimento, se lhes não foi mesmo possível acordarem, fora dessa união, o exercício conjunto, seria de reputar que não se mostrava viável estarem criadas as condições imprescindíveis para o exercício diário conjunto dessas responsabilidades.

E ainda que, sendo os «nossos pais», igualmente, “exemplares na devoção e empenho que têm pelos filhos”, tornar-se-ia difícil, para qualquer deles, abrir mão de uma parcela da sua educação, por força de um inquebrantável amor paternal que se mantém inalterado, quanto a ambos, para além da separação do casal, não obstante o único interesse aqui em causa ser o dos menores, e que este exige, tanto como qualquer outra manifestação de amor, a capacidade de abrir mão do exercício permanente desse poder-dever, em favor de uma orientação unitária da educação que elimine “o risco do sentimento

⁴⁷⁴ Rui Epifânio e António Farinha, *Organização Tutelar de Menores*, Coimbra, Almedina, 1987, 321 e 322.

⁴⁷⁵ Armando Leandro, *Temas de Direito da Família*,..., citado, 155, sem embargo de o autor defender, na mesma obra, a possibilidade da guarda conjunta dos menores, independentemente, do acordo dos progenitores nesse sentido.

de ambivalência do menor e os perigos, decorrentes de conflitos, para a segurança e estabilidade indispensáveis ao equilíbrio psico-afectivo do filho”⁴⁷⁶.

E eram estes mesmos valores da segurança e estabilidade que contraindicavam, também, a implementação do modelo do exercício unilateral, na variante da guarda alternada ou repartida dos menores.

A redação do artigo 1906º, nº 1, do CC, oriunda da Lei nº 59/99, de 30 de junho, tornando dependente o exercício conjunto do poder paternal do prévio acordo dos pais, que decidiriam as questões relativas à vida do filho, em condições idênticas às que vigoravam, para tal efeito, na constância do matrimónio, continuando a ser aplicável, nos casos de falta de consentimento, o princípio do exercício do poder paternal pelo progenitor a quem o filho fosse confiado, conforme decorria do respectivo nº 2, consagrava, ao que parecia, tal como sucede com o direito alemão, a guarda conjunta dependente do acordo dos progenitores, como o regime-regra, que podia ser afastado, em caso de ausência de consenso dos pais, mediante decisão fundamentada do juiz, e a guarda unilateral ou individual, como a exceção, enquanto regime subsidiário, muito embora, sociologicamente, este último acabasse ainda por ser, largamente, o dominante.

E, na falta de acordo dos pais separados, o juiz não podia confiar a criança a um dos progenitores e determinar o exercício conjunto do poder paternal que, então, seria exercido, unilateralmente, pelo progenitor a quem o filho fosse entregue, podendo o outro vigiar as condições de vida e educação do menor⁴⁷⁷, tratando-se de uma situação que deveria ser qualificada como de presunção, “iuris et de iure”, de ausência de capacidade daqueles para porem em pratica o exercício conjunto do poder paternal, mesmo que, apenas, estivesse em causa a recusa justificada e de boa-fé de um deles nesse sentido⁴⁷⁸.

VII.4. Crítica aos critérios de atribuição da guarda exclusiva

A evolução dos critérios de determinação da guarda impõe que se considere, primeiramente, o seu significado implícito, enquanto atribuição de uma faculdade ou de um poder a um dos progenitores, em detrimento do outro⁴⁷⁹, e, sendo certo que as relações

⁴⁷⁶ Armando Leandro, *Temas de Direito da Família*,..., citado, 155.

⁴⁷⁷ Acórdão do TRP, de 19-06-2001, Pº nº 0120344, www.dgsi.pt

⁴⁷⁸ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*,..., citado, 227.

⁴⁷⁹ Parte-se da hipótese do exercício exclusivo do poder paternal, e não do exercício conjunto das responsabilidades parentais, que viabilize uma co-responsabilidade entre os pais no interesse dos filhos, Marta Polakiewicz, *El derecho de los hijos a la parentalidad, El derecho de familia y los nuevos paradigmas*,..., citado, 300.

entre homens e mulheres são, também, relações de poder, a afetação da guarda dos filhos envolve uma disputa entre ambos pela conquista dessa posição, reconhecendo-se, desta maneira, valores determinados ao que “perde” e ao que “ganha”⁴⁸⁰.

A importância de uma decisão judicial definidora da atribuição da guarda constitui fator determinante para a organização das relações de poder na família, embora esta se redesenhe com outros contornos, uma vez que ocorreu uma prévia dissolução do casamento ou extinção da união de facto ou um antecedente desentendimento no relacionamento dos progenitores não conviventes.

Nos antípodas do exercício conjunto das responsabilidades parentais, o regime do exercício unilateral ou, linearmente, da guarda única, significa um modelo de «tudo ou nada» [Winner take all⁴⁸¹, na terminologia inglesa, ou “Alles oder nichts”⁴⁸², na terminologia alemã], em que um é o vencedor e outro o vencido, pressupondo um conflito de soma zero, em que aquilo que um dos progenitores ganha equivale ao que o outro perde.

Ao guardião pertence o direito de fixar a residência da criança e de coabitar com ela, assumindo os poderes-deveres que integram o conteúdo das responsabilidades parentais, ou seja, o essencial das responsabilidades educativas do menor, quanto à sua formação escolar, cívica e religiosa, e a responsabilidade pela sua proteção física e moral, assegurando-lhe todos os cuidados materiais e afetivos necessários ao desenvolvimento da sua personalidade, na concretização do programa referido pelo artigo 1878º, nº 1, do CC.

Do lado do progenitor não guardião, resta, apenas, a titularidade do gozo das responsabilidades parentais, mas já não o seu exercício, nem a participação nas decisões de particular relevo relativas à educação das crianças, assumindo a veste de um observador passivo, desprovido de poderes decisórios quanto à pessoa dos filhos, reduzindo-se o seu papel aos contactos pessoais com a criança, no âmbito do direito de visita, e ao controlo do

⁴⁸⁰ As expressões em destaque reforçam a noção de que esses valores são produções culturais percebidas pelos sujeitos como uma realidade concreta, inferindo-se que as questões relativas à separação do casal, muitas vezes, não mantêm qualquer relação com a capacidade do ou dos progenitores em deter a guarda dos filhos. O que deve, efetivamente, ter prioridade na atribuição da guarda são as necessidades e interesses destes, Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Motta, Determinação da guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas, São Paulo, Revista Literária de Direito, 2006, 354.

⁴⁸¹ Jay Folberg/Marva Graham, Joint Custody following Divorce, ..., citado, 523 e 536.

⁴⁸² Stratz, Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochen Familie, FamRZ 1975, 544.

modo como as responsabilidades parentais são exercidas pelo progenitor a quem foi confiada a guarda, consubstanciando o direito de vigilância que lhe compete⁴⁸³.

Estas consequências jurídicas do modelo do exercício unilateral eram ainda geradoras de um clima de conflito entre os progenitores, potenciando recriminações mútuas e a instrumentalização dos filhos, no palco das suas lutas ainda não terminadas, porque não desfeita a relação psicológica que os uniu.

Sendo, por via de regra geral, a mãe a beneficiária do exercício unilateral, encarava esta prerrogativa, simultaneamente, como um prémio e um castigo, aquele oriundo do modo como se havia, muitas vezes, devotado aos filhos, e este proveniente de uma não disfarçada preferência de género, mas que a sobrecarregava em demasia, económica, física e, psiquicamente, pressionando-a a trabalhar mais e, inversamente, privando-a de mais tempo disponível para se dedicar aos filhos, o que acabava por constituir um desengano para as mães e uma insatisfação para os filhos⁴⁸⁴.

Por seu turno, o pai, afastado da guarda, ficava excluído da educação dos filhos e subaproveitado no seu processo de formação, com a consequente limitação de contactos com os mesmos, tendencialmente, conducente à sua supressão⁴⁸⁵, o que, por arrastamento, conduzia a uma diminuição das relações da criança com metade da sua linha de parentesco⁴⁸⁶.

A guarda única é, à partida, uma opção menos construtiva, na perspetiva da família, porquanto um dos progenitores assume o exercício das responsabilidades parentais, com marginalização ou, até, exclusão do outro, favorecendo a função maternal, em detrimento da função paternal, numa relação percentual de 90% para 10%, respetivamente, com base numa fundamentação científica, não raro, eivada de preconceitos de cariz ideológico⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Ana Carolina Brochado Teixeira, *Família, Guarda e Autoridade Parental*, São Paulo, Renovar, 2005, 110.

⁴⁸⁴ Jay Folberg e Marva Graham, *Joint Custody Following Divorce*, U. C. D. Law Review, 1979, 553 e 554; Maria Rosa Grimaldi, *Affidamento Congiunto e Alternato della Prole tra Psicologia e Diritto*, DFP, XVIII, 1989, 320; Judith Wallerstein e Joan Kelly, *Surviving the breakup, How children and parents cope with divorce*,..., citado, 110 a 113.

⁴⁸⁵ Maria Rosa Grimaldi, *Affidamento Congiunto e Alternato della Prole tra Psicologia e Diritto*,..., citado, 321; Jay Folberg e Marva Graham, *Joint Custody Following Divorce*,..., citado, 555.

⁴⁸⁶ Wassilios Emmanuel Fthenakis, *Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, Kinderpsychitrie und Familienrecht*,..., citado, 5.4.2.1.

⁴⁸⁷ A má e superficial interpretação da teoria psicanalítica, as reivindicações dos movimentos feministas, a entrada maciça da mulher no mundo laboral, o seu progressivo acesso ao saber, Maria Saldanha Pinto Ribeiro, *Divórcio: Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar*,..., citado, 155 e 149 e 150.

Esta deriva sexista do sistema do exercício unilateral, em benefício da mulher, mais do que pela função que exerce, está na origem das desvantagens que lhe estão associadas, e que se traduzem num desequilíbrio de poderes e na imposição de um desvio sistemático na abordagem pelo tribunal, na deturpação da imagem da mãe e na desvalorização generalizada da representação e da função do pai, na desestabilização dos menores, pela perda frequente de um dos pais, e no envolvimento do tribunal nas decisões familiares, por vezes, sem o «know-how» suficiente para intervir, em termos passíveis de, contraproducentemente, não estimular o conflito familiar.

Ora, a família que, por vezes, tinha estabelecido um equilíbrio frágil, na fase pré-judicial, vivendo a criança, de uma forma flexível, entre as duas casas dos progenitores, pode, com a intervenção exógena do tribunal, ao conceder um poder total, de direito e de facto, quase sempre, ao mesmo progenitor, com base em argumentos pseudo-científicos, apoiados numa presunção maternal, de natureza judicial, ser conduzida a uma espiral de conflito, totalmente, desestabilizador.

Mas, se o modelo do exercício unilateral assenta numa razão de desconfiança em relação ao pai que, por via de regra, penaliza, é, por outro lado, prejudicial para a mãe, a quem se exige um enorme sacrifício económico, psicológico e social, ao concentrar na sua pessoa todas as responsabilidades com o crescimento físico, educação e formação dos filhos, sob pena de assumir um pesado estigma social, na hipótese de não litigar em juízo, até à exaustão, pela sua guarda, mesmo quando reconheça ao progenitor masculino algumas vantagens na disputa pelo destino daqueles.

Ao invés, alguma apatia e desinteresse dos progenitores masculinos pela controvérsia da guarda dos filhos advém da crença generalizada de que se trata de uma batalha perdida, em que o tribunal, terceiro independente e imparcial, já ditou o resultado, mesmo antes de o litígio terminar.

A isto acresce que a criança nem sempre compreenderá que só a um dos progenitores seja dado todo o poder e responsabilidade, enquanto que o outro permanece estranho à sua educação, vendo a sua autoridade ser substituída pela do tribunal, que o suplanta, obrigando-a, por vezes, na perspetiva do desenlace final que antevê, a fazer uma opção inteligente em relação ao progenitor que declara ser aquele com quem deseja viver.

O dilema da lealdade afeta muitos menores, em regime de exercício unilateral, com inequívocas repercussões, em sede de formação da personalidade e do

desenvolvimento do equilíbrio infantil, em que o amor ao progenitor não guardião parece revelar-se incompatível com o amor que dedica aquele com quem coabita, como se se tratasse de «dois amores» incompatíveis.

Os contornos do conceito da guarda unilateral deveriam ser repensados, em termos de uma redefinição da competência do progenitor guardião, para que a continuidade do percurso de vida dos filhos seja programada, de modo a viabilizar a responsabilização de ambos os pais, assim se organizando uma redistribuição de funções, em consequência do novo arranjo familiar⁴⁸⁸, decorrente ou não de uma decisão judicial não homologatória.

A fundamentação da necessidade de atribuição unilateral da guarda dos filhos, em certos princípios gerais, tendentes a sustentar a preservação do superior interesse das crianças⁴⁸⁹, sem que se proceda à sua reavaliação, a fim de responderem, afirmativamente, à tutela dos seus interesses, pode conduzir, paradoxalmente, à defesa de soluções subsidiárias de um dogmatismo formal, sustentadas em ideias pré-concebidas.

De uma maneira geral, o conteúdo das decisões sobre a guarda respeita aos valores da educação e formação do caráter dos filhos, tendo como pressuposto a unidade dos critérios e a estabilidade das experiências, com o objetivo de não ser desvirtuada a personalidade da criança, que poderia ficar, irremediavelmente, comprometida com a imposição do exercício da guarda conjunta.

Porém, a concentração de todas as decisões na figura do progenitor guardião provoca a exclusão do outro, em relação à educação e à formação dos filhos, em virtude da confusão reinante entre os conceitos de unidade e unipessoalidade.

É que o conceito de unidade contende com a convergência de vontades numa mesma direção, e não, como acontece com o conceito de unipessoalidade, com a concentração do poder de decisão num único sujeito.

⁴⁸⁸ Marta Polakiewicz, El derecho de los hijos a la parentalidad, El derecho de familia y los nuevos paradigmas,..., citado, 300.

⁴⁸⁹ Reconhecendo o interesse da criança como critério essencial para determinação da guarda, Eduardo de Oliveira Leite, Famílias monoparentais,..., citado, 193 a 202; Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental,..., citado, 61 a 64; Silvana Maria Carbonera, Guarda de filhos na família constitucionalizada,..., citado, 124 a 140; Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Motta, Determinação da guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas,..., citado, 354.

Admitir que o interesse que sustenta as bases da organização da família nuclear e a sua proteção jurídica se baseia, necessariamente, na manutenção do vínculo matrimonial, sob pena de ser inconcebível, em caso de separação ou divórcio, antever um horizonte de esperança para essa nova formação, potencialmente, saudável, porquanto, todo o esforço de abordagem das relações familiares, depois da rutura, estaria condicionado pela ideologia das “famílias incapacitadas” ou de “menor validade”, que seriam inidóneas para produzir respostas válidas às exigências da parentalidade, é suscetível de constituir um diagnóstico, demasiadamente, severo, para o universo das situações, e de representar uma negativa visão prospetiva da potencialidade da reconstrução das relações familiares⁴⁹⁰.

A sistemática atribuição unilateral da guarda, quer no plano jurídico, quer no cultural, tem subjacente uma ideia de repartição subsequente à separação, isto é, a lógica de que os filhos seriam bens objeto de distribuição, mas como não são bens de natureza divisível, optar-se-ia pela solução da sua designação exclusiva a um dos progenitores⁴⁹¹, na lógica da incapacidade funcional da estrutura familiar resultante da dissolução.

A construção jurídica em que se desenvolveu o instituto da guarda exclusiva, assente em pressupostos sociológicos e ideológicos não demonstrados, conduz ainda a que nem sempre a evolução do desenvolvimento biopsicossocial da criança, em distintas etapas desse processo, contende com a adoção de repostas diferenciadas que impliquem uma maior ou menor participação de um ou outro dos progenitores, em termos de alteração do regime da guarda, considerando o princípio da estabilidade da relação educativa⁴⁹².

Com efeito, importa reconhecer a existência de uma incompatibilidade substancial entre a manutenção estática do «status quo ante» e o dinamismo específico do desenvolvimento das crianças.

Segundo o padrão tradicional de determinação da guarda, o interesse das crianças alterar-se-ia conforme o estado civil dos pais, ou seja, a sociedade sobrevaloriza o homem que, na vida matrimonial, trabalha muitas horas diárias para prover ao sustento familiar, considerado um benefício inquestionável com vista à realização do melhor interesse

⁴⁹⁰ Marta Polakiewicz, El derecho de los hijos a la parentalidad, El derecho de familia y los nuevos paradigmas..., citado, 301.

⁴⁹¹ Os fundamentos da guarda unilateral sustentam-se, sobremaneira, no princípio, pacífico e unânime, na doutrina e na jurisprudência, de que se deve, primordialmente, assegurar o «status quo ante» da criança, o direito da criança à continuidade das suas realações afetivas precoces, sendo certo que o discurso psicanalítico foi, também, bastante colaborante com esta proposição.

⁴⁹² Acórdão do TRC, de 13-02-2015, CJ, Ano XL (2015), T1, 293.

das crianças, enquanto que, a partir da separação ou do divórcio, o correspondente desinvestimento contraria esse interesse e impede a atribuição da guarda ao pai⁴⁹³.

Com efeito, a afetação unilateral da guarda implica uma divisão de tarefas, de poderes e deveres entre os progenitores⁴⁹⁴, cuja repartição se realiza, em conformidade com um modelo de ónus e compensações, porquanto, aquele que tem a guarda dos filhos é fiscalizado pelo que a não tem, sendo que a este é exigido, por sua vez, o dever de cumprir a prestação alimentícia e a obrigação de relacionamento estreito com os mesmos.

Esta aparente compensação gera sobrecarga de responsabilidades, pois que, se assiste a uma desvinculação das funções parentais atribuídas aos progenitores, o que significa que o progenitor a quem é deferida a guarda acaba por impor uma relação de domínio sobre os filhos, enquanto que o outro sofre um processo de exclusão do convívio, ao mesmo tempo, que se liberta dos encargos patrimoniais e não patrimoniais que as responsabilidades parentais importam.

Sendo, assim, as principais características distintivas da atribuição da guarda unilateral estão catalogadas em duas proposições, remetendo a primeira para a exclusão do pai da possibilidade de uma convivência contínua com os filhos, uma vez que não detém a sua custódia, em detrimento da mãe, que é o progenitor que apresenta maior disponibilidade de tempo para cuidar da criança, enquanto que a segunda reflete a situação do progenitor não guardião, a quem pertence o exercício da função de supervisão da educação dos filhos, como forma de evitar a marginalização do seu poder-dever parental.

Passa pelo imaginário social o preconceito de que as decisões judiciais possam conferir um valor negativo ao interesse do pai que reclama a guarda conjunta dos filhos, por tal poder indiciar uma atitude relutante em assumir, na plenitude, os deveres e responsabilidades que implica a paternidade, sendo, contudo, mais desfavorável a valoração implícita sobre a intenção da mãe em estabelecer a guarda compartilhada, uma vez que se considera, embora, erroneamente, esta atitude como a demonstração de um desejo encoberto e inconfessado de abdicação da guarda, na sua plenitude.

Na verdade, ainda de acordo com esta leitura subentendida do comportamento dos progenitores, o pai que expressa o desejo de compartilhar a guarda demonstra a

⁴⁹³ Marta Polakiewicz, El derecho de los hijos a la parentalidad, El derecho de familia y los nuevos paradigmas, ..., citado, 302.

⁴⁹⁴ A guarda unilateral é deferida a um dos progenitores, mantendo-se a autoridade parental, com a sua titularidade e exercício, conjugadamente.

intenção de que não querer pagar a prestação de alimentos para a subsistência dos filhos, enquanto que a mãe, com idêntico objetivo, encontra-se a abrir mão de um atributo natural da condição feminina, revelando, como tal, uma faceta inconcebível, suscetível de uma relativa desconfiança do decisor quanto à potencialidade da sua capacidade parental para ver ser-lhe deferida a guarda.

Da mesma forma, os fundamentos utilizados pelas decisões judiciais para afastar o modelo da guarda conjunta estão imbuídos por valores que aparentam desconhecer os inconvenientes da atribuição unilateral da guarda, sustentados na preservação do modelo da família nuclear e desvalorizadores da organização familiar posterior ao rompimento da sociedade conjugal, impedindo, assim, a aferição de um real interesse dos filhos na definição da guarda.

Por isso, deveria o juiz fundamentar, desde logo, a decisão de não decretar, mesmo em sede homologatória, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, com a impossibilidade de obter o acordo dos pais, funcionando a recusa de um deles como presunção, «iuris et de iure», de que lhes falta a capacidade de cooperação imprescindível para por em prática o exercício colegial⁴⁹⁵.

O que não poderia acontecer, manifestamente, nesta lógica de entendimento, era confiar-se o menor a um dos progenitores e manter-se, na ausência de acordo de ambos, o exercício conjunto do poder paternal, para evitar as constantes intromissões do progenitor não guardião, sem prejuízo do direito de vigilância que a este compete⁴⁹⁶.

O modelo de exercício unilateral que o sistema normativo-legal consagra, subsidiariamente, significa, em princípio, uma violação do direito fundamental de um dos progenitores à educação dos filhos e do correspondente direito das crianças à manutenção de relações pessoais e contatos diretos regulares com ambos.

É, por isso, que, devido ao desequilíbrio e desarmonia verificados na estrutura familiar, após o divórcio, com a implementação do modelo da guarda única, se vêm desenvolvendo, há vários anos, desde logo, em sede de Direito Comparado, e, entre nós, a partir da Reforma de 1995, no âmbito do exercício unilateral do poder paternal, tentativas no sentido de permitir o alargamento, quantitativo e qualitativo, do direito de visita e a

⁴⁹⁵ Em Itália, apenas, nas situações da guarda exclusiva se impõe a obrigatoriedade de motivação da decisão, Massimo Paradiso, *Potestà dei genitori, abuso e interesse morale e materiale della prole*,..., citado, 208.

⁴⁹⁶ Acórdão do TRP, de 26-5-2000, www.dgsi.pt

inclusão, no conteúdo do direito de vigilância, de um direito de consulta e de informação, quanto às questões de particular importância para a vida das crianças.

Para além da ampliação do conteúdo destes direitos, outras modalidades de guarda e do exercício do poder paternal têm sido praticadas, com vista a proteger o direito ao relacionamento das crianças com ambos os progenitores e a promover a igualdade de direitos e de responsabilidades entre estes.

A liberalização do divórcio, subsequente às reformas dos anos setenta do século passado, associada à desdramatização da rutura dos laços conjugais, permitiu superar a ideia da precariedade do «casal conjugal» e realizar uma transição mais tranquila para a nova filosofia da perenidade do «casal parental», com base no princípio da natureza indestrutível dos vínculos existentes entre pais e filhos, cuja eventual rutura não acompanha, nem tem de acompanhar, de modo automático, a dissolução da sociedade conjugal ou afim, sobrevivendo a família sanguínea, independentemente, da causa que lhe pôs fim.

É já o modelo da guarda única maternal a deixar de fazer sentido como símbolo de um privilégio maternal de facto, acompanhando o fim do padrão da família tradicional, expressão da crescente fungibilidade dos papéis do homem e da mulher, no mundo laboral e no seio familiar, como reflexo do princípio predominante da igualdade de sexos.

Neste amplo movimento de procura de soluções alternativas ao sistema tradicional do exercício unilateral do poder paternal, destaca-se, sobremaneira, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, visando um sistema de guarda mais adaptado às necessidades das crianças e jovens menores e, igualmente, mais próximo da família nuclear intacta.

VII.5. Âmbito do controlo judicial dos acordos dos progenitores. Consequências.

No acordo dos progenitores sobre o exercício das responsabilidades parentais, subsequente à prolação da sentença de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, ou, no divórcio por mútuo consentimento, administrativo ou judicial, apenas, deverá ser consagrado ou reconhecido o modelo do exercício unilateral, em questões de particular importância, desde que a sentença ou decisão, ainda que judicial, meramente, homologatória, se encontrem, devidamente, fundamentadas, e quando for indiscutível que o exercício conjunto é contrário aos interesses dos filhos, com base no preceituado pelo artigo 1906º, nºs 1 e 2, do CC.

Deste modo, independentemente, de se estar perante uma situação de acordo, previamente, elaborado pelos progenitores ou de requerimento formulado por um deles com vista à definição das responsabilidades parentais, impor-se-á que o juiz ou o MP, este último, em sede de divórcio por mútuo consentimento administrativo, em que se verifique identidade de pontos de vista com os progenitores, averiguem qual é a melhor solução para a defesa dos interesses da criança, só podendo ser decretado o exercício unilateral se a solução colegial se revelar, manifestamente, contraproducente para os interesses da mesma.

Na verdade, sendo inadmissível uma aceitação acrítica do exercício conjunto, por maioria de razão, seria o reconhecimento, sem mais, de uma proposta de ambos os progenitores quanto ao exercício unilateral, o qual, repete-se, apenas, deve merecer consagração, por parte do juiz ou do MP, quando, por decisão fundamentada, o exercício colegial, nas questões de particular importância para a vida do filho, for considerado contrário aos interesses da criança, de acordo com o disposto pelo artigo 1906º, nºs 1 e 2, do CC.

E o critério de definição do conteúdo do conceito «melhor interesse para as crianças», com vista à eventual rejeição do exercício conjunto, por ser de natureza, relativamente, indeterminada, carecido de preenchimento valorativo, deve ser procurado com recurso a todos os meios de prova disponíveis, fazendo-se apelo aos conhecimentos científicos vigentes, sem presumir, «a priori», a inconveniência do exercício colegial.

Apor seu turno, inexistente qualquer presunção natural favorável ao exercício exclusivo das responsabilidades parentais, em benefício da pessoa de referência do menor, nomeadamente, nos casos de “elevada conflitualidade e incapacidade de cooperação e comunicação entre os pais, sempre que a criança seja de tenra idade e a pessoa de referência não confie na competência parental do outro progenitor ou receie negligência e maus tratos, em situações em que haja indícios ou suspeitas de maus tratos e de abuso sexual em relação à criança por parte do progenitor não residente, nos casos de desinteresse do progenitor não residente ou de falta de laços afectivos entre o progenitor e criança, e, ainda, nos casos em que haja indícios de violência doméstica contra a mãe”, “em

famílias em que existe uma elevada conflitualidade entre os pais e, em geral, em casos de discordância insanável entre estes quanto à educação dos filhos”⁴⁹⁷.

Já deveria, porém, ser decretado o exercício unilateral, a favor da mãe, por mera decorrência fáctica do “nascimento fora do casamento, se a paternidade for estabelecida por reconhecimento judicial ou, ainda que tenha sido estabelecida por perfilhação, esta não foi efectuada na altura do nascimento ou resultou de termo lavrado em juízo num processo de averiguação oficiosa da paternidade [artigo 1865º, nº 3] e, nos casos de abandono da mulher pelo marido, durante a gravidez, e de incumprimento da pensão de alimentos à mãe relativa ao período de gravidez e ao primeiro ano de vida do filho, nos termos do artigo 1884º”⁴⁹⁸, independentemente, de prévia necessidade de averiguação das especificidades do caso concreto, sem embargo de que a opção pelo melhor modelo para a defesa dos interesses do menor, em especial, no sentido de rejeitar o exercício colegial para, fundadamente, aderir ao exercício unilateral, como quer a Lei, “exi[ge]ja à partida o preenchimento de um certo número de requisitos, que a jurisprudência, criteriosamente, discernirá”⁴⁹⁹.

O que não significa, naturalmente, que, na análise casuística da concreta situação do menor, não deva ser atendido o facto de se estar perante uma criança de tenra idade, com fortes laços afetivos à mãe⁵⁰⁰, uma reiterada manifestação de desacordo dos progenitores num conjunto de questões relevantes, ou de incapacidade de superação dos conflitos⁵⁰¹.

Com efeito, no âmbito da tensão dialética poder paternal/responsabilidades parentais, só pode falar-se, verdadeiramente, em responsabilidades parentais, no quadro do seu exercício conjunto, posto que o exercício unilateral representa ainda uma expressão com os contornos do antigo «poder paternal», bem mais distante do poder partilhado da nova ideologia parental, constituindo, de algum modo, uma contradição nos seus próprios termos («contradictio in adjecto»), a utilização promíscua da expressão corrente «exercício unilateral das responsabilidades parentais».

⁴⁹⁷ Como, em sentido contrário, defende Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, ..., citado, 260, 261 e 258.

⁴⁹⁸ Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, ..., citado, 261.

⁴⁹⁹ Acórdão do TRC, de 05-05-2009, Pº nº 530/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

⁵⁰⁰ Acórdão do TRL, de 14-12-2006, Pº nº 8506/2006-6, www.dgsi.pt

⁵⁰¹ Acórdão do TRC, de 4-05-2010, Pº nº 1014/08.8TMCBR-A.C1; Acórdão do TRL, de 18-12-2007, Pº nº 9204/2007-2; Acórdão do TRE, de 2-11-2006, Pº nº 1677/06-2, www.dgsi.pt

O controlo judicial que incide sobre os acordos relativos ao exercício das responsabilidades parentais, com vista à sua eventual homologação, assume particular acuidade quanto à determinação da residência do filho e aos direitos de visita, em comparação com a questão dos alimentos e a forma de os prestar, por serem mais impressivos os requisitos que condicionam a sua aprovação quanto aquelas duas primeiras questões, face à última, em virtude da diferente redação dos artigos 1906º, nº 5 e 1905º, nº 1, ambos do CC, embora nenhuma delas resista ao filtro inultrapassável da sua correspondência com os interesses do filho menor, como a entidade familiar mais fraca e desprotegida que o tribunal deve tutelar.

Com efeito, a redação atual do artigo 1905º, do CC, reserva o acordo dos pais, nas situações de divórcio e assimiladas, tão-só, para a questão dos «alimentos devidos ao filho e forma de os prestar», embora sujeito a recusa de homologação se não corresponder ao interesse do menor, subtraindo, portanto, o «destino do filho», ou seja, a «guarda» ou a «confiança à guarda»⁵⁰², ou, ainda, mais, precisamente, a «questão da residência do menor», ao sistema da auto-composição dos interesses dos progenitores, não obstante o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro sejam, entre outras «circunstâncias relevantes», fatores a considerar no sentido da determinação da residência do menor e, conseqüentemente, da modalidade e sub-espécie da guarda, conforme flui do estipulado pelo artigo 1906º, nº 5, do mesmo diploma legal.

Quer isto dizer, por outras palavras, que o sistema da auto-composição dos interesses dos progenitores, independentemente, do antecedente regime de recusa de homologação judicial do acordo daqueles, por falta de correspondência ao interesse do menor, já não vale para a questão do destino, confiança à guarda, guarda ou residência deste, e da relação de grande proximidade com ambos os progenitores e outros parentes próximos, mas, apenas, para a questão dos alimentos e forma procedimental de os prestar.

Assim sendo, é, hoje, o tribunal quem determina, autonomamente, a questão da guarda do menor, ou melhor, da sua residência, sendo de relevar o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro, e não estes quem apresenta um acordo sobre as responsabilidades

⁵⁰² Como acontecia com o termo utilizado no nº 1, do artigo 1905º, do CC, resultante do DL nº 496/77, de 25 de novembro.

parentais a submeter, irrevogavelmente, a decisão de homologação judicial, porquanto, o regime arquitetado pelo legislador é o de que as questões de particular importância para a vida do filho são exercidas, em princípio, em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, em conformidade com o preceituado pelo artigo 1906º, nº 1, do CC.

A homologação judicial do acordo sobre a prestação alimentar que os progenitores alcançaram, de modo a corresponder ao custo efetivo das necessidades com o sustento, habitação, vestuário, instrução e educação de uma criança, em conformidade com o estipulado pelo artigo 2003º, nºs 1 e 2, do CC, deve, não obstante, ser, cuidadosamente, ponderada, de modo a evitar que os filhos sejam utilizados como instrumento de chantagem para a obtenção de vantagens, e, conseqüentemente, que o exercício conjunto não venha a aumentar a pobreza das famílias monoparentais.

Ainda neste plano, vale a pena recordar que as situações de perda e desequilíbrio financeiro atingem, também, as condições de vida dos filhos, que ainda se podem agravar, em caso do incumprimento da assunção das responsabilidades parentais, nomeadamente, quando há recusa ou atraso no pagamento da prestação de alimentos⁵⁰³.

Certamente, que a questão dos alimentos devidos ao filho e a forma procedimental de os prestar não deixou de ser uma questão de particular importância, antes, pelo contrário, continua a ser um tema vital para aquele, só que, neste âmbito, o legislador manteve o princípio da autonomia de vontade da decisão dos progenitores, reservando para o juiz o controlo, «a posteriori», da sua legalidade e conformidade com os interesses do menor, de acordo com o estipulado pelo artigo 1905º, do CC.

VII.6. Quadro legal após a Reforma de 2008

Na sequência da Reforma de 2008, tão-só, através de decisão fundamentada do tribunal, pode ser determinado que as responsabilidades parentais sejam exercidas, individualmente, por um dos progenitores, quando o exercício conjunto for julgado contrário aos interesses da criança, em conformidade com o disposto pelo artigo 1906º, nº 2, do CC.

Mediante esta nova redação, o legislador impôs, em caso de divórcio, separação judicial ou de facto, o exercício conjunto, nas questões de particular importância para a vida do filho, independentemente, do vínculo que se tenha estabelecido entre os progenitores, atento o preceituado pelos artigos 1911º e 1912º, do CC, não deixando aos

⁵⁰³ Exposição de motivos constante do Projecto-Lei 509/X.

pais qualquer margem de autónomo consenso nesta matéria, em sentido adverso ao daquele regime-regra.

Porém, tal como sucedia, anteriormente, os progenitores podem agora acordar que as questões que não sejam de particular importância para a vida do filho, determinados actos da vida corrente deste, devidamente, identificados, porquanto as questões de particular importância ou essenciais já o são, obrigatoriamente, possam ser exercidos, em comum, por ambos [decisão conjunta quanto a certos actos da vida em comum e quanto às orientações educativas mais relevantes], nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, para estas últimas, de acordo com o disposto pelo artigo 1901º, nº 2, 1ª parte, do CC, o que significa o exercício em conjunto das responsabilidades parentais, em todas as questões relativas à vida do filho, sem distinção entre as questões essenciais e os actos da vida corrente do mesmo.

A primeira consequência da disposição normativa dos artigos 1911º e 1912º, do CC, consiste em que o MP não pode conceder parecer favorável a um acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais que lhe tenha sido remetido pela CRC, no âmbito de um divórcio por mútuo consentimento administrativo, que contenha a decisão de atribuir, em exclusivo, a um dos progenitores, o exercício das responsabilidades parentais.

A segunda consequência traduz-se em que o acordo dos progenitores quanto ao modo de exercício das responsabilidades parentais não pode fundamentar a decisão do tribunal em atribuir esse exercício, apenas, a um deles, já que a sentença deve ser, sempre, motivada, com base no disposto pelos artigos 205º, nº 1, da CRP, 607º, nºs 3 e 4, do CPC, e 33º, nº 1, do RGPTC, em circunstâncias que permitam concluir que o exercício conjunto é considerado contrário aos interesses do filho, e não no mero acordo dos pais⁵⁰⁴.

Também, aqui, o legislador entendeu, avisadamente, não enumerar as circunstâncias que podem justificar o afastamento do regime-regra do exercício conjunto, relegando essa tarefa para decisão judicial que, de forma fundamentada, deverá basear-se no superior interesse da criança para a sua prolação.

Contudo, estabelecida a premissa de que o exercício conjunto se restringe às decisões sobre as questões de particular importância para a vida da criança, isto é, as

⁵⁰⁴ Tomé d'Almeida Ramião, O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Actual, 3.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2011, 159 a 163.

“questões existenciais graves e raras”, não é difícil determinar algumas das circunstâncias que poderão justificar o exercício exclusivo⁵⁰⁵.

Enfim, a Reforma de 2008, nesta matéria do «poder paternal», foi norteadada por um nobre fim confessado, nomeadamente, o de fazer participar ambos os pais na vida dos filhos, mesmo em caso de divórcio ou separação, pretendendo, pois, obviar às situações em que o progenitor a quem a guarda é confiada exclui da vida do filho o outro membro do casal, provocando situações de grande afastamento relacional entre este último, em geral, o progenitor masculino, e o filho.

Sendo certo que a cooperação entre os pais sempre foi a prática de inúmeras famílias divorciadas ou separadas que, não obstante, conseguem manter relações de diálogo, cordialidade e de cooperação, no que respeita à criação dos filhos, sucede, porém, que não são, apenas, estas as situações que a lei é chamada a resolver, mas, também, e, sobretudo, aquelas em que se confrontam as famílias desavindas, em que os membros do ex-casal mantêm relações de conflitualidade, e em que o exercício conjunto não é, por vezes, exequível.

Nestes casos, o exercício conjunto constitui um elemento potenciador do conflito, já que implica contactos e consensos entre pais e mães que, pura e simplesmente, não se conseguem entender, enquanto que, outras vezes, este instituto é utilizado por um dos membros do ex-casal, não em benefício da criança, mas sim como arma de arremesso para atingir o seu ex-companheiro, negando e contrariando as suas pretensões, e propiciando contínuas e nefastas interferências na vida deste último.

Do mesmo modo, e, um tanto, contraditoriamente, a fixação de um regime de visitas muito generoso, em benefício primário da criança, propiciando amplas oportunidades de contacto entre os membros do ex-casal, poderá, também, ser potenciador de situações de conflito e até de episódios de violência.

Porém, apenas, a previsão da presunção de um prejuízo concreto para a criança ou jovem menor, decorrente do exercício do direito de visita, constitui fator impeditivo ou obstativo do mesmo, devendo ser o progenitor ou a pessoa que se opõe à sua concretização

⁵⁰⁵ Ana Teresa Leal, Felicidade d'Oliveira, Helena Gomes de Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Baptista Carvalho; Manuel do Carmo Bargado, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, 2ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2010, 161 a 166.

que terá de demonstrar a existência ou a grande probabilidade do aludido prejuízo, que o juiz valorará, no contexto geral do conflito de interesses em presença⁵⁰⁶.

O mesmo é dizer que, em muitos casos, esta “cooperação” entre os pais, que a lei pretendeu instituir como regra, constituirá uma fonte de conflitos que se irão arrastar pelos tribunais, a quem caberá, pois, separar "o trigo do joio", e impedir que os progenitores utilizem os poderes-deveres, legalmente, consagrados, como seja, o de manter uma relação de grande proximidade com o filho, para fins diversos daqueles que presidiram à iniciativa legislativa, nomeadamente, como uma arma suplementar de "luta" contra o seu ex-companheiro.

Na verdade, se é de saudar a intenção legislativa de consagrar, como regra, o princípio do exercício conjunto das responsabilidades parentais e o direito de ambos os progenitores manterem uma relação de grande proximidade com o filho, deverá reconhecer-se, por outro lado, que os mecanismos legais são passíveis de se prestar a uma utilização indevida, o que poderia até constituir um problema menor, não fora o caso de, nem sempre os tribunais se mostrarem capazes de decidir, em “prazo razoável”, como se diz no artigo 20º, nº 4, da CRP, o que implica que o seja, em tempo útil, as sensíveis questões colocadas pelos diferendos ocorridos, nesta área do instituto das responsabilidades parentais.

Atribuindo-se o exercício das responsabilidades parentais, em exclusivo, a um dos progenitores, sem o estabelecimento de qualquer reserva, é a este que compete o seu desempenho, sem, porém, se poder esquecer que ao progenitor que não exerce as responsabilidades parentais assiste o poder de vigiar as condições de vida e a educação do filho, e que, conseqüentemente, goza do direito de solicitar e receber de terceiros, nomeadamente, do estabelecimento escolar ou de ensino que o mesmo frequente, todas as informações relativas ao seu percurso e sucesso escolar, de acordo com o disposto pelo artigo 1906º, nºs 2 e 6, do CC⁵⁰⁷.

Este direito de vigilância sobre as condições de vida e de educação do filho é, naturalmente, por maioria de razão, extensivo aos progenitores que exerçam, conjuntamente, as responsabilidades parentais.

⁵⁰⁶ Antonio Dagnino, *Potestà parentale e diritto di visita*, Diritto de Famiglia, 1975, 1526.

⁵⁰⁷ Na redação anterior, dada pela Lei n.º 59/99, de 30 de junho, ao progenitor que não exercesse o poder paternal assistia, também, o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

Perante uma situação de dissociação familiar, é ao progenitor residente que cabe prestar as informações que se mostrem relevantes para que o não residente, independentemente, de exercer as responsabilidades parentais, possa desempenhar o seu poder-dever de vigilância sobre as condições de vida e educação do filho comum, designadamente, enviando-lhe informações sobre a identificação do professor titular ou diretor de turma, horário de atendimento, resultados ou necessidades escolares, comportamento escolar, progressão na aprendizagem, reuniões de pais e encarregados de educação, de modo a permitir que este acompanhe, efetivamente, o percurso escolar do filho e compartilhe os seus direitos e deveres parentais para com este.

O direito de ser informado significa que o progenitor não residente tem o direito de exigir do outro informação relativa ao modo como ele exerce as suas responsabilidades parentais, em particular, no que se refere à educação e condições de vida do filho, e que o residente tem o correspondente dever de a prestar⁵⁰⁸.

A imposição ao progenitor que exerce as responsabilidades parentais, ou aquele que as não exerce, no todo ou em parte, do dever de prestar informações ao outro sobre o modo do seu desempenho, designadamente, quanto à educação e às condições de vida do filho, foi uma das mais importantes inovações introduzidas, neste âmbito das responsabilidades parentais, por força do disposto, no nº 6, do artigo 1906º, do CC, constituindo uma norma de interesse e ordem pública, mesmo inexistindo o exercício conjunto das responsabilidades parentais⁵⁰⁹.

Enfim, e, não obstante o exposto, crê-se que, pelo menos, no plano dos princípios, a Reforma de 2008 traduz uma iniciativa muito meritória.

A nova terminologia dos preceitos adotados tem subjacente a ideia de que o interesse dos filhos é uma questão de interesse público⁵¹⁰, que não pode ficar na livre disponibilidade dos progenitores, sujeito ao seu livre arbítrio, mas antes que estes se devam manter comprometidos com o seu desenvolvimento, com vista a concretizar o objetivo de evitar que o divórcio ou a separação provoquem o afastamento de um dos progenitores em relação aos filhos, debilitando o respetivo relacionamento afetivo, atento o

⁵⁰⁸ Tomé d'Almeida Ramião, O Divórcio e Questões Conexas – Regime Jurídico Actual, ..., citado, 158.

⁵⁰⁹ Acórdão do STJ, de 28-09-2010, Revista nº 870/09.7TBCTB.C1.S1, www.dgsi.pt

⁵¹⁰ Em oposição à ideia de que a guarda conjunta é uma questão de interesse público e que, portanto, não deve ser imposta, Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal, 2ª edição, ..., citado, 445 e ss., «maxime», 457 a 464.

pressuposto em que assentam de que a partilha de responsabilidades já era, consensualmente, aceite na constância do casamento.

Contudo, a tentativa de construir a família pós-divórcio, no que respeita às relações entre pais e filhos, à imagem e semelhança do paradigma da família fundada no casamento, constitui um generoso ato de fé do legislador no dever-ser do seu relacionamento futuro, mas bem longe do que acontece com o comum da realidade quotidiana ou com os resultados dos estudos das ciências sociais, o que potencia o aumento da intervenção do Estado na vida privada das pessoas⁵¹¹, ao arrepio do princípio do institucionalismo, vigente no campo do Direito da Família.

É que não existe, por via de regra, separação sem danos, porquanto os progenitores, raramente, terminam os seus dissídios com o respetivo processo judicial, assistindo-se a um desgaste contínuo e arrastado da relação que fere, indelevelmente, a criança⁵¹².

De todo o modo, o contacto direto do juiz com os progenitores, e, eventualmente, com “os avós ou outros familiares e pessoas de especial referência afetiva para a criança” e “a criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade,..., salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar”, que a conferência obrigatória, prevista pelo artigo 35º, do RGPTC, permite, com a hipotética manifestação da oposição de um deles, conjuntamente, com o apoio dos relatórios sociais e das avaliações psicológicas, tornam possível detetar as situações que, visivelmente, contra-indiquem a observância da imposição legal da guarda conjunta.

Por outro lado, o mito da culpabilização da mulher, vítima de violência doméstica, pelo facto de permanecer na relação e não abandonar o domicílio, para além de esquecer a responsabilidade do companheiro agressor, que viola direitos humanos fundamentais, parece desconhecer o denominado «síndrome da mulher agredida», que se caracteriza pela passividade e incapacidade de pedir ajuda, desenvolvidas como forma de auto-proteção contra o terror da violência imprevisível, perda da perceção íntima da identidade e da auto-determinação, em virtude do sentimento de culpa, baixa auto-estima,

⁵¹¹ Maria Clara Sottomayor, *Exercício do Poder Paternal*, 2ª edição,..., citado, 444 e 157 a 162.

⁵¹² Judith Wallerstein, apud “Frederico Mendonça Telho, *Guarda Compartilhada: prevalência dos interesses da criança e do adolescente e da unidade familiar*, 2001, 26”.

desespero, depressão, ansiedade, incapacidade para abandonar o agressor ou falta de vontade de o fazer, com receio das consequências⁵¹³.

Ressalvando o quadro destas situações anómalas, uma corrente feminista moderada, denominada de «segunda vaga», valoriza a guarda conjunta e o poder simbólico da lei para alterar as expectativas e abolir os estereótipos, desde que não seja decretada em famílias com um historial de violência ou de abusos físicos, não podendo ser aplicada a «friendly parent provision» contra o progenitor que se opõe, de boa-fé, à guarda conjunta, nem eliminada a obrigação de alimentos⁵¹⁴.

Na verdade, o exercício conjunto não pode ser encarado como uma solução de afirmação universal, nomeadamente, estando em causa uma situação de caos, de violência doméstica ou de conflito entre os pais, embora se afigure pouco acertado e justo o reconhecimento do direito de recusa da guarda conjunta à figura primária de referência do menor.

VIII. FORMAS DE ORGANIZAÇÃO CONCRETA DO EXERCÍCIO CONJUNTO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS. OS MODELOS FUNDAMENTAIS.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais tem como antecedentes próximos dois institutos oriundos do sistema da «common law», ou seja, a «split custody», em que ambos os progenitores assumiam o protagonismo junto dos filhos, sendo que o papel do pai era diferente do papel da mãe, e a «joint custody», em que se verificava uma igualdade de desempenhos dos progenitores⁵¹⁵.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais [“joint custody”] pode ser praticado, de acordo com três modelos fundamentais, quais sejam, o exercício conjunto com residência habitual e principal fixa do menor com um dos progenitores ou guarda conjunta legal ou jurídica [joint legal custody], o exercício conjunto com residência alternada do

⁵¹³ Deborah Lockton e Richard Ward, *Domestic Violence*, Cavendish Publishing Limited, London. Sidney, 22 e 23; Lenore Walker, *The Battered Woman*, New York: Harper and Row, 1979, 1 e ss.; A visão feminista assenta na concepção de que a agressão física da mulher pelo marido ou companheiro é uma forma de violência sexual, que se encontra associada à não conformação da mulher com as exigências de género, ocorrendo, portanto, dentro de casa, A. Catherine Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1991, 178.

⁵¹⁴ Katharine T. Bartlett e Carol B. Stack, *Joint Custody, Feminism and the Dependency Dilemma*, *Berkeley Women's Law Journal*, volume 2, 1986, 28 e ss.

⁵¹⁵ Hugo Leite Rodrigues, *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais,...*, citado, 103.

menor com cada um dos progenitores ou guarda conjunta física [“joint physical custody” ou “residential joint custody”)], mas que não se confunde com a guarda alternada ou repartida, e o exercício conjunto, na casa de morada de família, sem residência comum dos progenitores, recebendo o menor a visita destes [guarda dividida ou “birds nest arrangement” ou “birds nest theory”].

No modelo da guarda conjunta legal ou jurídica, o exercício colegial reporta-se, tão-só, à definição jurídica da entidade competente para tomar as decisões, particularmente, importantes relativas à vida e à educação da criança ou jovem menor, com fixação da sua residência habitual, junto de um dos progenitores, e à partilha de tempo, de modo semelhante ao que acontece no modelo da guarda única⁵¹⁶.

A guarda conjunta legal inclui uma componente jurídica, traduzida no exercício conjunto das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, que corresponde à guarda jurídica, e uma componente material, que respeita à vivência diária do filho, ou seja, à sua guarda física⁵¹⁷.

Relativamente à componente material do exercício conjunto, ou seja, à guarda física, a criança pode residir com um dos progenitores, gozando o outro de um amplo direito de visita, hipótese em que terá uma residência habitual com o primeiro e uma residência ocasional com o segundo, ou pode habitar, alternadamente, com ambos, de acordo com um determinado ritmo temporal, hipótese em que terá duas residências alternadas, junto de cada um dos progenitores, pertencendo, então, as decisões imediatas respeitantes ao seu quotidiano, isto é, aos atos da vida corrente, ao progenitor com quem a criança reside no momento^{518 519}.

A guarda conjunta legal (“joint legal custody”) é a expressão equivalente ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, com a fixação de uma residência

⁵¹⁶ Em França, acontece, em cerca de 85% dos casos, e, em 94,5% das situações de crianças com menos de 5 anos.

⁵¹⁷ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, 242, nota (554).

⁵¹⁸ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, ..., citado, 273.

⁵¹⁹ Normalmente, a residência habitual da criança é com um dos progenitores, mas estes, em número cada vez maior de casos, acordam em fixar um modelo de residência alternada para o filho, numa base de, v. g., 50:50 ou 60:40, *A harmonização do direito da família na Europa: uma comparação entre a nova lei portuguesa do divórcio com os princípios da CEFL sobre direito da família europeu*, in *Nova Lei do Divórcio* (Grupo Parlamentar do Partido Socialista), 2008, 41.

habitual da criança⁵²⁰, junto de um dos progenitores, e o livre direito de visita do outro, razão pela qual cabe ao progenitor residente, quer a guarda jurídica, quer a guarda física, e ao não residente, apenas, a guarda jurídica da criança.

Preceitua o artigo 1906º, do CC, no seu nº 1, que “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores...”, acrescentando o respetivo nº 5, que “o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste,...”.

Como assim, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, determinado pelo artigo 1906º, do CC, referindo-se à “residência do filho”, à residência habitual da criança como o centro da tomada de decisões de particular importância para a sua vida resultantes do exercício colegial, por ambos os progenitores, não exclui a hipótese da residência alternada⁵²¹.

O exercício conjunto pode ocorrer, com designação da residência principal do menor, isto é, sem alternância de residência, ou sem designação da residência principal do menor, ou seja, sob a forma de alternância de residência, pressupondo ambas as modalidades que todas as questões de particular importância para a vida dos filhos menores, que não, obviamente, as questões de uso corrente ou normal, são tomadas pelos dois progenitores, colegialmente.

O exercício conjunto, sem designação da residência principal do menor, ou seja, sob a forma de alternância de residência, corresponde ao modelo da guarda conjunta física com residência alternada.

Com efeito, pelo facto de o artigo 1906º, nº 5, do CC, dispor que “o tribunal determinará a residência do filho...”, não se segue, necessariamente, que os modelos da guarda conjunta ou da guarda alternada não se mostrem contemplados por lei⁵²², sem embargo de, como já se salientou, o sistema jurídico português assumir, tendencialmente, o modelo da guarda conjunta legal ou jurídica, ou seja, o exercício conjunto das

⁵²⁰ Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio,..., citado, 240 e nota (596).

⁵²¹ Guilherme de Oliveira, quando afirma, nomeadamente, que não pode acompanhar “a ideia de que a lei impõe que o filho tenha uma residência habitual e outra ocasional, um guardador principal e outro secundário, como, alegadamente, resultaria do artigo 1906º, números 3 e 5...”, http://ace.pt/resoures/dics/ace/publicacoes/artigo_professor_guilherme_de_oliveira20140729.pdf?title=duvidas-na-jurisprudencia-sobre-responsabilidades-parentais

⁵²² Neste sentido, Maria Clara Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio,..., citado, 270.

responsabilidades parentais é acompanhado pela designação da residência principal do menor com um dos progenitores.

Assim sendo, não se poderá sustentar, afoitamente, que o artigo 1906º, nºs 1 e 5, do CC, tendeu a consagrar, no ordenamento jurídico nacional, o modelo da guarda conjunta legal, sem guarda conjunta física⁵²³.

Efetivamente, as responsabilidades parentais continuam, tal como na constância do casamento, a ser exercidas, de comum acordo, por ambos os pais, porquanto o divórcio, a dissociação familiar ou o termo da relação esporádica, apenas, dissolve o casamento, extingue a união de facto ou põe fim ao relacionamento accidental, respetivamente, não se alterando, no plano jurídico, a relação dos filhos com os pais.

Por isso, o exercício conjunto, no que respeita às questões de particular importância, tem como finalidade a proteção do interesse do menor e, apenas, reflexamente, a promoção da igualdade entre os progenitores, isto é, entre o homem-pai e a mulher-mãe.

No modelo da guarda conjunta física com residência alternada, o exercício conjunto das responsabilidades parentais engloba a componente jurídica da «joint legal custody», acrescida da sua componente material, objetivada na passagem de um determinado período de tempo, não, necessariamente, igual, em casa de cada um dos progenitores, em conformidade com um calendário pré-determinado, que implica um ritmo de alternância anual, semestral, mensal, quinzenal, semanal ou de metade da semana, ou a divisão entre os dias úteis e o designado fim de semana de sábado e Domingo.

Enquanto o modelo da “joint legal custody” permite que as crianças vivam, primariamente, com um dos progenitores, a modalidade da “joint physical custody” é uma solução que viabiliza a ambos a passagem do maior tempo possível com os filhos.

A guarda conjunta física com residência alternada acontece, nomeadamente, nas situações em que as crianças passam quase metade do tempo com cada um dos pais, o que pressupõe, como condição da sua eficácia, que deva haver uma comunicação ótima entre os progenitores, constituindo arranjos mais comuns aqueles em que os pais moram perto um do outro, de maneira a que as crianças se possam deslocar de uma casa para outra, o mais, livremente, possível, mas, também, quando os filhos ficam com um dos

⁵²³ Em sentido oposto, Jorge Duarte Pinheiro, O Direito da Família Contemporâneo, Lisboa, AAFDL, 2010, 343, nota (568).

progenitores, durante o período escolar, e com o outro, nas férias, com livre direito de visitas, ou ainda, em caso de alternância temporária de residências, quando a criança passa um determinado período de tempo, na casa de um dos pais, e tempo igual, na casa do outro, até às combinações mais tradicionais, em que o tempo despendido com os filhos é menos dividido, enfatizando-se a ideia do “sharing parenting”.

Com efeito, o denominado conceito do “sharing parenting”, usualmente, associado ao instituto da guarda conjunta, coloca o realce, sobremaneira, para além da pessoa que vai morar com a criança, nos próprios filhos, e naquilo que constitui o princípio fundamental da procura do seu melhor interesse, remetendo para o ideário do cuidado, atenção e atuação numa determinada orientação, mostrando-se ambos os pais motivados pelo seu bem-estar, educação, saúde e desenvolvimento integral.

A guarda conjunta física, ao assegurar o convívio com ambos os progenitores, atenua os sentimentos de luto e de abandono, normalmente, associados ao divórcio, mantendo os dois progenitores psicológicos, tornando os contactos mais frequentes e regulares, permitindo uma maior proximidade e naturalidade nas relações, proporcionando uma redobrada atenção, por parte dos dois, mesmo superior aquela que acontece na vigência da família nuclear⁵²⁴.

A residência alternada, que é praticada numa minoria de casos, não apresenta, a curto prazo, quaisquer efeitos na adaptação dos filhos ao divórcio, mas, a longo prazo, tem reflexos, potencialmente, positivos na formação da sua personalidade, resultantes do contacto estreito com ambos os progenitores.

O modelo predominante é o da guarda conjunta legal ou jurídica, com residência habitual da criança, junto de um dos progenitores, por via de regra, a mãe, o que lhe oferece estabilidade e segurança, podendo manter contactos próximos com ambos.

No exercício conjunto das responsabilidades parentais, quer no plano legal, quer no plano físico, ambos os progenitores permanecem vinculados ao cumprimento dos correspondentes poderes-deveres para com os filhos, após a separação familiar, variando a forma como a família organiza as responsabilidades parentais, de acordo, como é evidente, com as suas características e virtualidades, podendo, inclusive, partilhar, embora, «a priori», tal possa apresentar-se menos viável, até mesmo no âmbito das famílias onde a separação

⁵²⁴ L. Salk, What every child would like his parents to know, 1972, 89, in “David Miller, Joint Custody”,..., citado, 363.

não ocorre, todas as responsabilidades e pronunciar-se, em conjunto, sobre todos os aspetos da vida das crianças e dos jovens menores.

O quadro do exercício colegial, com residência alternada, exige, por parte dos pais, uma cooperação constante, sendo todas as decisões relativas à educação da criança tomadas, conjuntamente, mas não se confunde com a chamada guarda alternada, que consiste na divisão da passagem de determinados períodos de tempo da criança, com cada um dos progenitores, isto é, durante certo lapso temporal, a criança, sucessivamente, e, de uma forma repetida e regular, fica à guarda de cada um dos progenitores, sendo que, nesse período, cada um deles desempenha, em exclusivo, o exercício das responsabilidades parentais, ao passo que o outro beneficia do direito de visita e de vigilância⁵²⁵.

Significa isto que, no modelo da guarda alternada, se assiste a uma coexistência temporal sucessiva do exercício unilateral das responsabilidades parentais, por cada um dos progenitores da criança.

Enquanto nas famílias intactas, os progenitores, por via de regra, têm campos de atuação distintos, liderando umas áreas, alienando outras, e complementando-se ainda em outras, na fase posterior à separação, um dos progenitores, assegura, em princípio, a responsabilidade pelo quotidiano dos filhos, ao nível da alimentação, vestuário e transportes, continuando ambos responsáveis pelas áreas fundamentais do seu processo de desenvolvimento, designadamente, a educação, saúde, religião e mudanças geográficas.

Porém, a utilização das expressões guarda conjunta e exercício conjunto das responsabilidades parentais, em sinonímia, não corresponde à identidade do conteúdo jurídico dos conceitos, a não ser que se utilize o termo «guarda», «lato sensu», enquanto equivalente a função parental, apontando o ordenamento jurídico nacional, tendencialmente, ou, dito de outro modo, um certo entendimento doutrinário e da prática jurisprudencial, para o modelo da guarda conjunta legal, sem guarda conjunta física⁵²⁶.

Na verdade, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, que se distingue da guarda conjunta⁵²⁷ ou da guarda alternada, restringe-se ao aspeto jurídico da definição do progenitor com competência para tomar decisões relativas à educação da

⁵²⁵ Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*,..., citado, 238.

⁵²⁶ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, Lisboa, AAFDL, 2010, ..., citado, 343, nota (568).

⁵²⁷ Acórdão do TRL, de 06-02-2007, Pº nº 705/2007-7, www.dgsi.pt

criança, ou à exigência legal do duplo consentimento dos pais para a realização simultânea de atos de particular importância, com a fixação da sua residência, junto de um dos progenitores⁵²⁸, continuando as responsabilidades parentais a ser exercidas, de comum acordo, por ambos, como acontece na constância do casamento, nos termos do disposto pelo artigo 1901º, nº 1, do CC.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais, consagrado pelo artigo 1906º, nºs 1 e 5, do CC, porque pressupõe a guarda conjunta jurídica, não exige que a criança resida, alternadamente, com ambos os progenitores ou que os dois partilhem os cuidados diários com a mesma, como é da essência da guarda conjunta física, referindo-se, apenas, à tomada de decisões, particularmente, importantes para a vida da criança.

No modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, as decisões respeitantes às questões de particular importância são tomadas, de comum acordo, por ambos os pais, enquanto que, no que concerne às decisões sobre questões normais ou usuais, salvo quando a lei, expressamente, exija o consentimento de ambos os progenitores, o que mal se concebe não caber naquela primeira categoria de atos, vigora o princípio da presunção de que cada um age de acordo com o outro, atento o preceituado pelo artigo 1902º, nº 1, do CC, muito embora, em termos práticos, esta competência pertença, quase, exclusivamente, ao progenitor que reside, de modo habitual, com o menor.

Para além da distinção entre decisões relativas a “questões de particular importância para a vida do menor” e decisões relativas a “atos correntes da vida do menor”, constante dos nºs 1, 2 e 3, do artigo 1906º, do CC, a atual redação do nº 3 enfatizou “as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”, como critério inultrapassável da esfera de atuação definida pelo progenitor que reside, habitualmente, com o menor, quando este se encontrar, temporariamente, a cargo do não residente.

Como assim, a ortodoxia do modelo da guarda conjunta legal pode ser confrontada com a estatuição do direito de visita, estabelecida pelo nº 5, do artigo 1906º, do CC, porquanto, só, impropriamente, neste modelo, se pode pretender fixar a regulamentação de um regime de visitas, que, na sua essência, não existe, porquanto o

⁵²⁸ Tomé d' Almeida Ramião, *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada*, 3ª edição, Lisboa, Quid Iuris, 2018, 8.

progenitor não residente, e não já, agora, o progenitor não guardião, «hoc sensu», goza do direito de livre relacionamento com o menor, de acordo com a sua recíproca vontade⁵²⁹.

Na verdade, nesta modalidade da guarda conjunta legal, o não residente não é, simplesmente, titular de um direito de visita⁵³⁰, gozando da faculdade de coabitar com o menor e com ele desfrutar estadias prolongadas no domicílio daquele, e bem assim como praticar atos da vida corrente do mesmo quando este se encontre consigo, desde que não contrarie as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside, habitualmente, em conformidade com o disposto pelo nº 3, do artigo 1906º, do CC.

Porém, o regime da guarda conjunta não contempla o “livre-trânsito” dos ex-cônjuges ou ex-unidos de facto na residência do outro, sendo condição essencial ao seu êxito o respeito mútuo pela intimidade e individualidade de cada um, incluindo das respetivas famílias recompostas sobrevividas.

Esta solução visa, essencialmente, diminuir a conflitualidade entre os progenitores, através da redução da área potencial da dissidência, ou seja, concentrando nas questões de particular importância e não, em todas elas, a necessidade de consenso obrigatório⁵³¹, pois que os atos da vida corrente podem ser praticados sem o consentimento do residente, desde que o menor esteja com o outro, com a ressalva de que este não contrarie as orientações educativas mais relevantes definidas pelo primeiro.

O exercício conjunto das responsabilidades parentais é o sistema que mais se aproxima, funcionalmente, da anterior estrutura familiar intacta, sendo o mais estabilizante e digno de crédito para o menor, correspondendo ao seu ideal de família e ao mito ainda romântico e pleno de crença na imortalidade dos pais e no seu papel insubstituível.

Assim, a guarda conjunta contém, em si própria, a afirmação de que ambos os pais continuam, para além da separação, aliás, “o divórcio dos cônjuges não tem de significar o divórcio dos filhos”⁵³², a reforçar, aos olhos destes, a sua perenidade, possibilitando aos menores um contacto efetivo e permanente com os dois progenitores.

⁵²⁹ Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens, 2ª edição, citado..., 91.

⁵³⁰ Maria Clara Sottomayor, Exercício do Poder Paternal, relativamente à pessoa do filho após o divórcio ou a separação de pessoas e bens, 2ª edição, ..., citado, 408, 522 e 523.

⁵³¹ Guilherme de Oliveira, O Regime do Divórcio em Portugal. A propósito do Novo Projecto Espanhol – Um caso de “Paralelismo Espontâneo”?, ..., citado, 17.

⁵³² Guilherme de Oliveira, Linhas Gerais da Reforma do Divórcio, Lex Familiae, RPDF, Centro de Direito da Família, Ano 5, nº 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 68.

Deste modo, a co-responsabilização parental favorece a auto-estima das crianças e jovens menores, ao acentuar a ideia de que, embora a relação conjugal tenha terminado, mantém-se inalterável a relação paterno-filial⁵³³.

A guarda conjunta é, indiscutivelmente, a melhor opção para os progenitores que sejam capazes de distinguir o âmbito das suas relações recíprocas do quadro das suas relações com os filhos, o que pode, por vezes, não acontecer, em especial, quando o divórcio, a rutura da união de facto ou o termo da relação esporádica são geradores de ódios e ressentimentos entre os ex-membros do casal, suscetíveis de se perpetuar, no futuro, na vida dos filhos se, frequentemente, tiverem de falar e decidir, em conjunto, determinadas questões da vida destes, em princípio, até que venha a ocorrer a separação "psicológica" entre os dois, que representa o princípio do fim da conflitualidade existente.

Porém, o exercício conjunto das responsabilidades parentais corre o risco de se tornar numa mera ficção jurídica, não passando de uma subtileza legislativa, de um artifício abstrato e conceitual ou de uma alteração, simplesmente, nominal, a distinção entre os modelos da guarda conjunta legal e da guarda única, sendo, na prática, a guarda conjunta jurídica arquitetada, nos moldes da guarda única, assemelhando-se, então, a guarda conjunta legal à guarda única, dotada de livre direito de visita.

Trata-se, assim, em termos mais redutores, de configurar a guarda conjunta, de acordo com o modelo da guarda legal ou jurídica [joint legal custody], absolutamente, dominante, como um regime de guarda unilateral com livre direito de visita, acompanhado da comunhão da administração, por ambos os progenitores, em relação aos atos de particular importância para a vida dos menores, ou seja, tornando compatível o princípio da unidade da guarda jurídica do menor, por duas pessoas, residentes em locais separados, em que aquele beneficia da estabilidade da morada e da potencialidade de contactos frequentes, mesmo diários, com os dois, com a situação do progenitor não residente.

E isto porque o exercício conjunto das responsabilidades parentais com guarda conjunta legal e designação de residência principal do menor, sem guarda conjunta física, embora confira a ambos os progenitores o direito de tomar decisões relativamente ao menor, é uma fórmula, semanticamente, vazia de conteúdo⁵³⁴, meramente, psicológica⁵³⁵,

⁵³³ Maria Saldanha Pinto Ribeiro, Divórcio, Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar, ..., citado, 155 e 156.

⁵³⁴ Linnucia Canova/Luciano Grossi, Ancora sull' Affidamento Conjunto od Alternato: Interesse del Minore o Finzione Giuridica?, DFP, XX, 1991, 740.

porquanto o progenitor não residente não goza da faculdade de decidir as questões do quotidiano do menor, nem de manter com ele um contacto frequente e contínuo, na base da interação regular diária com o mesmo, que cabe, quase, exclusivamente, ao progenitor residente, ou seja, por via de regra, à mãe, o que constitui o cerne da função paternal e maternal, com a inerente manutenção de um privilégio maternal de facto.

Reconhecendo, embora, alguma intencional provocação na mistificação das duas figuras, uma vez que, na guarda conjunta legal, os progenitores têm iguais direitos e responsabilidades, devendo tomar, em conjunto, todas as decisões importantes para a vida dos filhos menores, enquanto que o papel educativo do progenitor não residente é mais amplo e a sua eficácia imediata, em comparação com a posição do progenitor não guardião, no quadro do exercício unilateral do poder paternal, só a convergência das duas componentes da guarda conjunta, ou seja, a física e a legal, permite que a família reestruturada mantenha as relações benéficas da criança com ambos os progenitores, tal como acontecia na vigência da família intacta⁵³⁶.

Este privilégio maternal de facto ou privilégio aparente é, também, a resultante de uma sociedade tradicional, com funções pré-definidas para o homem e a mulher que, em contrapartida, sobrecarrega esta última, muitas vezes, com responsabilidades domésticas acrescidas e o cuidado absorvente com a dinâmica quotidiana dos filhos.

A importância da modalidade do exercício conjunto com guarda legal traduz-se, essencialmente, na circunstância de consistir numa afirmação legislativa de que os pais e as mães são, igualmente, responsáveis pelos filhos, após o divórcio, justificando-se pelo facto de reforçar o envolvimento do progenitor não residente na vida dos menores e pelo efeito potencial que sobre estes incide quanto à percepção dos papéis educativos de ambos os pais.

O exercício com guarda conjunta física, para além de compreender a base jurídica, acabada de caracterizar no antecedente modelo, abrange, também, uma componente material, que se traduz no facto de a criança ou jovem menor viver um determinado período de tempo, com cada um dos progenitores, de acordo com um calendário de alternância, anual, mensal, semanal ou inferior, mas não, necessariamente, igual.

⁵³⁵ Hughes Fulchiron, *Autorité Parentale et Parents Desunis*, in “Jacques Massip, Répertoire Defrenois, 1992, 157”.

⁵³⁶ Barton S. Blond, *In the Child’s Best Interests – A Better Way: The Case for Presumptive Joint Custody in Missouri*, *UMKC Law Review*, volume 52, 1983/84, 573 e 574.

Porém, importa que a residência alternada não se traduza em sucessivas metodologias educacionais, antes devendo permanecer constante o rumo de orientação traçado para o projeto educativo da criança⁵³⁷.

Finalmente, no modelo de guarda conjunta dividida ou “birds nest theory” [aninhamento ou nidação], os filhos permanecem, na casa de morada de família, onde se mantêm a viver, mas sem a residência comum ou individual dos pais, aí recebendo a visita destes, caracterizando-se este figurino pelo facto de os filhos continuarem a residir, na casa de morada de família, de onde não chegam a sair, fixando-se os pais, em residências distintas daquela e, cada um, em relação à do outro progenitor, vivendo, alternadamente, com aqueles, com eles mantendo estadias repartidas, em função dos turnos que, um a seguir ao outro, a cada um deles compete, configurando uma opção “ideal para os passarinhos”, mas, demasiadamente, onerosa para ambos os progenitores.

Trata-se de um modelo em que existem três residências, uma para a mãe, outra para o pai e uma terceira para os filhos, na qual cada um dos progenitores se alterna, em períodos iguais, tendo sido implementado, por algumas famílias possidentes dos EUA, como uma solução transitória⁵³⁸, sendo o modelo menos adotado pelos progenitores^{539 540}.

Esta terceira via do «Birds’ Nest Arrangement» poderia ser a solução ideal para o exercício conjunto das responsabilidades parentais, porque os filhos veriam premiada a ausência de culpa pessoal na prolação do divórcio dos pais ou no fim do seu relacionamento afetivo, estável ou transitório, mantendo o privilégio da residência fixa, no seu meio-ambiente natural, cabendo aos pais e a ambos, sem ressentimentos, complexos de inferioridade ou constrangimentos, um perante o outro, o ónus da deslocação, da estadia e da supervisão global.

⁵³⁷ Acórdão do TRC, de 05-05-2006, Pº nº 30/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

⁵³⁸ Persia Wooley, Shared Parenting Arrangements, in “Joint Custody and Shared Parenting, Jay Folberg Editor, The Bureau of National Affairs, Inc., The Association of Family and Conciliation Courts, 1984, 19”.

⁵³⁹ Num estudo realizado, na Alemanha, numa amostragem de 178 casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais, este modelo não foi escolhido por qualquer família.

⁵⁴⁰ O modelo de exercício conjunto das responsabilidades parentais mais adoptado pelos progenitores alemães, em cerca de 85% dos casos, é o da «joint legal custody», tendo o modelo da alternância, apenas, sido adotado, em 11% das situações, num universo de 178 analisadas, onde o modelo do «Birds’ Nest Arrangement» não foi escolhido, em qualquer circunstância, in “Oelkers/Kasten/Oelkers, Das gemeinsorgerecht nach Scheidung in der Praxis des Amtsgerichts Hamburg – Familiengericht, FamRZ, 17/94, 1082, nº 6”. O mesmo acontece, nos EUA, onde predomina o modelo da guarda conjunta legal, residindo a criança com a mãe, sendo a guarda conjunta física, raramente, adotada, por razões de praticabilidade e, mesmo quando tal acontece, os filhos acabam por passar, a maior parte do tempo com a mãe, in “Maccoby/Mnookin, Dividing the Child: Social and legal dilemmas of custody, Harvard University Press, 1992, 260 a 270”.

Comporta, porém, inúmeras dificuldades, como sejam as de saber a quem compete a tarefa da organização e provisão da casa de morada de família, em permanência, e quais as consequências da falta de cumprimento, por um dos progenitores ou por ambos, do seu tempo de ocupação [«time-sharing»], requerendo um substrato económico substancial dos pais para manterem três residências distintas, embora, em contrapartida, lhes fixasse maiores e mais transparentes responsabilidades, em matéria de obrigação de alimentos, de educação e de preparação responsável dos filhos para a vida futura.

A guarda conjunta é, de facto, um regresso ao passado, antes da dissociação do casal dos progenitores, equivalendo, assim, à manutenção do exercício conjunto das responsabilidades parentais que vigorou na constância do casamento e na plena efetividade da vigência da sociedade conjugal, ou, até, eventualmente, na união de facto, quando ambos os progenitores viviam em condições análogas às dos cônjuges, tratando-se da hipótese contemplada pelo artigo 1911º, nºs 1 e 2, do CC [filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges], constituindo a forma de guarda que mais se assemelha às relações originárias existentes entre pais e filhos.

O acordo dos dois progenitores quanto ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, com guarda legal, homologado, judicialmente, sempre no pressuposto da defesa dos interesses concretos da criança e do jovem menor, não afasta a adoção consensual de outros modelos de exercício conjunto, designadamente, o exercício conjunto parcial das responsabilidades parentais relativas a atos da vida corrente da criança, devidamente, especificados no acordo⁵⁴¹, o exercício conjunto com residência alternada e o exercício unilateral com guarda alternada, com repartição paritária do tempo, por cada um dos pais⁵⁴², não pressupondo, necessariamente, este último a fixação de uma residência habitual da criança.

VIII.1. A residência alternada no quadro da afirmação da parentalidade positiva e da salvaguarda da necessidade de vinculação afetiva da criança

O conceito de parentalidade positiva consta da recomendação do CE de 2006 (19), como um comportamento a adotar por ambos os progenitores, baseado no melhor

⁵⁴¹ Paulo Guerra e Helena Bolieiro, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, 177.

⁵⁴² Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 3ª edição, ..., citado, 349; e Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica*, Lisboa, AAFDL, 2008, 104.

interesse da criança, de modo a assegurar a satisfação das suas principais necessidades e a sua capacitação, sem violência, proporcionando-lhe o reconhecimento e orientação necessários ao seu pleno desenvolvimento, no pressuposto de que os pais são os principais responsáveis pelos filhos, e na salvaguarda da sua participação equitativa no respetivo processo de educação e desenvolvimento, com respeito pela sua complementaridade.

Deste modo, é possível afirmar que o interesse da criança se expressa, através da satisfação dos seus direitos, ou seja, existe a identificação entre o interesse e o direito, pelo que a violação do interesse infringe um direito subjetivo e, conseqüentemente, o respeito pelos interesses da criança conduz a uma situação de igualdade na relação paterno-filial e de observância dos seus direitos subjetivos.

Assistiu-se a uma progressiva relevância do papel da criança, que deixou de ser vista como objeto de direitos para passar a ser reconhecida como titular de direitos, até mesmo, como sujeito privilegiado de direitos⁵⁴³ e, mais do que sujeito de direitos suscetível de ser titular de relações jurídicas, como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções⁵⁴⁴, carecida de proteção, em virtude da sua especial situação de vulnerabilidade, com a correlativa responsabilização dos pais, e consagração normativa, no texto da LPCJP, premonitória da Reforma de 2008, através da qual se consagrou, como regra geral e sem necessidade do acordo dos pais, o exercício conjunto, por ambos, das responsabilidades parentais, no que concerne às questões de particular importância para a vida dos filhos, quando ainda se verificavam reticências significativas, a respeito da homologação judicial dos acordos de exercício colegial do poder paternal, no âmbito da legislação anterior, por muitos, ainda considerada como uma solução residual, para casos excecionais, em que os pais revelassem capacidade de cooperação e de separação dos seus problemas enquanto cônjuges do seu papel enquanto pais⁵⁴⁵.

Por outro lado, a especial necessidade de tutela jurídica efetiva da vinculação afetiva que se estabelece ente a criança e os seus cuidadores, e o papel da afetividade na parentalidade, que realça o vínculo que a criança desenvolve com aqueles, vão muito para além da satisfação das suas necessidades fisiológicas, estendendo-se na procura da segurança e conforto na relação com o adulto, ou seja, numa particular necessidade de

⁵⁴³ Parecer do Conselho Consultivo da PGR, nº 8/91, de 16-01-1992, BMJ nº 418, 292.

⁵⁴⁴ Maria Clara Pereira Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, 13.

⁵⁴⁵ Maria Clara Pereira Sottomayor, *Exercício do Poder Paternal*, 2003, ..., citado, 476 e ss.

vinculação⁵⁴⁶, implementada pela Reforma de 2008, e que viria a ser prosseguida pelas Leis nºs 142/2015⁵⁴⁷ e 141/2015⁵⁴⁸, de 8 de setembro, que consagram o primado da continuidade das relações psicológicas profundas como princípio orientador da intervenção para a promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo e da aplicação de medidas tutelares cíveis, exigindo a ambos os progenitores uma colaboração ativa na reparação de episódicas situações de conflito⁵⁴⁹, pelo que, impondo-se aqueles a preservação dos laços afetivos com os filhos, a defesa dessa necessidade de vinculação afetiva requer a existência de um quadro de partilha de responsabilidades pela sua guarda, que se encontra pressuposto no exercício conjunto das responsabilidades parentais, de modo a permitir a consolidação e o fortalecimento da autoridade conjunta dos progenitores⁵⁵⁰.

Porém, o reconhecimento normativo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, como via de realização da parentalidade positiva, por um lado, e de preservação da necessidade da vinculação afetiva da criança ou jovem menor, por outro, suscitou um alargado debate, a propósito da fixação da residência da criança, trazendo à colação o argumentário que sustenta a possibilidade da fixação de residência alternada, em caso de progenitores, em situação de rutura conjugal, independentemente, de acordo dos mesmos.

E, para tanto, importa recolher os contributos da doutrina, da jurisprudência e da ciência, em especial, da psicologia, da pediatria e da pedopsiquiatria, traçando um caminho que, ultrapassando uma perceção cristalizada dos papéis de género na família e a tradicional hiperbolização da importância da figura materna no desenvolvimento dos filhos, sustentado, apenas, no princípio do melhor interesse da criança e no primado da lei,

⁵⁴⁶ Patrícia Carneiro de Sá, Vinculação ao pai e à mãe: Contribuições Específicas para o Ajustamento Escolar em Crianças, Lisboa, Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa, 2010, 5, http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2505/1/ulfp035830_tm.pdf

⁵⁴⁷ O princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas impõe que a intervenção tenha por critério e limite o respeito pelo direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante, de acordo com o disposto pelo artigo 4º, g), da LPCJP, na redação estabelecida pelo RGPTC.

⁵⁴⁸ O princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas é, igualmente, o critério orientador da aplicação das medidas tutelares cíveis, designadamente, a regulação do exercício das responsabilidades parentais, adotado pelo RGPTC.

⁵⁴⁹ Maria Teresa Campos, Um Estudo Fenomenológico na Experiência do Rapto Parental, Tese de Mestrado em Psicologia Clínica, ISPA, Lisboa, 2012, 11.

⁵⁵⁰ Acórdão do STJ, de 28-9-2010, Processo nº 870/09.7TBCTB.C1.S1, www.dgsi.pt

responda à evolução verificada, ao nível da realidade social, no âmbito da conjugalidade e da parentalidade⁵⁵¹.

Dos resultados obtidos por um estudo realizado, em colaboração com a OMS, em 2018, sobre o estado de saúde dos adolescentes portugueses, evidencia-se que, apenas, 6,8% alternam de residência entre a casa do pai e a da mãe, afirmando os restantes 93,2% que vivem, tão-só, com um dos progenitores, e, entre estes que declaram viver com um deles, 37,4% referiram que convivem com o progenitor não residente, quinzenalmente, enquanto 55,8% dos adolescentes inquiridos declaram que, raramente, estão com o mesmo⁵⁵².

Numa amostra representativa das respostas obtidas, com referência a 1001 pessoas da população portuguesa, regista-se que, tão-só, 22,2% dos inquiridos consideram o regime da guarda única materna com visitas paternas como o melhor para a criança, em contraste com a percentagem de 47,5% dos que entendem ser preferível o regime da residência alternada⁵⁵³.

Os princípios do Direito da Família Europeu, relativamente às responsabilidades parentais, elaborados pela Comissão de Direito da Família, em 2007, embora sem caráter vinculativo, visam persuadir os legisladores nacionais a adotar soluções semelhantes⁵⁵⁴.

Entretanto, a Resolução nº 2079/2015, do CE, incentivou os Estados-Membros a adotar o regime da residência alternada, “limitando [ponto 5.5] as exceções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades e interesses”.

⁵⁵¹ Karin Wall, Sofia Aboim e Vanessa Cunha, *A Vida Familiar no Masculino, Negociando Velhas e Novas Masculinidades*, Coleção Estudos, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa, Editorial do Ministério da Educação, 2010, 337, nota (3).

⁵⁵² M. G. Matos, *A saúde dos adolescentes portugueses após a recessão - Dados nacionais do estudo HBSC 2018*, Lisboa, Equipa Aventura Social, in http://aventurasocial.com/publicacoes/publicacao_1545534554.pdf

⁵⁵³ Sofia Marinho, *A residência alternada e as transformações na família- Uma família parental, duas casas*, Lisboa, Edições Sílabo, in “S. MARINHO, & C. S. Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, 2017, 13 a 29, «máxime», 25”.

⁵⁵⁴ Estabelecendo o respetivo nº 3.20 que “(1) If parental responsibilities are exercised jointly the holders of parental responsibilities who are living apart should agree upon with whom the child resides. (2) The child may reside on an alternate basis with the holders of parental responsibilities upon either an agreement approved by a competent authority or a decision by a competent authority. The competent authority should take into consideration factors such as: (a) the age and opinion of the child; (b) the ability and willingness of the holders of parental responsibilities to cooperate with each other in matters concerning the child, as well as their personal situation; (c) the distance between the residences of the holders of the parental responsibilities and to the child’s school”.

Com o objetivo de ver alterado o texto do artigo 1906º, do CC, “no sentido de estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças cujos pais e mães se encontrem em processo de divórcio..., enquanto regime preferencial, independentemente, do acordo dos pais, a menos que o mesmo fosse pelo tribunal julgado contrário aos interesses dos filhos”, devendo estipular-se, então, “acordos de envolvimento parental que previssem uma residência principal da criança e outra secundária, em conjugação com o exercício conjunto ou singular das responsabilidades parentais”, foi apresentada, em julho de 2018, na AR, pela APIPDF⁵⁵⁵, uma petição, que viria a merecer a oposição de várias entidades⁵⁵⁶ e a concordância do CSM⁵⁵⁷ e da PGR⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Petição em prol da presunção jurídica da residência alternada para crianças de pais e mãe separados ou divorciados,
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a557a4d47466b5a6d4a6b4c54566c4f4745744e4759794f5331684e6d526b4c54426c4d54637a4e446b344e5759354f4335775a47593d&fich=530adfb5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&inline=true>

⁵⁵⁶ Carta Aberta de oposição à presunção jurídica da residência alternada. (2018),
<https://www.dignidade.pt/carta-aberta/>

Os signatários da oposição veiculada pela denominada «carta aberta», apenas, aceitam que se estabeleça a guarda compartilhada quando se verificarem, cumulativamente, as seguintes condições: (a) ausência de suspeita ou indícios de violência doméstica e de abuso sexual de crianças intrafamiliar; (b) ausência de conflitualidade entre os pais; (c) proximidade geográfica; (d) capacidade de cooperação elevada entre os pais; (e) modelos educacionais centrados na criança, em que esta é parte integrante da forma como os pais organizam a logística da alternância; (f) compromisso de ambos os pais para fazer com que a parentalidade partilhada e a residência alternada funcionem; (g) ambos os pais devem gozar, no seu local de trabalho, de práticas laborais amigas da família; (h) estabilidade financeira de ambos; (i) confiança de cada um dos pais na competência do outro como progenitor.

⁵⁵⁷ Parecer do CMS. (08 de novembro de 2018). Obtido em 02 de maio de 2019, de
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738765a4449795a6a41324f4451744d6a49775a5330304e6a64684c5>

VIII.2. A realidade da residência alternada e a problemática da determinação da dupla residência

A modalidade da guarda conjunta, na variante da guarda legal ou jurídica, importa uma contradição nos seus próprios termos, porquanto assenta no pressuposto, senão doutrinário, pelo menos, implícito no imaginário social corrente, de que a criança ou o jovem menor vivem, em simultâneo, com ambos os progenitores, o que, efetivamente, não pode acontecer, em virtude de, por força da cessação da coabitação entre estes, os mesmos se encontrarem separados um do outro.

Deste modo, a denominada guarda conjunta, conceito flexível e adaptável à realidade de cada caso particular, como decorre do preceituado pelo artigo 1906º, nº 5, do CC, mais não é do que uma guarda única, no sentido estrito de atribuição do destino/fixação da residência do menor, dotada de um exercício conjunto das responsabilidades parentais, em sentido amplo.

Dito de outro modo, trata-se de uma guarda conjunta, meramente, jurídica ou legal, residindo a criança, apenas, com um dos progenitores e gozando o outro de um livre direito de visita⁵⁵⁹.

Assim, o regime da Reforma de 2008, quanto à regulação da convivência ou contacto, baseia-se na fixação da residência habitual e principal do filho, ou seja, na determinação do progenitor com quem o menor passará a viver, regularmente, que ficará com o seu cuidado habitual, correspondendo à antecedente designação do progenitor com a guarda habitual ou do progenitor guardião.

Deste modo, a Reforma de 2008, ao mesmo tempo que impôs o exercício conjunto das responsabilidades parentais, em questões de particular importância, também,

⁵⁵⁸ Parecer da PGR. (10 de outubro de 2018). Obtido em 02 de maio de 2019, de <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738764d5445774e7a6c6a5a5467745a6a45314e5330304d7a64684c5>

⁵⁵⁹ Maria Clara Pereira Sottomayor, Exercício do Poder Paternal Relativamente À Pessoa do Filho Após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens, 1995,...., citado, 291 e 292; Linnucia Canova e Luciano Grossi, Ancora sull'Affidamento Cogiunto od Alternato: Interesse del Minore o Finzione Giuridica?,...., citado, 740.

aceitou, claramente, que o filho ficasse a residir com um dos progenitores, cabendo ao outro simples direitos de visita, à maneira tradicional⁵⁶⁰.

Porém, a máxima abrangência da expressão conceitual «guarda conjunta», figura larvar de mais fácil apreensão empírica, corresponderia ao termo «residência alternada», situação na qual o menor reside, revezadamente, por períodos idênticos, com cada um dos progenitores, que dividem, entre si, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, onde o natural entendimento entre eles, embora não obrigatório, quanto à prática dos atos usuais do menor que a cada um cabe, no respetivo período de alternância, representaria, agora, uma necessidade prática de mais fácil apreensão imediata por ambos.

Com efeito, a guarda conjunta jurídica, sem a guarda conjunta física, é uma fórmula vazia de conteúdo, porquanto o progenitor não residente não goza do poder de decidir sobre os assuntos do quotidiano da criança, que pertence ao residente habitual, nem de manter com esta um contacto frequente e contínuo, na base de uma interação diária, que são os aspetos que constituem a parte essencial da função paternal e maternal, tratando-se aquelas duas componentes da guarda conjunta de realidades imprescindíveis para continuar a prosseguir, na família reestruturada, as relações benéficas da criança com ambos os progenitores, tal como existiam durante a constância da família intacta⁵⁶¹.

Porém, na guarda conjunta legal, os progenitores, um dos quais reside, habitualmente, com a criança, têm iguais direitos e responsabilidades sobre a mesma, devendo tomar, em comum, todas as decisões importantes relativamente à sua educação, saúde e formação integral, sendo que o papel educativo do não residente é mais amplo e a sua eficácia imediata, comparativamente, ao que acontece com o progenitor não guardião, no sistema da guarda única⁵⁶².

A este propósito, constitui questão relevante e atual a de saber se é possível aos progenitores fixarem, após o divórcio ou extinção da união, um regime de «residência

⁵⁶⁰ Guilherme de Oliveira, A residência alternada em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008, in “Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia, Uma família parental, duas casas”, Lisboa, Edições Sílabo, 2017, 149 a162.

⁵⁶¹ Barton S. Blond, In the Child`s Best Interests – A Better Way: The Case for Presumptive Joint Custody in Missouri, UMKC Law Review, Volume 52, 1983/1984, 573 e 574.

⁵⁶² Hughes Fulchiron, Autorité Parentale et Parents Désunis, ..., citado, 157; David J. Miller, Joint Custody, Fam. L. Q. , XIII, nº 3, 1979, 361.

alternada», à luz do novo ordenamento jurídico nacional, ou, inclusive, se o tribunal pode determiná-lo, independentemente, do acordo daqueles⁵⁶³.

Será viável, porém, chegar perto da distribuição paritária dos tempos de convivência, ou, inclusive, atingi-la, fixando um verdadeiro regime de residência alternada, apesar de o texto do artigo 1906º, nº 5, do CC, estatuir que “o tribunal determinará a residência do filho”, isto é, a residência (habitual) junto de um progenitor, e prever “relações habituais do filho com o outro”?

A residência alternada respeita, como já se disse, à denominada guarda física, isto é, à residência habitual da criança, sem colidir com o regime-regra constante do artigo 1906º, do CC, que implica o exercício conjunto das responsabilidades parentais, relativamente às questões de particular importância para a vida do filho, e o exercício unilateral, pelo progenitor com quem este reside, habitualmente, no que concerne aos atos da vida corrente⁵⁶⁴.

Contudo, conforme já se salientou, o conceito de residência alternada não se confunde com o conceito de guarda alternada, em que cada um dos progenitores exerce, em exclusivo, tratando-se, portanto, de uma guarda unilateral, as responsabilidades parentais, de forma repartida, nos períodos temporais em que tem a criança aos seus cuidados⁵⁶⁵.

Por seu turno, o regime da residência alternada não implica que as crianças habitem, de modo necessário, alternadamente, com ambos progenitores, tal como muitas vezes se pensa, sendo que o exercício conjunto das responsabilidades parentais diz, apenas, respeito à tomada das decisões relativas às questões mais relevantes para a vida dos

⁵⁶³ No quadro legal anterior, a jurisprudência pronunciou-se no sentido de que “I- O regime da “guarda alternada” afigura-se o regime de regulação do exercício do poder paternal mais em conformidade com o interesse da criança porque lhe possibilita contactos em igual proporção com o pai, a mãe e respectivas famílias. II- Não se deve exagerar o facto de representar inconveniente para a criança a mudança de residência pela instabilidade criada, considerando que a instabilidade é uma realidade presente e futura na vida de qualquer criança com pais separados e, por outro lado, na realidade, o que a criança adquire são duas residências, cada qual com as suas características próprias, que permitem o contacto mais constante e efectivo com os dois pais, não devendo esquecer-se a extraordinária adaptabilidade das crianças a novas situações”, Acórdão do TRL, de 14-12-2006, Pº nº 3456/2006-8, www.dgsi.pt; e “a menor passará uma semana em casa de cada progenitor, alternadamente, sendo o poder paternal exercido em conjunto por ambos os pais”, Acórdão do TRL, de 13-02-2003, Pº nº 673/2003-8, ou “...a lei não contém qualquer disposição que permita a guarda alternada sendo certo que se entende que tal solução sempre contenderia com os interesses da menor, impedindo-a de estabelecer qual é a sua casa, o seu lar e/ou o seu centro de vida”, Acórdão do TRL, de 6-2-2007, Pº nº 705/2007-7, www.dgsi.pt

⁵⁶⁴ Acórdão do TRL, de 19-9-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 305.

⁵⁶⁵ O acórdão do TRL, de 7-8-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 304, designa como «guarda compartilhada» o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada, e «guarda alternada», à situação de residência alternada, com exercício exclusivo nos respetivos períodos de residência com cada um dos progenitores.

menores, e não à coabitação com qualquer deles, devendo o progenitor que não resida com a criança ver consagradas, não obstante, amplas oportunidades de convívio com a mesma, conferindo-lhe, expressamente, o artigo 1906º, nº 7, do CC, o direito a “manter uma relação de grande proximidade” com o filho.

Tem-se sustentado a impossibilidade da implementação do modelo da residência alternada, independentemente, do acordo dos progenitores, ou em situações conflituais e de incumprimento⁵⁶⁶, que esse figurino compromete o equilíbrio da criança, a estabilidade do seu quadro de vida e a continuidade e unidade da sua educação, em consequência da permanente alteração da residência, tratando-se de um “sistema salomónico que, repartindo a criança entre ambos os pais, como se de um objeto se tratasse, satisfaz os interesses destes, sacrificando os dos filhos”⁵⁶⁷, a que acresceria a absoluta incompatibilidade de tal proposta com a natureza injuntiva e o princípio do interesse público, plasmado no artigo 1906º, do CC, que impõem a obrigação de o juiz definir a residência⁵⁶⁸ da criança, que se trata de um conceito equivalente a domicílio [“o menor tem domicílio no lugar da residência da família”] e a guarda [“se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver”], como decorre do disposto pelo artigo 85º, do CC, que não pode estar sujeita a alterações periódicas.

Por outro lado, entende-se, também, que a residência alternada é inaplicável, porquanto, o Projeto de Lei nº 475/VI, que se propunha aditar ao CC o artigo 1905º-B, segundo o qual “no regime de guarda conjunta todas as questões de particular importância para a vida do filho, designadamente, as relativas à saúde, educação, residência, mudança da área geográfica da residência, religião e administração dos seus bens, terão que ser objeto de acordo de ambos os pais” (nº 1), sendo que “a residência do filho pode ser a de um dos pais ou, alternadamente, a de ambos” (nº 2), não foi aprovado pelo legislador da Reforma de 1995, nem sequer secundado pela subsequente Reforma de 1999.

⁵⁶⁶ Acórdão do TRC, de 6-10-2015, Processo nº 1009/11.4TBFIG-A.C1; Acórdão do TRL, de 14-02-2015, Processo nº 1463/14.2TBCSC.L1-8; Acórdão do TRP, de 20-10-2010, Processo nº 134/04.2TBOVR-C; Acórdão do TRP, de 13-5-2014, Processo nº 5253/12.9TBVFR-A.P1; Acórdão do TRL, de 18-3-2013, Processo nº 3500/10.0TBRR; Acórdão do TRL, de 9-5-2013, Processo nº 1297/12.9TBRR.L1-8; e Acórdão do TRL, de 14-12-2006, Processo nº 3456/2006-8; Acórdão do TRG, de 12-1-2017, Pº nº 996/16.0T8BCL-D.G1, www.dgsi.pt

⁵⁶⁷ Maria Clara Pereira Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, 5ª edição, ..., citado, 439 e ss.

⁵⁶⁸ O local da residência do menor é aquele onde o mesmo se encontra com maior permanência e continuidade, onde o mesmo possui o centro de uma vida organizada, em termos de estabilidade (Acórdão do STJ, de 18-01-2001, CJ, Ano IX (STJ), T1, 69; Acórdão do TRE, de 02-06-2011, CJ, Ano XXXVI (2011), T3, 246.

Antecipando a eventualidade de entendimentos, jurisprudenciais ou outros, adversos à admissibilidade da homologação judicial de acordos dos progenitores que consagrem o regime da residência alternada, estes consensualizam entre si, simuladamente, a atribuição do exercício conjunto, na modalidade de guarda legal e residência exclusiva, em regra, com a mãe, para viabilizar a homologação, executando, na prática, o regime da residência alternada, correspondente ao acordo dissimulado que pretendiam^{569 570}, numa situação homóloga à que acontecia aquando da vigência do exercício unilateral do poder paternal com guarda exclusiva, por ocasião da instrução do processo de divórcio, por mútuo consentimento, em que apresentavam a aparência de um consenso quanto ao “destino” dos filhos, na realidade, inexistente.

O legislador da Reforma de 2008 afastou o conceito de «guarda» do regime das responsabilidades parentais, ao consagrar, no artigo 1906º, nº 5, do CC, que “o tribunal determinará a residência do filho...”, eliminando a anterior redação do nº 2, do citado normativo, que estabelecia que “na ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal seja exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado”.

Na verdade, o regime-regra do exercício das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho, em caso de divórcio dos seus progenitores ou equiparado, consta do artigo 1906º, nº 1, do CC, que estabelece que o mesmo é levado a cabo por ambos, em comum, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio.

Vem-se entendendo, muito embora a lei tenha afastado, pelo menos, explicitamente, o conceito de «guarda», como acabou de salientar-se, que, subjacente ao dispositivo legal do artigo 1906º, nº 1, do CC, se encontra o modelo da guarda conjunta legal ou jurídica, segundo o qual “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio”, que o juiz não pode afastar, a menos que se trate de “casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho”, ou se o mesmo “for julgado contrário aos interesses do filho”, como se proclama no respetivo nº 2.

⁵⁶⁹ Joaquim Manuel Silva, *A família das crianças na separação dos pais: A guarda compartilhada*, Lisboa, Petrony, 2016, 73.

⁵⁷⁰ Entrevista publicada, no *Jornal Observador*, Esteves, 2018.

Assim sendo, não obstante existir acordo dos progenitores quando à fixação de um regime de «residência alternada», quer porque já havia sido instituído, de facto, pelos mesmos, quer porque a adequação do modelo resultava flagrante da discussão realizada, em sede de conferência obrigatória de pais⁵⁷¹, mesmo considerando o princípio de que o tribunal deve promover e aceitar os acordos que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos os progenitores e de partilha de responsabilidades entre eles, consoante decorre do artigo 1906º, nº 7, do CC, sustenta-se que não deve ser aceite o regime proposto, por dele resultar a determinação de uma dupla residência para o menor, a menos que o modelo da guarda conjunta legal seja, em concreto, contrário aos interesses da criança, o que o juiz fundamentará, suficientemente.

Deste modo, a adoção do modelo da residência alternada, apenas, se justificaria, em função do interesse do menor, mas, tão-só, depois de, justificadamente, ser afastado o modelo da guarda conjunta jurídica, por se considerar aquele desfavorável ao mesmo.

Tratar-se-ia, pois, no que respeita à aplicabilidade do modelo da residência alternada, de uma solução «contra legem», que a natureza do processo especial de regulação do exercício das responsabilidades parentais, como de jurisdição voluntária que é, atento o disposto pelos artigos 3º, c), 12º e 34º a 40º, inclusive, do RGPTC, e 987º, do CPC, não permitiria excetuar, porquanto, o princípio da oportunidade que este último normativo consagra, significando que o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar, em cada caso, a solução de equidade que julgue mais conveniente e oportuna, não lhe consente, não obstante, afrontar, expressamente, o texto da lei.

Com efeito, ainda de acordo com este posicionamento adverso, não seria a determinação consensual do modelo da residência alternada pelos progenitores que justificaria a sua aplicabilidade, como não seria, de igual modo, «mutatis mutandis», suficiente o acordo dos progenitores para viabilizar a guarda unilateral, se a proposta dos progenitores fosse nesse sentido, assim se pretendendo identificar, em termos práticos, o regime da residência alternada com o regime da guarda unilateral, quanto à inconsistência doutrinária de ambos os modelos.

⁵⁷¹ Em função, nomeadamente, da idade e maturidade do filho, da sua vontade manifestada nesse sentido, da proximidade da residência dos progenitores, da coincidência de posições dos progenitores, quanto às orientações educativas mais relevantes, da respetiva equivalência de condições económicas e habitacionais e da forte ligação do filho com ambos.

Se o juiz não podia fixar o regime da residência alternada, antes da Reforma de 1995, sem o acordo dos pais do menor, também, agora, o não poderá fazer, mesmo com este consenso, se o mesmo se revelar, no caso concreto, contrário aos interesses da criança ou do jovem menor.

Esta oposição ao modelo da «residência alternada» traduz um verdadeiro caminho de retrocesso, em relação ao regime anterior à Reforma de 1995, em que se exigia, como condição da sua aplicabilidade, o acordo dos pais do menor, porquanto, volvidos mais de vinte anos, a Reforma de 2008 não só não permitiria a homologação judicial desse acordo, como, muito menos, a imposição judicial desse modelo, independentemente, dele.

A flexibilidade do novo regime da Reforma de 2008 admite que se possa “falar de uma repartição de tempos de convivência com ambos os progenitores”⁵⁷², mas já não permitiria compatibilizar a parentalidade partilhada com a fixação do regime da residência alternada⁵⁷³, muito embora o conceito de “paternalidade partilhada ou conjunta” tenha resultado do processo de separação rígida dos papéis da mãe e do pai, baseado na ideia da “mãe-dona-de-casa” e do “pai-ganha-pão”, que se começou a esbater, na Europa e nos EUA, nos anos oitenta do século XX⁵⁷⁴.

Importa, na verdade, elaborar um novo entendimento no sentido de o modelo da residência alternada corresponder a uma forma legal de consagração do direito da criança ao relacionamento com ambos os progenitores, constituindo, outrossim, um poderoso instrumento idóneo para afastar a conflitualidade e consolidar ou construir a família, porquanto permite manter ambos os progenitores comprometidos com a vida dos filhos, promovendo espaços de funcionamento conjunto que, no sistema da residência única, se mostram, totalmente, desnecessários ou inatingíveis⁵⁷⁵, e atenuando a sobrecarga dos dois progenitores com os cuidados dos filhos, os denominados “child-free moments”⁵⁷⁶.

⁵⁷² Guilherme de Oliveira, A residência alternada em Portugal segundo a lei n.º 61/2008,..., citado, 149 a 162, «maxime», 157.

⁵⁷³ Guilherme de Oliveira, Ascensão e queda da doutrina do "cuidador principal", Lex Familie, RPDF, 2011, 5 a 17, «máxime», 17.

⁵⁷⁴ Guilherme de Oliveira, Ascensão e queda da doutrina do "cuidador principal",..., citado, 5 a 17, «máxime», 8.

⁵⁷⁵ Joaquim Manuel Silva, A Família da Criança na Separação dos Pais: A Guarda Compartilhada,..., citado, 135.

⁵⁷⁶ António José Fialho, Residência alternada – visões de outras paragens, in “AAVV, Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, Tomo I, Lisboa, CEJ, 2012, 270, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Cri_nca_TomoI.pdf”

A operacionalidade do exercício das responsabilidades parentais, após a desagregação familiar, envolve uma grande contrariedade que se traduz na dificuldade de os progenitores separarem as questões da conjugalidade das questões da parentalidade, projetando nestas as agruras daquelas e, assim, comprometendo a parentalidade e a convivência familiar, simultaneamente.

Deste modo, em lugar de um regime residual de determinação da residência dos filhos de pais separados, a residência alternada perspetivar-se-ia como o respetivo regime-regra, como o modo de respeitar o direito dos pais a desfrutarem das responsabilidades partilhadas⁵⁷⁷.

Para tanto, as legislações nacionais devem consagrar a possibilidade de, em caso de separação ou divórcio, ser estabelecido o modelo da residência alternada, baseado no mútuo consentimento dos progenitores⁵⁷⁸, considerando o princípio estrutural do respeito pela vida familiar, consagrado pelo artigo 8º, da CEDH, porque a convivência regular entre pais e filhos representa uma parte fundamental da vida familiar, sob pena de se verificar a separação dos progenitores em relação aos filhos, que só deve acontecer, por determinação judicial, em circunstâncias excecionais que impliquem graves riscos para o interesse da criança ou produzam efeitos irremediáveis para a mesma, sendo convicção do CE que o desenvolvimento partilhado das responsabilidades parentais contribuirá para

⁵⁷⁷ A este propósito, registe-se a situação da menor Lua, criança com 11 anos, filha de pais divorciados, data a partir da qual, por acordo destes, aquela passou a viver uma semana com a mãe e outra com o pai, concordando ambos que não faria sentido fixar a residência exclusiva com um deles, uma vez que a criança tinha uma vinculação forte com os dois. Hoje em dia, Lua refere-se aos pais como sendo “amigos” e o ex-casal relata que já não têm qualquer conflito, sendo que, frequentemente, contam, quando necessário, com a ajuda um do outro. O pai refere que Lua “saiu a ganhar” com este regime, tendo a mesma um contacto diário com ambos os progenitores, seja por telefone, seja através de visita, a meio da semana, a casa do progenitor com quem não está a residir [Reportagem da Revista “Notícias Magazine”, “Com quem devem viver os filhos quando o pai e a mãe se separam?”, 2018]. Numa situação semelhante, é de realçar o caso de Guilherme, cuja mãe, inicialmente, se opunha ao regime da residência alternada, por considerar que a criança deveria residir, apenas, consigo, mas, hoje em dia, considera que a decisão tomada pelo tribunal foi a melhor solução, assinalando como principal vantagem o facto de conseguir conjugar a vida familiar com a social e profissional, afirmando o menor que se habituou ao regime, referindo que foi difícil para si quando o pai esteve ausente do país, por 3 meses, tendo ficado a residir, exclusivamente, com a mãe [Reportagem do canal televisivo SIC, “Pais à vez”, 2018]. Anote-se, por fim, a situação de Charlotte, na altura da entrevista, com 14 anos, tendo-se os pais separado um do outro quando aquela tinha, apenas, 2 anos. Desde sempre, que alterna entre a casa da mãe e a do pai, diariamente, assinalando a jovem como a principal vantagem desta alternância o facto de manter uma relação muito próxima com os dois progenitores. Hoje em dia, não vê a constante mudança de casa como um inconveniente, mas como uma rotina a que se habituou, salientando que este regime obrigou os pais a coordenarem-se para que o mesmo funcionasse, o que diminuiu o conflito entre eles (Newsweek, My Two Homes, 2008).

⁵⁷⁸ Resolução do CE 2079 (2015), de 2-10-2015.

superar os estereótipos do género quanto aos papéis, supostamente, atribuídos ao homem e à mulher, no âmbito da família.

O modelo da residência alternada permitiria, assim, subtrair ao «guardião» a titularidade da relação de domínio que detém sobre o menor e assegurar que a afirmação de cada um dos progenitores perante o mesmo não depende da titularidade dessa relação, mas antes do grau de afetividade e de compromisso perante si, evitando situações de conflitos de lealdade que o despersonalizem, com o objetivo de transmitir ao «guardião» um falso sentimento de identificação com este.

Contudo, o figurino da residência alternada exige, como requisito endógeno constitutivo, que os dois progenitores disponham de adequadas competências parentais, bem assim como de condições profissionais, económicas, habitacionais e motivacionais adequadas a garantir esse modelo, sendo que a proximidade geográfica das residências de ambos, a opinião dos filhos e a sua ligação afetiva a cada um deles, representam, de igual modo, elementos atendíveis com vista à definição do superior interesse da criança, no quadro do estabelecimento da residência alternada⁵⁷⁹, a qual, como é óbvio, será, de todo, excluída, em conformidade com a regra geral, constante do artigo 1906º, nº 2, se o exercício conjunto quanto às questões de particular importância para a vida do filho “for julgado contrário aos interesses deste”, o que é de presumir, designadamente, face ao teor do artigo 1906º-A, ambos do CC, “se for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores” [a], ou “se estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças” [b].

Questionando o princípio tradicional da preferência maternal, em relação a crianças de tenra idade, defende-se que as “proibições ou avisos que impeçam as crianças e bebés de passarem a noite ao cuidado de seu pai são inconsistentes com o nosso atual conhecimento do desenvolvimento da criança”, pois que “não necessitam, e a maioria não tem, um progenitor a full-time de presença constante”⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Helena Bolieiro, António José Fialho, Novos Modelos e Tendências na Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais – a residência alternada, CEJ, junho de 2012, <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=28>

⁵⁸⁰ Richard Warshak, Social science and parenting plans for young children: A consensus report, *Psychology, Public Policy and Law*, 20, fevereiro de 2014, 46 a 67; e Press-Release: Experts Agree: Infants and Toddlers Need Overnight Care from Both Parents After their Separation, Dallas.

Por seu turno, não apresenta cabimento científico sustentado a ideia construída de que a residência alternada constitui, necessariamente, uma fonte de instabilidade para a criança, comprometendo, por isso, o seu desenvolvimento.

Com efeito, esta instabilidade é consequência congénita da desagregação familiar subsequente à separação dos progenitores, porquanto as crianças que não convivem, habitualmente, com um deles têm mais problemas psicossomáticos do que aquelas que vivem em famílias nucleares, sendo que, ao invés, as crianças sujeitas ao modelo da residência alternada apresentam melhor saúde física e psíquica do que aquelas que se encontram, em regime de residência única, e que, apenas, convivem com um deles, achando-se menos dependentes de fatores psicológicos, com maior satisfação com a situação escolar, melhor relacionamento com ambos os progenitores, menores níveis de «stress», uma enorme taxa de auto-confiança, sendo elevado o número de estudantes que afirmam que teria sido do seu melhor interesse um maior convívio com o pai

581 582 583 584 585
586 587

Efetivamente, o modelo da residência alternada promove o exercício da parentalidade positiva e uma consistente convivência com ambos os progenitores, sendo um fator relevante de pacificação de tensões e conflitos, sobretudo, por colocar os pais em posição de estrita igualdade, constituindo ainda um instrumento valioso no sentido da

⁵⁸¹ M. Bergström, E. Fransson, A. Hjern, Barn med växelvis boende, 2015, Centre for Health Equity-Studies, 71 a 81,

http://www.chess.su.se/polopoly_fs/1.261599.1450340833!/menu/standard/file/Barn%20i%20va%CC%88xelvis%20boende%20-%20en%20forsknings%CC%88versikt.pdf

⁵⁸² M. Bergström, B. Modin, E. Fransson, L. Rajmil, M. Berlin, P. Gustafsson, A. Hjern, 2013, Living in two homes – a Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody, BMC Public Health, <http://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458.13-868>

⁵⁸³ M. Bergström, E. Fransson, A. Hjern, L. Köhler, T. Wallby, 2014, Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parent´s life satisfaction: a cross-sectional study, Scandinavian Journal of Psychology, 55, 433 a 439, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25040954>

⁵⁸⁴ M. Bergström, B. Modin, E. Fransson, M. Berlin, P. Gustafsson, A. Hjern, 2015, Fifty moves a year: is there an association between joint physical custody and psychosomatic problems in children? J. Epidemiol Community, <http://jech.bmj.com/content/jech/early/2015/04/09/jech-2014-205058.full.pdf>

⁵⁸⁵ M. Bergström, E. Fransson, S. Laftman, A. Hjern, M. Östberg, 17 de janeiro de 2017, The Living Conditions of Children with Shared Residence – the Swedish Example. Child Indicators Research, 1 a 23, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12187-017-9443-1>

⁵⁸⁶ J. Turunen, Shared physical custody and Children´s Experience of Stress. Stockholm, Family and Societies, Working Paper Series, <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>

⁵⁸⁷ L. Nielsen, 18 de novembro de 2011, Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research, Journal of Divorce & Remarriage, 586 a 609.

prevenção ou da terapêutica adequadas a ultrapassar a problemática da síndrome da alienação parental.

A atribuição aos dois progenitores de igual tempo de permanência na sua residência com o filho, com a afetação da titularidade do exercício de todas as responsabilidades parentais, a cada um deles, quando e enquanto estiverem com a criança, viabiliza a solução de tentar dar à mesma dois progenitores e não, apenas, um, tratando-se de uma forma de organização familiar que contribui para criar uma verdadeira cultura de partilha das responsabilidades entre eles, permitindo solidificar o princípio da igualdade dos progenitores, em consonância com os artigos 36º, nº 5 e 13º, da CRP, e 18º, da CDC, salvaguardando, também, o princípio ínsito no artigo 36º, nº 6, da CRP, de que os filhos não devem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles⁵⁸⁸.

Com efeito, a Reforma de 2008 não “teve intenção de alterar o regime e as práticas anteriores, que supunham um cuidador principal e um secundário; porém, se os dois progenitores chegam a um acordo de partilha dos cuidados e do tempo de convivência que coloca os dois em paridade, e se o tribunal puder convencer-se de que o acordo é favorável para o filho, a homologação é possível e é mesmo recomendada”, não sendo defensável a “ideia de que a lei impõe que o filho tenha uma residência habitual e outra ocasional, um guardador principal e um secundário”⁵⁸⁹, sendo, outrossim, “muito estranho que a Lei nº 61/2008, que pretendeu dirigir-se no sentido da parentalidade conjunta, proibisse os acordos de residência alternada que os tribunais entendessem dever homologar”⁵⁹⁰.

Na verdade, o artigo 1906º, do CC, nos seus nºs 3 e 5, não afasta a possibilidade do estabelecimento da residência alternada, mas subentende a definição de uma residência principal e de uma residência ocasional, regulando o nº 3, tão-só, a forma do exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho, que outorgou ao

⁵⁸⁸ Jorge Duarte Pinheiro, Estudos de Direito das Famílias e das Crianças, Lisboa, AAFDL Editora, 2015, 338 e 339.

⁵⁸⁹ Guilherme de Oliveira, http://ace.pt/resoures/dics/ace/publicacoes/artigo_professor_guilherme_de_oliveira20140729.pdf?title=duvidas-na-jurisprudencia-sobre-responsabilidades-parentais, ..., citado.

⁵⁹⁰ Guilherme de Oliveira, Dúvidas na jurisprudência sobre responsabilidades parentais, <http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/11076-d%C3%BAvidas-na-jurisprud%C3%A2ncia-sobre-responsabilidades-parentais.html>

progenitor com quem a criança reside, habitualmente, ou aquele com quem se encontra, temporariamente.

Por sua vez, consagrando o artigo 1906º, do CC, nos seus nºs 3 e 5, a obrigatoriedade de o tribunal determinar a residência do filho, não está a impor a fixação de uma residência única à criança, mas, apenas, a tutelar a necessidade da regulamentação dos termos dessa residência, razão pela qual a mesma poderá ser estabelecida, apenas, junto de um dos progenitores ou junto de ambos, em regime de alternância, sendo certo que a disjuntiva “ou” do respetivo nº 3 autoriza a construção de que o menor tenha residência com os dois progenitores, hipótese em que um e outro terão residência habitual com o filho, exercendo, conseqüentemente, as responsabilidades pelos atos da vida corrente do mesmo, ficando, entretanto, prejudicada a aplicação da segunda parte do normativo, prevista para as situações mais frequentes de coexistência de uma residência principal com outra ocasional ou temporária.

A solução da residência alternada que se propugna advém ainda do texto do artigo 43º, nº 6, do Estatuto do Aluno e Ética Escolar⁵⁹¹, que a admite, expressamente, ou seja, “estando estabelecida a residência alternada”, deverão os progenitores acordar sobre o exercício das funções de encarregado de educação, ou, na falta de entendimento, ser o respetivo consentimento suprido por decisão judicial correspondente.

De igual modo, não é despidendo, em favor da construção da modalidade da residência alternada, que o critério de definição da competência territorial, consagrado pelo artigo 9º, nº 4, do RGPTC, preveja, explicitamente, a possibilidade de a criança residir, em igualdade de circunstâncias, com ambos os progenitores⁵⁹².

Partindo do conceito jurídico indeterminado, em que se traduz o «interesse da criança», enquanto princípio de estabelecimento da residência do menor e dos direitos de visita, o legislador aponta alguns elementos concretizadores do mesmo, ou seja, “todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade

⁵⁹¹ Lei nº 51/2012, de 5 de setembro.

⁵⁹² E não se diga, «ex adverso», que o legislador do Estatuto do Aluno e Ética Escolar, «máxime», o do RGPTC, desconheciam o conceito de «residência alternada», ou o conceberam, imperfeitamente, ou, então, que o princípio da unidade do ordenamento jurídico, plasmado no artigo 9º, do CC, já não significa que o legislador “soube exprimir o seu pensamento em termos adequados” (João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, ..., citado, 189), violando a dupla presunção contida no respetivo nº 3.

manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”, atento o nº 5, e “o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”, como decorre do nº 7, ambos do artigo 1906º, do CC, e dos artigos 40º e 37º, do RGPTC.

Assim sendo, o figurino da residência alternada não se mostra adequado para aquelas situações que envolvam progenitores negligentes, sem capacidade de resposta ou abusivos, ou que, conscientemente, não mantiveram qualquer espécie de convivência com a criança, antes da separação.

Porém, a posição jurisprudencial dominante permite concluir pela admissibilidade do modelo da residência alternada, também, impropriamente, denominado de guarda compartilhada, inclusivamente, por imposição do tribunal, isto é, na falta de acordo entre os pais, quando, v. g., ambos pretendem a residência exclusiva, colocando, contudo, como condição «sine qua non», a existência de um bom relacionamento entre si, ou, pelo menos, que os conflitos entre eles possam ser, de algum modo, amenizados, e, tratando-se de menores em idade escolar, que os progenitores não residam a grande distância um do outro⁵⁹³.

Com efeito, as normas do artigo 1906º, do CC, não exigem o acordo dos pais, “sendo, aliás, um contra-senso que o fizessem, pois que o desacordo é pressuposto para a

⁵⁹³ Acórdão do TRC, de 05-05-2009, Pº nº 530/07.3TBCVL-A.C1; Acórdão do TRL, de 22-5-2012, Pº nº 1900/05.7TBSXL-E.LIS-1; Acórdão do TRL, de 28-6-2012, Pº nº 33/12.4TBRR-L.1-8; Acórdão do TRL, de 24-10-2013, Pº nº 5358/11.3TBSXL-8; Acórdão do TRL, de 19-06-2012, Pº nº 2526/11.1TBRR.L1-1; Acórdão do TRL, de 9-5-2013, Processo nº 1297/12.TBRR; Acórdão do TRL, de 28-6-2012, Pº nº 33/12.4TBRR-L.1-8; Acórdão do TRL, de 30-01-2014, Pº nº 6098/13.4TBSXL-B.L1-8; Acórdão do TRL, de 17-12-2015, Pº nº 6001-11.6TBCSC.L1-6; Acórdão do TRP, de 28-06-2016, Pº nº 3850/11.9TBSTS-A.P1, www.dgsi.pt; Acórdão do TRL, de 7-8-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 304; Acórdão do TRL, de 19-9-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 305; Acórdão do TRC, de 24-10-2017, Pº nº 273/13.9TBCTB-A.C1, www.dgsi.pt; Acórdão do TRL, de 30-1-2018, CJ, Ano XLIII (2018), T1, 306; Acórdão do TRE, de 22-3-2018, Pº nº 297/15.1T8PTM-C.E1; Acórdão do TRE, de 7-6-2018, Pº nº 4505/11.OTBPTM-E1; Acórdão do TRL, de 20-09-2018, Pº nº 835/17.5T8BSXL-2, www.dgsi.pt; em sentido contrário, em manifesta oposição à admissibilidade legal da residência alternada, embora ainda antes da entrada em vigor da Reforma de 2008, coloca-se o Acórdão do TRL, 6-2-2007, Pº nº 705/2007-7, www.dgsi.pt, onde se diz que “(a) lei não contém qualquer disposição que permita a guarda alternada, sendo certo que se entende que tal solução sempre contendria com os interesses do menor, impedindo-o de estabelecer qual é a sua casa, o seu lar e/ou o seu centro de vida”.

necessidade da decisão do juiz”⁵⁹⁴, e a imperatividade do regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais, salvo quando for julgado contrário aos interesses do filho menor, que compreende os modelos do exercício com guarda jurídica e do exercício com guarda física ou residência alternada, não depende do consentimento dos progenitores.

Por seu turno, ao nível da doutrina, face aos novos dados da investigação científica e das novas tendências verificadas nos demais ordenamentos jurídicos europeus, em sede de Direito Comparado, constata-se uma quase unanimidade na assunção do modelo da residência alternada como a solução ideal, embora nem sempre possível, como é o caso das famílias com histórico de violência doméstica ou da residência dos progenitores, em diferentes localidades, na hipótese de dissociação familiar⁵⁹⁵.

Do conjunto articulado dos artigos 36º, nºs 3 e 5 e 18º, da CRP, resulta o direito fundamental de cada um dos progenitores à plena igualdade material ou de facto, e não a uma garantia, apenas, formal, no acesso ao convívio e à influência educativa dos filhos, sob pena de inconstitucionalidade material do preceito do artigo 1906º, do CC, interpretado, de forma diferente, direito esse que o modelo da residência alternada permite potenciar, «maxime», sendo ambos «figuras de referência»⁵⁹⁶.

O argumento base dos opositores ao modelo da residência alternada prende-se, em suma, com a estabilidade da criança.

⁵⁹⁴ Acórdão do TRL, de 7-8-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 304, citado.

⁵⁹⁵ No sentido de que a residência alternada pode ser consensualizada pelos pais ou imposta pelo tribunal, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família – uma questão de direitos*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, 209; acérrimo defensor da guarda compartilhada, Joaquim Manuel Silva, *A Família das Crianças na Separação dos Pais, a Guarda Compartilhada, o Conflito e o Abandono Parental*, Dissertação de Mestrado, ..., citado, 135, onde se diz que «A guarda compartilhada assume-se hoje na nossa prática jurisprudencial como central na consagração do direito da criança a ter pai e mãe e até importante na tarefa de afastar o conflito e de manter ou construir a sua família. A guarda compartilhada mantém os pais implicados na vida dos filhos, desenvolvendo, em regra, plataformas de funcionamento conjunto que criam novas emoções positivas, que depois contribuem para ultrapassar as memórias emocionais negativas devidas, em regra, da “separação conjugal”»; em sentido contrário, Maria Clara Pereira Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª edição, ..., citado, 439 e ss.

⁵⁹⁶ André Lamas Leite, O art. 1906º do Código Civil e a (in)admissibilidade do regime de guarda (e residência) alternadas dos menores, *Revista do Ministério Público, Separata*, Ano 38, nº 151, Jul/Set de 2017, 78 a 81.

Contudo, tal ideia sobrevaloriza a estabilidade que advém de um único espaço físico que constitui a casa, face ao conforto emocional de ter ambos os progenitores junto de si, porquanto, deste modo, a criança, pelo contrário, “tem dois espaços físicos a que chama casa e tem pai e mãe, em doses reduzidas de tempo, é certo, mas emocionalmente por inteiro, pois partilha as pequenas e as grandes coisas com ambos, no período que passa com cada um desses progenitores”⁵⁹⁷.

De facto, havendo conflito entre os progenitores, a residência exclusiva agrava-o, consolida-o, aumentando-o, muitas vezes, gerando um grande número de abandonos, de “órfãos de pais vivos”, que, quando não ocorrem, por força da exposição das crianças a este «stress» tóxico, permanente e intenso, gera nelas profundos problemas de desenvolvimento emocional e cognitivo que, na sociedade atual, representam uma grave questão de saúde⁵⁹⁸.

Já a residência alternada favorece o atenuar do conflito entre os progenitores, colocando-os em condições de igualdade, conduzindo, precisamente, a que, qualquer um deles, que, em contraponto, assistem a um período de tempo em que o menor está longe de si e entregue ao outro, tenha todo o interesse em facilitar aquele os contactos com o menor, no período em que ele é o titular da residência, precisamente, porque é isso que espera e deseja que lhe seja proporcionado quando o menor não estiver consigo.

A residência alternada será mesmo a solução natural para a criança que tem um convívio normal com ambos os progenitores, no âmbito da denominada relação positiva que estabelece com estes, pois que “este tipo de relação é a que se encontra na maioria das situações das crianças cujos pais já não vivem ou nunca viveram maritalmente, que valorizam a relação com ambos os seus progenitores e claramente desejam partilhar o seu convívio com os dois, de um modo significativo e, muitas vezes, em tempo igual”^{599 600}.

⁵⁹⁷ Cidalina Freitas, Notas soltas sobre a residência alternada, A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, Tomo I, julho 2014, E-book CEJ, 297, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf.

⁵⁹⁸ Joaquim Manuel Silva, A Família das Crianças na Separação dos Pais, a Guarda Compartilhada, o Conflito e o Abandono Parental,..., citado, 121, <http://hdl.handle.net/11144/2499>

⁵⁹⁹ Ana Vasconcelos, Do cérebro à empatia. Do divórcio à Guarda Partilhada com Residência Alternada, A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, Tomo I, julho 2014, Ebook CEJ, 11.

Deste modo, inexistente qualquer impedimento legal, no âmbito da legislação em vigor, a que, em vez do exercício conjunto das responsabilidades parentais, com guarda legal ou jurídica, se estabeleça o modelo da residência alternada da criança com os dois progenitores, independentemente, do acordo destes, com a única limitação de essa modalidade de exercício conjunto corresponder ainda à solução que melhor defenda o interesse do menor, para cuja densificação o tribunal atenderá às transformações sociais, ideológicas e políticas verificadas, ao nível das relações familiares, em especial, no âmbito da conjugalidade e da parentalidade, por ser difícil ao legislador assumir uma postura de neutralidade com as ideologias e concepções de vida reinantes na sociedade, em determinado momento histórico⁶⁰¹.

Entende-se, com efeito, que, sendo as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho exercidas, em conjunto, por ambos os progenitores, salvo nos casos de urgência manifesta, ou quando tal for julgado contrário aos interesses do mesmo, determinando o tribunal a sua residência, sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, de modo a favorecer amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilhar as responsabilidades entre eles, como decorre do texto do artigo 1906º, nºs 1, 2, 5 e 7, do CC, não distinguindo a lei, na fixação da residência, a prévia existência de acordo entre os progenitores, ou a posterior decisão judicial que a institua, a consagração do

⁶⁰⁰ Apontam-se várias vantagens ao regime da residência alternada: 1. Preserva a relação da criança com ambos os pais; 2. Preserva a relação dos pais com a criança; 3. Diminui o conflito parental e previne a violência na família; 4. Respeita as preferências da criança e a opinião da mesma acerca das suas necessidades e superior interesse; 5. Respeita as preferências dos pais e a opinião dos mesmos acerca das necessidades e superior interesse da criança; 6. Reflete o esquema de cuidados parentais praticado antes do divórcio; 7. Potencia a qualidade da relação progenitor-criança; 8. Reduz a atenção parental centrada na «matematização do tempo» e diminui a litigância; 9. Incentiva a negociação e a mediação interparental e o desenvolvimento de acordos do exercício das responsabilidades parentais; 10. Proporciona “guidelines” claras e consistentes para a tomada de decisão judicial; 11. Reduz o risco e a incidência da «alienação parental»; 12. Permite a execução dos regimes de exercício das responsabilidades parentais, pela maior probabilidade de cumprimento voluntário pelos pais; 13. Considera os imperativos de justiça social relativos à proteção dos direitos da criança; 14. Considera os imperativos de justiça social relativos à autoridade parental, à autonomia, igualdade, direitos e responsabilidades; 15. O modelo “interesse superior da criança/guarda e exercício unilateral” não tem suporte empírico; 16. A presunção legal de igualdade na guarda e exercício das responsabilidades parentais tem suporte empírico, E. Kruk, Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody, The American Journal of Family Therapy, Vol. 40, Issue 1, 2012, 33 a 35.

⁶⁰¹ Jorge Duarte Pinheiro, Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf

modelo da residência alternada tem, apenas, por referencial inultrapassável, o princípio da tutela do melhor interesse da criança⁶⁰².

Aliás, correspondendo a guarda legal ou jurídica e a residência alternada com os dois progenitores a modalidades do mesmo denominador comum que é a guarda conjunta, ou melhor, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, e sendo este, nas questões de particular importância para a vida do filho, salvo nos casos de urgência manifesta, ou quando o mesmo for julgado contrário aos seus interesses, o regime-regra proposto pelo legislador da Reforma de 2008, o modelo da residência alternada deve ser consagrado, por maioria de razão, face ao da guarda legal, independentemente, do acordo dos progenitores, por ser mais respeitador dos princípios constitucionais da igualdade dos cônjuges e dos progenitores na educação e manutenção dos filhos e da inseparabilidade de uns perante os outros, com o único limite de o mesmo ser julgado contrário aos interesses dos filhos, de acordo com o preceituado pelos artigos 36º, nºs 3 a 6, da CRP, e 1906º, nºs 1, 2, 5 e 7, do CC.

De todo o modo, a determinação do figurino da residência alternada depende mais das práticas e dos hábitos intrafamiliares concretos, já adquiridos, do que dos seus merecimentos teóricos, que, aliás, têm sido generalizados, pelo que, a sua implementação será tanto mais pacífica e mais vulgarizada, quanto mais estiver enraizada nas famílias a partilha das responsabilidades, através de hábitos adquiridos durante a vida em comum⁶⁰³ e, assim, esse modelo, ou se constrói durante a convivência, ou pode ser forçado depois da cessação da mesma, sendo, claramente, preferível o investimento legislativo e administrativo na construção de hábitos de partilha das responsabilidades, durante a vida em comum⁶⁰⁴.

⁶⁰² Pedro Raposo de Figueiredo, A Residência Alternada no Quadro do Atual Regime do Exercício das Responsabilidades Parentais – A Questão (Pendente) do Acordo dos Progenitores, *Julgar*, nº 33, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, Almedina, setembro-dezembro de 2017, 104 e 105; Maria Teresa Albuquerque Bigotte Chorão, O superior interesse da criança e a fixação da residência alternada (?) em caso de divórcio, Dissertação, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2019, <http://hdl.handle.net/10400.14/28669>

⁶⁰³ Guilherme de Oliveira, A residência alternada em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008, ..., citado, 149 a 162, invocando Shazia Choudhry and Jonathan Herring, *The Cambridge Companion to Comparative Family Law*, Cambridge University Press, 2019, 3.

⁶⁰⁴ Guilherme de Oliveira, Notas sobre a Residência Alternada (Considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República-20201), 1, <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=44028>

Contudo, a consagração, «de iure condendo», de uma explícita presunção legal quanto à aplicabilidade do regime da residência alternada aos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, não apresenta justificada razão de ser, porquanto, a residência alternada já se mostra contida, na letra e no espírito da lei, designadamente, no texto do artigo 1906º, nº 1, do CC, nos termos acabados de expor.

A isto acresce, por seu turno, que nem sequer se afiguraria coerente, mas, ao invés, altamente, contraditório, face à preponderância, em matéria de responsabilidades parentais, do princípio do inquisitório, conjugado com o princípio da equidade, a impossibilidade de o julgador procurar, por todas as vias ao seu alcance, a melhor situação para configurar o destino do menor, se viesse a ficar, fatalisticamente, prisioneiro de soluções deterministas, provenientes de presunções, quer legais, quer, inclusivamente, de presunções judiciais.

VIII.3. A regra do exercício conjunto da parentalidade enquanto imposição legal do princípio da igualdade entre os progenitores

A Reforma de 2008, ao estabelecer o regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, mesmo que restrito às questões de particular importância, acabou por concretizar e reforçar a imposição legal do princípio da igualdade entre os progenitores, obrigando o residente a partilhar com o outro progenitor o poder decisório incidente sobre os filhos menores.

Porém, da retrospectiva da evolução legal a que se vem procedendo, no sentido da afirmação do princípio da igualdade entre os progenitores, afigura-se resultar que se está a divergir para a simples análise comparativa da relação entre a guarda, custódia, confiança ou residência da criança e do jovem menor e a atribuição das responsabilidades parentais em relação aos mesmos, sendo que a confiança da guarda, ou melhor, a definição da residência, representa a pedra angular do estabelecimento de uma efetiva igualdade entre os progenitores.

Isto é, dito de outro modo, o que importa, para além da análise valorativa da absolutização do princípio da igualdade dos progenitores, é, antes, o grau de relevância, no âmbito da igualdade da posição entre ambos, da regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

A interpretação da Reforma de 2008, em respeito do texto legal e da «mens legislatoris», deve fazer-se no sentido de se constituir como imposição de um reforçado

princípio da igualdade entre pai e mãe a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, sendo certo que o progenitor residente, por via de norma, já não dispõe de um poder absoluto sobre o destino do filho, que perdeu com o respetivo diploma legal que daquela resultou.

Sendo a igualdade entre pai e mãe um dos princípios estruturantes da Reforma de 2008, a mesma deve ser, globalmente, interpretada, no sentido de privilegiar a concretização desse princípio, para além da observância do princípio do superior interesse da criança e do jovem menor.

VIII.4. Tipos de intervenção nas responsabilidades parentais

As «responsabilidades parentais» são definidas, de forma unitária, não como uma espécie de direito subjetivo, mas antes como um poder funcional⁶⁰⁵ ou poder-dever, de carácter altruísta, no interesse dos filhos, cujo exercício é obrigatório ou condicionado⁶⁰⁶, que não se encontram na livre disponibilidade do titular do direito-dever⁶⁰⁷, de natureza irrenunciável e intransmissível, «inter vivos» ou «mortis causa», mas que se não confundem com uma mera faculdade conferida pela lei aqueles, perante as crianças e os jovens menores.

Não existindo, no âmbito dos princípios gerais do direito, qualquer presunção de indistinta conformidade dos acordos dos progenitores com os interesses da criança, estes, não obstante, em representação legal dos filhos, gozam da presunção de serem ainda os melhores defensores dos seus interesses, como decorre do disposto pelo artigo 1878º, nº 1, do CC, “porque o poder paternal funciona no interesse dos filhos, e não no interesse do titular do poder”⁶⁰⁸.

Aliás, a mera discordância ideológica do juiz ou do MP, em relação ao acordo dos pais, não lhes permite impor ou propor uma solução diferente, considerada mais favorável aos interesses da criança ou do jovem menor⁶⁰⁹, por tal constituir uma violação do

⁶⁰⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, I,..., citado, 198 e 199.

⁶⁰⁶ Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1972/73, 48 e 49.

⁶⁰⁷ Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil,..., citado, 48 e 49.

⁶⁰⁸ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V,..., citado, 331.

⁶⁰⁹ A proibição de uma deslocação ao progenitor guardião, a atribuição da guarda ao progenitor mais religioso, a rejeição da solução proposta por não concordar com o estilo de vida de um dos pais ou com os seus valores educativos.

direito dos pais à educação dos filhos e uma ilegítima intervenção do Estado na área reservada da soberania da família.

Porém, as situações em que se verifiquem acordos de residência alternada e aquelas em que a criança foi instrumentalizada, como moeda de troca de um dos progenitores, no sentido da obtenção de vantagens financeiras, ou em que o montante da prestação alimentar é, significativamente, inferior ao custo real das suas despesas médias mensais, devem ser objeto de um apertado controlo prévio à respetiva homologação.

Com efeito, por maioria de razão, é nula, pelo seu objeto, a transação, extrajudicial ou judicial, em que um dos progenitores abdica das prestações alimentares, vencidas ou vincendas, devidas pelo outro à criança, e este último prescinde do direito de a visitar, não obstante o texto do artigo 2008º, nº 1, do CC, estabelecer a possibilidade de “renúncia às prestações vencidas”, mas que é inaplicável, no âmbito das relações decorrentes das responsabilidades parentais.

E, de igual modo, sem embargo de não existir qualquer espécie de relação sinalagmática entre o direito de visita e o direito a alimentos, o acordo em que a atribuição ou não da residência do menor a um dos progenitores esteja condicionada pela outorga ou não ao outro da propriedade da casa de morada de família, é, também, nulo, pelo seu objeto, em sede de transação, extrajudicial ou judicial.

Mas, igualmente, o próprio acordo dos pais correspondente ao regime-regra do exercício conjunto deve ser, particularmente, controlado, desde logo, considerando os restantes parâmetros aferidores estabelecidos pelo artigo 1906º, nº 5, do CC, para além do «acordo dos pais», com vista a detetar se o mesmo tem por fim evitar a tomada de difíceis decisões de fundo quanto à educação dos filhos ou, inclusivamente, adiar a resolução de outras questões patrimoniais que envolvem os interesses dos progenitores, numa situação, de algum modo, semelhante ao que acontecia, nos processos de divórcio por mútuo consentimento, em que os filhos eram, consensualmente, confiados a um dos cônjuges, para serem ultrapassadas as dificuldades do acordo quanto à casa de morada de família ou quanto ao elenco dos bens comuns e respetiva partilha, reservando-se, mentalmente, o cônjuge não guardião para, após o trânsito em julgado da sentença, instaurar uma ação de alteração do exercício das responsabilidades parentais, com o intuito de reverter a situação da guarda dos filhos, a seu favor.

As responsabilidades parentais exercidas pelos pais, enquanto representantes legais dos filhos menores, no interesse destes, assumindo direitos e cumprindo obrigações que se repercutem na sua esfera jurídica, até atingirem a maioridade, compreendem tipos de intervenção, em que se incluem as vinculações jurídicas, as decisões parentais, a vigilância e a contenção.

O poder e o dever, posições contrapostas da relação jurídica, são estabelecidos pelo sistema jurídico para tutela de um interesse que, tratando-se de um direito subjetivo, é um poder reconhecido, diretamente, à pessoa para a realização de um direito próprio⁶¹⁰, enquanto que, se consistir numa vinculação jurídica, é um poder destinado ao cumprimento de um dever adstrito à satisfação de um interesse de outrem, que impõe uma capacidade de exercício plena.

Os deveres paterno-filiais relativos à pessoa dos filhos encontram-se, funcional e teleologicamente, orientados para “a promoção do seu desenvolvimento físico, intelectual e moral”, em sintonia com o disposto pelo artigo 1885º, nº 1, do CC, a fim de ser defendida e valorizada a personalidade dos menores, tratando-se de bens que se afirmam fora de qualquer vínculo jurídico, constituindo uma ordem de valores originários, inerentes à própria essência do ser humano, no sentido de que o Direito não os cria, antes os encontra, embora careçam, necessariamente, da sua valoração para assumirem relevância normativa⁶¹¹.

Esta característica da funcionalidade dos poderes-deveres paterno-filiais, consagrada pelo artigo 1878º, nº 1, do CC, que encerra o conteúdo das responsabilidades parentais, veiculada para o exercício dos interesses dos filhos, reconduz o instituto das responsabilidades parentais a uma posição jurídica complexa, que contém poderes funcionais, direitos e verdadeiros deveres⁶¹², afastando, irremediavelmente, o instituto das posições jurídicas ativas que, por definição, podem ou não ser exercidas e, caso o sejam, segundo parâmetros definidos sob o alvedrio do titular, para as reconduzir à noção de complexo de faculdades com conteúdo altruístico, posições jurídicas que, sem representarem um espaço de liberdade, traduzem inapeláveis vinculações técnicas, sem prejuízo da margem de discricionariedade que assiste no seu desempenho, isto é, de

⁶¹⁰ F. Santoro-Passarelli, Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Atlântida, 1967, 49 e 50.

⁶¹¹ Paulo Mota Pinto, Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, A Constituição concretizada – Construindo pontes entre o público e o privado (org. Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, 62.

⁶¹² Castro Mendes/Teixeira de Sousa, Direito da Família, Lisboa, AAFDL, 1990/1991, 338 a 340.

liberdade, dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim⁶¹³, não podendo esses poderes ser desempenhados conforme se queira, estando o seu cumprimento sujeito a controlo normativo, por eventual desvio do escopo a que devem obedecer⁶¹⁴.

E, como não há cumprimento possível sem discricionariedade, o exercício desta encontra-se submetido à boa-fé, achando-se ambas unidas, por um nexo de corresponsabilidade, por forma a que a boa-fé constitui o reverso que serve para controlar se a discricionariedade foi exercida, conformemente, ao fim em vista para o qual foi atribuída, ou seja, o interesse do credor, sendo certo que esse benefício não pode deixar de ser concedido ao devedor, pois que ninguém senão ele está obrigado a cumprir⁶¹⁵.

Estas obrigações paternas são, portanto, deveres de proteção, destinados a constituir uma tutela mais eficaz da integridade pessoal e patrimonial dos filhos, com vista a promover a defesa dos valores primários atinentes à sua personalidade.

As decisões parentais, que já não requerem a capacidade de exercício própria das vinculações jurídicas, podem ser tomadas pelos pais, fora da área de exceção da incapacidade dos menores, definida pelo artigo 127º, implicando uma intromissão importante na esfera da pessoa dos mesmos, mas com respeito pela sua maturidade e autonomia progressiva, de acordo com o disposto pelo artigo 1878º, nº 2, ambos do CC.

Os progenitores desempenham, igualmente, funções diárias de vigilância e contenção dos filhos, justificando-se as interferências, com base no poder de comando, reconhecido pelo artigo 128º, do CC, mas de forma necessária, adequada e proporcional, com respeito pelos seus direitos de personalidade⁶¹⁶.

IX. MODOS DE ATRIBUIÇÃO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA E DO JOVEM MENOR

A determinação do progenitor a quem é atribuída a residência do menor pode realizar-se, mediante acordo dos pais ou por decisão judicial.

A determinação da residência do menor, por acordo dos progenitores sobre o exercício das responsabilidades parentais, verifica-se, na hipótese de divórcio por mútuo consentimento administrativo, instaurado na CRC, quando o mesmo tem a aprovação do

⁶¹³ Marcello Caetano, Manual de Direito Administrativo, 10ª edição, Tomo I, ..., citado, 486.

⁶¹⁴ Antunes Varela, Direito da Família, 1º volume, ..., citado, 77 a 79.

⁶¹⁵ Menezes Cordeiro, Da Boa-Fé no Direito Civil, I, Coimbra, Almedina, 1984, 586 e ss.

⁶¹⁶ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 509 a 511; Rosa Martins, Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental, ..., citado, 33 e 34.

MP, em sede da respetiva fiscalização preventiva a que este procede, nos termos do previsto pelos artigos 1776º-A, nºs 1, 2 e 3, do CC, e 14º, nº 4, do DL nº 272/2001, de 13 de outubro.

Por sua vez, a determinação do progenitor a quem é atribuída a residência do menor, por decisão judicial, ocorre, na hipótese de divórcio por mútuo consentimento judicial, quando o processo é instaurado, diretamente, no tribunal, ou para este é remetido, pela CRC, neste caso, face à recusa da homologação do acordo, em virtude de os progenitores o não haverem alterado no sentido propugnado pelo MP, por este ter entendido que o mesmo não protege, suficientemente, o interesse dos filhos, atento o disciplinado pelos artigos 1776º-A, nº 4 e 1778º-A, nºs 2 e 3, do CC.

Porém, sendo o acordo dos progenitores uma das circunstâncias relevantes na determinação pelo tribunal da residência do filho, por certo, muito importante, a par da disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro, o fator decisório consiste, indistintamente, no interesse da criança, como resulta do disposto pelo artigo 1906º, nº 5, e, também, comparativamente, com o texto do artigo 1905º, nº 1, que trata dos “alimentos devidos ao filho e forma de os prestar”, como a única questão do instituto das responsabilidades parentais regulada por acordo dos pais, embora homologado, judicialmente, e que, apenas, será recusado se não corresponder ao interesse do menor, e não a “residência do filho”, nem os “direitos de visita de acordo com o interesse deste”, que serão fixados pelo tribunal, atento o nº 5, do artigo 1906º, acabado de citar, ambos do CC^{617 618}, como já se disse.

Daqui não se segue, necessariamente, que o “acordo dos pais” não possa constituir base suficiente para uma decisão judicial homologatória, quanto à determinação da residência do filho, tal como sucede, «mutatis mutandis», com o regime de visitas, por

⁶¹⁷ Na versão introduzida pela Reforma de 2008.

⁶¹⁸ Na verdade, o artigo 1905, nº 1, do CC, na redacção antecedente à Reforma de 2008, dispunha que “Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino dos filhos, os alimentos a estes devidos e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor, incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade”. Deste modo, o acordo dos pais, condição necessária, embora não suficiente, para a prolação de sentença judicial homologatória do exercício das responsabilidades parentais, versava, em igual plano, as questões em que estas se decompunham, isto é, o destino, guarda ou residência do menor, o regime de visitas ou relação de grande proximidade com o progenitor não residente e os alimentos e forma de os prestar, contrariamente, ao que acontece, no presente, em que o acordo dos pais só se mostra decisivo, ainda que com a ressalva da eventual falta de correspondência com o interesse do menor, quanto aos “alimentos devidos ao filho e forma de os prestar”.

contraposição à eventual exigência de uma sentença judicial precedida de julgamento, com ou sem produção de prova direta.

Certamente, que o legislador de 2008, fiel ao paradigma do regime-regra do exercício colegial das responsabilidades parentais, não considerou o acordo dos pais quanto a um eventual exercício unilateral, como condição «sine qua non» da sua homologação judicial, por importar, outrossim, atentar, face aos aduzidos parâmetros legais, como balizamento de referência do mesmo, no interesse do filho e na disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais da criança com o outro.

IX. 1. Critérios de estabelecimento da residência dos filhos

Conforme acontecia com a atribuição da guarda, cuja concretização, tendo como pedra angular o interesse do menor, erigido em critério único da regulação do poder paternal, era deixada pelo legislador como objeto de definição pela jurisprudência e pela doutrina, também, quanto à determinação da residência, partindo, de igual modo, do princípio do interesse do menor, aquele indicou, ainda que, a título, meramente, exemplificativo, outros dois critérios legais de referência, ou seja, o acordo dos progenitores e a disponibilidade evidenciada por cada um deles para manter uma relação de grande proximidade do filho com o outro, a que alude o artigo 1906º, nº 5, do CC, para além dos critérios doutrinários e jurisprudenciais pré-existentes e já sedimentados, tendentes a nortear a atividade do juiz sobre o modo de tomar a decisão mais conveniente e convincente para a defesa dos interesses das crianças e jovens menores.

Afastou-se, terminantemente, o critério da atribuição da residência ao «cônjuge inocente», com o abandono definitivo do princípio da culpa na prolação da sentença de divórcio, mesmo ainda quando a figura do «divórcio litigioso», segundo a nomenclatura legal em vigor, era uma das modalidades de dissolução judicial do vínculo matrimonial.

Se a regulação do exercício do poder paternal correspondente ao regime pretérito à Reforma de 2008 tinha como pedra angular a atribuição da guarda, a qual implicava a definição simultânea e indissociável da pessoa com quem a criança iria viver e passar a residir e que exerceria o poder paternal, com a possibilidade do seu exercício colegial, desde que obtido o acordo dos progenitores, após a entrada em vigor da Reforma de 1995, separando estas duas realidades, aquela Reforma de 2008 estabeleceu o regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, ainda que restrito às questões

de particular importância, conduzindo, assim, a determinação da residência, inevitavelmente, à designação do progenitor que ficará a exercer as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente da criança, que não as que respeitam às questões de particular importância, que aos dois pertencem, em conjunto.

A fixação da residência é determinante, porque indispensável à promoção da estabilidade da criança, permitindo-lhe garantir um ponto de referência, um centro de apoio, de onde irradiam todos os seus contactos com o mundo exterior, que lhe possibilitarão construir a sua personalidade, podendo este local, tendencialmente, fixo, ser a casa da mãe, do pai ou de um terceiro.

IX. 2. Dos critérios legais de determinação do interesse da criança e do jovem menor na fixação da residência

A prossecução do interesse do menor, em caso de rutura da vida dos pais, tem sido entendida, tradicionalmente, em estreita conexão com a garantia de condições sociais, morais e psicológicas, à margem da tensão e dos conflitos que, eventualmente, oponham os progenitores⁶¹⁹, considerando “a segurança e saúde do menor, o seu sustento, educação e economia”, “o desenvolvimento físico, intelectual e moral e a opinião dos filhos”⁶²⁰.

Neste enquadramento doutrinário do interesse do menor, erigido, posteriormente, em critério decisório fundamental, pelo artigo 3º, nº 1, da CDC⁶²¹, a Reforma de 2008 conferiu aquele conceito uma nova dimensão, reforçando, por um lado, o princípio da igualdade dos progenitores, e, por outro, a sua participação na vida dos filhos, que se consubstanciou na presença e atuação efetiva de ambos no quotidiano daqueles, e que, apenas, em casos excepcionais, pode ser afastada.

Porém, este critério universal do interesse do menor, no âmbito da determinação da sua residência, para além da instituição do regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais referentes às questões de particular importância para a vida do filho, e do regime-exceção do seu exercício individual, por cada um dos progenitores, quer pelo residente habitual, quer pelo residente temporário, quanto aos atos da vida corrente do filho, requer ainda “o eventual acordo dos pais e a disponibilidade

⁶¹⁹ Rui Epifânio e António Farinha, Organização Tutelar de Menores, ..., citado, 326.

⁶²⁰ Maria Clara Pereira Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio, 2002, ..., citado, 42.

⁶²¹ Adotada pela Assembleia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989, ratificada por Portugal, em 21 de setembro de 1990.

manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”, e bem assim como a manutenção de “uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”, nos termos do disposto pelo artigo 1906º, nºs 2, 3, 4, 5 e 7, do CC.

O critério legal da prevalência do acordo dos progenitores quanto à determinação da residência do filho constitui uma emanação do princípio nº 6, da Recomendação nº R (84) 4⁶²², segundo o qual “a autoridade deverá tomar a sua decisão tendo em conta o eventual acordo concluído pelos pais, na medida em que não seja contrário aos interesses dos filhos”, representando, desde logo, a primeira garantia de cumprimento voluntário do regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais, obviando a uma decisão do tribunal, eventualmente, impositiva deste regime, a quem cabe, tão-só, um papel residual na resolução de hipotéticos conflitos entre ambos os progenitores.

Por seu turno, o critério legal da disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro, traduz a consagração positiva do princípio do «progenitor que favorece mais as relações da criança com o outro progenitor»⁶²³, a «friendly parent provision», afastando o estigma do denominado “pai de fim-de-semana”.

E isto porque era frequente o progenitor guardião afirmar um poder absoluto sobre o filho, como se fosse dono do mesmo, inviabilizando, muitas vezes, com fundamentação diversa, mas sempre, sem base legal, o regular exercício do direito de visita.

Com este critério legal inovador da disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro, coloca-se alguma pressão sobre o progenitor residente habitual, suscetível de sustentar, no limite, a alteração da determinação da residência, em virtude da sua interferência intempestiva no direito de visita do filho, para além de permitir um diagnóstico preliminar quanto ao grau de fiabilidade do exercício conjunto, a partir de uma primeira aproximação à determinação da residência do filho com um ou outro dos progenitores⁶²⁴.

Na verdade, já a Reforma de 1995 enfatizava, no artigo 1905º, nº 1, do CC, o “interesse do menor em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma

⁶²² Adotada pelo Comité de Ministros do CE, em 28 de fevereiro de 1984.

⁶²³ Maria Clara Pereira Sottomayor, Exercício do poder paternal: estudos e monografias, ..., citado, 126 a 128.

⁶²⁴ Acórdão do TRP, de 14-2-1995, Pº nº 9450643, in www.dgsi.pt

relação de grande proximidade”, como fator importante da orientação da atividade decisória do juiz.

A Reforma de 2008, reafirmando este critério legal, no artigo 1906º, nº 7, do CC, ao afirmar 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”, acrescentou, no respectivo nº 5, como critério de determinação da residência e das visitas, “a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações habituais do filho com o outro”, consagrando, assim, o princípio, com assento legal, nos EUA e no Canadá, da «friendly parent provision».

Porém, este critério legal de inspiração norte-americana, muito associado à preferência pela guarda conjunta, não pode ficar prisioneiro de uma eventual estratégia do progenitor que requer a guarda conjunta ou o regime de visitas, de modo a não ser usado como sistema punitivo da privação do exercício das responsabilidades parentais do progenitor que, convictamente, defende a sua perspectiva quanto à defesa do interesse dos filhos, nem como ganho de causa daquele que, numa arriscada operação de «bluff», pode vir a conseguir o almejado exercício unilateral das responsabilidades parentais⁶²⁵.

IX.3. Dos critérios doutrinários e jurisprudenciais de determinação do interesse da criança e do jovem menor na fixação da residência

IX.3.1. A presunção ou preferência maternal/reduzida idade do filho/sexo feminino

Entre os fatores considerados idóneos no sentido de orientar a atividade criadora da jurisprudência na busca da definição do conceito jurídico indeterminado em que se traduz o interesse do menor na fixação da residência, destaca-se, desde logo, o princípio da preferência ou da presunção maternal.

O princípio da preferência ou da presunção maternal pressupõe que a mãe, por razões biológicas e sociológicas, é o progenitor mais apto para cuidar dos filhos e para satisfazer as suas necessidades físicas, emocionais e psicológicas, sobretudo, quando estes são de tenra idade⁶²⁶, ou do sexo feminino, por se encontrarem, fundamentalmente, dependentes da afetividade da mãe, fator essencial do desenvolvimento físico e afetivo dos

⁶²⁵ Joane Schulmann/Valerie Pitt, *Secound Thoughts on Joint Child Custody: Analysis of Legislation and Its Implications for Women and Children*, in “Jay Folberg Editor, *Joint Custody and Shared Parenting*, The Association of Family and Conciliation Courts, Loan Item, 1984, 219”.

⁶²⁶ Tender Years Doctrine, de origem anglo-saxónica, com expressão na jurisprudência, Cathy Jones, *The Tender Years Doctrine, Survey and Analysis*, *Journal of Family Law*, 1977-78, Vol. XVI, nº 4, 699 e 700.

menores, exceto quando existam provas muito fortes da sua negligência e desleixo, de perturbações mentais e psicológicas⁶²⁷, de desinteresse pelos filhos ou de qualquer outro comportamento negativo relevante.

A formulação menos radical do princípio da preferência maternal expressa a sua aplicação quando todos os fatores concorrentes são iguais, ou seja, nos casos em que não há diferenças qualitativas entre a capacidade educativa dos pais, efetuando, então, o tribunal, no âmbito da aplicação do critério, uma ponderação entre os fatores que favorecem a mãe e aqueles que beneficiam o pai e, na hipótese de todos eles serem de natureza equivalente, acresceria a preferência maternal, a crédito da mãe, declarando-se a residência a seu favor.

Não é, porém, muito antiga a regra da preferência maternal, pois que as suas raízes sociológicas remontam ao século XIX, correspondendo a uma particular modalidade da organização familiar, limitada ao grupo restrito da burguesia⁶²⁸, conseqüente à alteração da estrutura familiar provocada pela Revolução Industrial⁶²⁹.

Efetivamente, a regra da preferência maternal reporta-se ao período seguinte à Revolução Industrial, em resultado da luta da primeira geração de feministas pelos direitos das mães à guarda dos filhos e do abandono da visão da criança como propriedade do pai⁶³⁰.

O critério da presunção ou preferência maternal, em conexão com o critério da reduzida idade do filho ou do sexo feminino da criança, radica em razões biológicas ou sociológicas que adornam a mulher e mãe como o progenitor mais apto para cuidar dos filhos e satisfazer as suas necessidades físicas, emocionas e psicológicas, em especial, quando os mesmos são de tenra idade ou do sexo feminino, tendo atingido caráter paradigmático no propósito da definição do interesse do menor.

Na nova economia emergente da Revolução Industrial, a família deixa de ser uma unidade de produção, enquanto que, em consequência da divisão social do trabalho, os

⁶²⁷ Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 1991, 109.

⁶²⁸ Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Almedina, 1990, 55.

⁶²⁹ Julie A. Stiles, *Nineteenth-Century Child Custody Reform: Maternal Authority and Development of the «Best Interests of the Child»*, *Standard, Probate Law Journal*, vol. VI, 1984, 5 e ss.

⁶³⁰ Maria Clara Pereira Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5ª edição, ..., citado, 49.

homens laboram fora de casa e as mulheres asseguram a educação dos filhos e o serviço doméstico, cuja função protagonizam.

A maternidade adquiriu, assim, um estatuto de grande virtuosismo e prestígio e as mães eram consideradas a única fonte de amor e afeição, tratando-se de um princípio potenciado ao infinito e, por vezes, ao arrepio da natureza das coisas⁶³¹, com risco de perturbar a própria estabilidade da criança, onde, apenas, a indignidade do comportamento da mãe, que não uma relação extra-conjugal ou extra-união de facto, uma doença do foro mental⁶³², ou uma afetação de âmbito psicológico⁶³³ constituiriam exceção.

Inicialmente, no sistema jurídico nacional, o princípio da preferência maternal aplicava-se, tão-só, em relação a crianças até aos três anos de idade, mas, após a Reforma de 1977, conheceu uma aplicação generalizada quanto a crianças mais velhas.

Este critério, destituído embora de base normativa, tinha subjacente um princípio de direito natural, quase de direito divino, de que a mulher-mãe lograria, praticamente, de modo invariável, nos tribunais, a guarda dos filhos, dispondo deles como se fossem coisa dela e da sua criação, numa manifestação que se traduzia numa verdadeira «interrupção voluntária da paternidade»⁶³⁴, afirmando-se, jurisprudencialmente, com a fisionomia de uma presunção legal, de natureza, quase «iuris et de iure», apenas, ilidível, mediante a demonstração da sua incapacidade^{635 636}.

⁶³¹ Acórdão do TRE, de 23-02-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255.

⁶³² Acórdão do TRP, de 30-04-1992, Pº nº 9210008, www.dgsi.pt, em que, apesar de muito amor e carinho que a mãe, como o pai, demonstram pelo filho, com três anos de idade, se confia o mesmo aos cuidados daquele, uma vez que se demonstrou que a mãe padece de oligofrenia, no grau de débil mental, revelando grande dificuldade de autodeterminação; Acórdão do TRL, de 17-06-1993, Pº nº 0039786, www.dgsi.pt, que confia a guarda do filho ao pai, devido a doença psiquiátrica da mãe.

⁶³³ Acórdão do TRC, de 19-03-2002, Pº nº 368/2002-1, www.dgsi.pt, que confia a guarda da filha, então, com dois anos de idade, ao pai, em virtude de uma depressão post-parto sofrida pela mãe, que se ausentou do domicílio conjugal, breves dias depois do seu nascimento, para se radicar em casa dos pais.

⁶³⁴ Paul Osterrieth, *A Criança e a família*, tradução de Silvestre Campos, Publicações Europa-América, Lisboa, 1964, 1 e ss.

⁶³⁵ Acórdão do TRE, de 23-02-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255; Princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n.º 1386 (XIV), de 20 de novembro de 1959.

⁶³⁶ “I - A criança de tenra idade não deve, salvo em circunstâncias excepcionais, ser separada da mãe; II – O bom relacionamento afectivo da criança com o pai e família deste não se sobrepõe, por si só, aos benefícios normalmente resultantes da assistência materna em termos regulares”, Acórdão do TRE, de 23-2-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255; “Nada se tendo provado em desabono da mãe no que tange à missão de educar nem que a menor de tenra idade (seis anos), corra qualquer perigo na sua companhia, deve esta ser confiada à sua guarda”, Acórdão do TRL, de 23-2-1994, Processo nº 0071612, www.dgsi.pt; e “Nos menores de tenra idade, designadamente até aos 7 ou 8 anos, a vinculação afectiva à mãe é um fator essencial ao desenvolvimento psíquico e afectivo, visto que as redobradas necessidades de

Porém, sem esquecer os ditames da própria natureza humana, relativamente aos anos mais tenros da criança, o que deve ser levado em consideração, em qualquer regulamentação do exercício do poder paternal, atendendo às profundas alterações da realidade social, importa não subestimar que a mulher e o homem repartem entre si os deveres da criação dos filhos, englobando, assim, o papel do pai mais obrigações do que, antigamente, e diminuindo, paralelamente, o estatuto de imprescindibilidade da mãe⁶³⁷, a ponto de se ter evoluído no sentido de que “no interesse do menor de 5 anos, justifica-se mantê-lo confiado ao pai”, pelo facto de, além do mais, “proporcionar...ao menor boas condições para um harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral, acrescentando-se que tem maior disponibilidade de horários para o acompanhar que a mãe”⁶³⁸, pois que “no nosso ordenamento jurídico, qualquer dos progenitores pode ter o filho à sua guarda e cuidado (sem tratamento diferenciado)”⁶³⁹.

O progressivo desaparecimento da figura tradicional da mãe, exclusivamente, devotada à casa e aos filhos, acrescido do seu ingresso no mercado laboral, com a consequente perda do monopólio da função doméstica⁶⁴⁰, num processo de afirmação pessoal e de aumento do rendimento disponível do agregado familiar, e a entrada da figura do pai numa relação de maior proximidade com os filhos, com a correlativa co-assunção de atividades domésticas, evidencia uma realidade sociológica distinta, com “uma gradual equiparação entre os dois sexos”⁶⁴¹.

A regra da preferência maternal, muitas vezes, aceite como valor absoluto, mas com um grau superficial de exigência quanto à sua fundamentação judicial, sofre, atualmente, uma forte contestação, porquanto a consideração do sexo dos progenitores como critério da atribuição da guarda tem vindo a ser, expressamente, rejeitada, desde a década de setenta do século XX, pela doutrina e, por parte da jurisprudência europeia e americana, por ter subjacente uma ideia de discriminação em razão do género.

ternura e de carinhosa assistência que ocorrem nesse período etário raramente podem ser supridas pela afeição e interesse do pai”, Acórdão do TRL, de 9-1-1996, Processo nº 0004411, www.dgsi.pt

⁶³⁷ Acórdão do TRL, de 14-5-1987, BMJ nº 367, 564; Acórdão do TRL, de 9-6-2009, CJ, Ano XXXI (2009), T3, 106 a 110.

⁶³⁸ Acórdão do TRL, de 14-1-1999, CJ, Ano XXIV (1999), T1, 78 a 81.

⁶³⁹ Acórdão do TRL, de 13-3-2008, Processo nº 830/2008-8, www.dgsi.pt

⁶⁴⁰ Acórdão do TRL, de 09-06-2009, CJ, Ano XXXIV (2009), T3, 106.

⁶⁴¹ Helena Gomes de Melo, Ana Teresa Leal, Felicidade d’ Oliveira, Manuel Carmo Bargado, João Vaconcelos Raposo e Luís Baptista Carvalho, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, Lisboa, Quid Juris, Novembro de 2010, 65.

E, se o princípio da presunção maternal, mesmo em relação a crianças de tenra idade, pode ditar decisões contrárias ao interesse do menor, os benefícios decorrentes da sua fácil aplicação judicial não compensam, por outro lado, as dificuldades do preenchimento desse conceito jurídico indeterminado, sendo certo que, à medida que a realidade social relativa aos papéis do homem e da mulher se vai alterando, aumenta, correlativamente, a divergência entre o princípio da presunção maternal e o princípio do interesse do menor.

A jurisprudência nacional, na esteira da CDC, tem-se orientado, firme e maioritariamente, pela solução da guarda maternal das crianças de tenra idade⁶⁴², até cerca de 5 a 7 anos⁶⁴³, ou do sexo feminino.

O próprio movimento feminista posterior aos inícios dos anos setenta do século XX, nos EUA, criticava o critério da preferência maternal, por conferir à mulher um estatuto de subordinação na sociedade e na família e provocar a sua discriminação laboral, com desvantagens económicas que se traduziam no acentuar da pobreza das famílias monoparentais, encabeçadas por mulheres, que, com receio de perderem a guarda dos filhos, transigiam em soluções acordadas, com redução da prestação alimentar ou da sua meação, ao nível da partilha patrimonial dos bens⁶⁴⁴.

Deste modo, o critério da presunção ou preferência maternal, por si só, ou associado ao critério da reduzida idade do filho, não assume relevância bastante como fator da determinação exclusiva da residência da criança ou do jovem menor, ressalvado que seja o período do limite temporal máximo da aleitação, de cerca de doze meses⁶⁴⁵.

⁶⁴² Maria de Fátima Abrantes Duarte, O Poder Paternal, Contributo para o Estudo do seu Actual Regime,..., citado, 174 e 175; Miguel Teixeira de Sousa, O Regime Jurídico do Divórcio,..., citado, 109; Francisco Pereira Coelho, Casamento e Família no Direito Português,..., citado, 25; Maria Saldanha, Daniel Sampaio, Jorge Augusto Pais do Amaral, Que Divórcio?, Lisboa, Edições 70, 1991, 172.

⁶⁴³ Maria de Fátima Abrantes Duarte, O Poder Paternal, Contributo para o Estudo do seu Actual Regime,..., citado, 174 e 175; Miguel Teixeira de Sousa, O Regime Jurídico do Divórcio,..., citado, 109; Pereira Coelho, Casamento e Família no Direito Português, Temas de Direito da Família, ..., citado, 25; Maria Saldanha, Daniel Sampaio, Jorge Augusto Pais do Amaral, Que Divórcio?,..., citado, 172.

⁶⁴⁴ Tove Stang Dahl, O Direito das Mulheres, Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista, Universitetsforlaget AS, 1987, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, 7 e 8.

⁶⁴⁵ Helena Gomes de Melo, Ana Teresa Leal, Felicidade d' Oliveira, Manuel Carmo Bargado, João Vaconcelos Raposo e Luís Baptista Carvalho, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, Lisboa, Novembro de 2010,..., citado, 98, 99 e 100.

A «penalização» da mulher acontece, agora, desaparecido que foi o atributo da sua exclusividade para a vida doméstica, não por ser mulher, mas antes por estar sujeita às mesmas vicissitudes que, anteriormente, afastavam o homem da guarda dos filhos⁶⁴⁶.

Com efeito, confiar, invariavelmente, uma criança a sua mãe não é um ato tão generoso como se pode afigurar, sendo, muitas vezes, o reconhecimento de que o pai tem o direito de ficar mais liberto e a mulher presa à maternidade, para se tornar mais disponível para ser mãe⁶⁴⁷.

A mudança de paradigma da mulher-mãe, na sociedade atual, em consequência da sua entrada massiva no mundo laboral, mais que a proclamação constitucional do princípio da igualdade dos progenitores na educação e manutenção dos filhos, longe de tornar a mãe “uma categoria legal vazia”, conduzindo ao fenómeno da “neutralização da mãe”⁶⁴⁸, é antes o resultado do desaparecimento da base sociológica em que se estribava a pirâmide familiar, ascestralmente, concebida.

Por seu turno, o princípio da presunção maternal constitui um precedente, insuficientemente, fundado, assente em valorações pessoais, lesivo do princípio da igualdade dos sexos, constante do artigo 13º, nº 2, do princípio da igualdade dos cônjuges na manutenção e educação dos filhos, ínsito no artigo 36º, nº 3, e dos valores sociais eminentes da maternidade e da paternidade, consagrados pelo artigo 68º, nº 2, todos da CRP.

Independentemente, do grau de conformidade do princípio da preferência maternal com a experiência ou com a realidade social, a decisão sobre a fixação da residência do menor com um dos pais, com recurso a presunções judiciais, não se revela procedimento, judicialmente, correto, originando uma jurisprudência, rígida e fixista, em relação a uma matéria em que não é possível encontrar uma regra uniforme que se ajuste, em todos os casos, à intenção da lei na definição do conceito de interesse do menor.

O interesse do menor é, aliás, o único relevante, no Direito das Crianças, sobrepondo-se aos interesses dos pais, podendo, eventualmente, ser contrário aos destes,

⁶⁴⁶ Helena Gomes de Melo, Ana Teresa Leal, Felicidade d’ Oliveira, Manuel Carmo Bargado, João Vaconcelos Raposo e Luís Baptista Carvalho, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, Lisboa, Novembro de 2010, ..., citado, 101 a 104.

⁶⁴⁷ Eduardo Sá, O Poder Paternal, Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 80.

⁶⁴⁸ Martha Albertson Fineman, The Neutered Mother, The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies, ..., citado, 67.

independentemente, até, da ausência de culpa do progenitor não detentor da guarda na rutura da situação matrimonial ou afim.

De facto, a atribuição da guarda à mãe só é compatível com o princípio da igualdade, nos casos em que a guarda do menor lhe é conferida, não em virtude do sexo, mas antes, por força das circunstâncias do caso concreto, avaliadas pelo juiz, e que, à luz do interesse do menor, apontam para essa solução.

Na verdade, muitos dos argumentos favoráveis ao princípio da preferência maternal encontram-se ultrapassados pela evolução da família moderna, com a equiparação de funções entre o pai e a mãe dentro do casamento⁶⁴⁹.

A jurisprudência nacional só, recentemente, ultrapassou o princípio da preferência maternal⁶⁵⁰, sendo certo que a superação deste princípio, também, reforçada, pela Reforma de 2008, para além de fortalecer o princípio da igualdade⁶⁵¹ dos progenitores na manutenção e educação dos filhos, pode, decisivamente, favorecer, sobremaneira, o interesse do menor, como fator, concretamente, relevante da atribuição da residência, e não, particularmente, o interesse da mãe⁶⁵².

⁶⁴⁹ André Michel, *Sociologia da Família e do Casamento*, São Paulo, Rés, s/d, 95.

⁶⁵⁰ “Deve ser entregue à mãe a criança de tenra idade, a menos que circunstâncias excepcionais o desaconselhem”, Acórdão do TRL, de 23-02-1994, Pº nº 0071621; Acórdão do TRL, de 09-01-1996, Pº nº 0004411; Acórdão do TRP, de 30-04-1992, Pº nº 9210008, www.dgsi.pt, o que não acontece quando “apesar do muito amor e carinho que a mãe, como o pai, demonstram pelo filho menor, com 3 anos de idade, não é de confiar o mesmo à mãe, que padece de oligofrenia, no grau débil mental, revelando grande dificuldade de autodeterminação, mas antes aos cuidados do pai”, Acórdão do TRP, de 30-04-1992, Pº nº 9210008, www.dgsi.pt, ou, quando “apesar do carácter essencial da relação mãe-filho, na primeira infância, existindo uma relativa equivalência das condições morais, materiais e sociais de cada uma das estruturas familiares em que se inserem os dois progenitores, importou continuar a garantir à menor, com quase dois anos de idade, que sempre viveu com o pai, desde o momento do seu nascimento, tendo a mãe, em virtude de circunstâncias, não totalmente esclarecidas, mas que se poderão encontrar, causalmente relacionadas, com uma depressão post-parto, de mediana gravidade, que sofreu, se ausentado do domicílio conjugal, breves dias depois do nascimento da filha, para se radicar em casa dos pais, atribuindo um peso decisivo à estabilidade e ao equilíbrio emocional da menor, até ao momento, promovidos pelo progenitor masculino”, a quem foi confiado, Acórdão do TRC, de 19-03-2002, Pº nº 368/02-1, www.dgsi.pt

⁶⁵¹ Helena Gomes de Melo, Ana Teresa Leal, Felicidade d’ Oliveira, Manuel Carmo Bargado, João Vaconcelos Raposo e Luís Baptista Carvalho, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Novembro de 2010, ..., citado, 65 e 66.

⁶⁵² Acórdão do TRE, de 23-02-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255.

IX.3.2. A preferência paternal

Em casos limitados, defendia-se o princípio da preferência do pai como modelo masculino de aprendizagem, como fator importante para o desenvolvimento emocional e social adequado dos rapazes.

IX.3.3. A preferência do filho

O critério da preferência do filho, não assumindo embora natureza vinculativa, porque envolve uma análise conjugada da valoração de outros fatores, encontra-se, intimamente, conexionado com a consagração legal da obrigatoriedade da audição da criança, sempre que possível, e a sua maturidade o reclame, tomando-se em conta a sua opinião, nos assuntos familiares importantes, de acordo com o preceituado pelos artigos 1878º, nº 2, do CC, e 5º, do RGPTC, relevando no sentido da determinação da sua residência⁶⁵³.

A preferência da criança, quando esta queira e possa exprimi-la, não exclui o direito de se afastar do processo e de não ser pressionada a optar por um dos pais⁶⁵⁴.

Em determinado momento da vida da criança, esta sente uma maior atração pelo progenitor do sexo oposto, naquilo que a psicanálise costuma designar como «complexo de Édipo», mas tal não representa uma especial preocupação, porquanto se aquela mantém uma relação de particular proximidade com o progenitor não residente ou não guardião, esse fascínio será mitigado e a criança estará apta para a entrada na vida adulta.

⁶⁵³ “I. A criança com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, designadamente todas as que digam respeito ao exercício do poder paternal, devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade; II. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja directamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional; III. O interesse do menor é o primeiro e o mais importante factor a levar em consideração na definição do seu estatuto e esse interesse revela-se e concretiza-se também no seu direito a ser ouvido sobre as questões de regulação do poder paternal que afectem substancialmente a sua vida; IV. O Tribunal deve decidir por forma a satisfazer as preferências do menor, desde que a isso se não oponham dificuldades inultrapassáveis”, Acórdão do TRL, de 4-10-2007, Processo nº 5221/2007-8, www.dgsi.pt; “Uma das caracterizações do princípio do reconhecimento do superior interesse do menor é o seu direito a ser ouvido e a ser tida em consideração a sua opinião, pois que, apesar de muito jovem, nem por isso surge como despicienda a sua audição, podendo o juiz avaliar dentro dos limites conferidos pela razoabilidade e pelo bom senso o que este lhe transmitira, ponderando em conformidade”, Acórdão do TRL, de 22-2-2007, Processo nº 1191/2007-2, www.dgsi.pt

⁶⁵⁴ Júlio Gomes, *A Mediação e o Divórcio. A Experiência Norte-Americana*, Braga, SJ, Tomo XXXVIII, 1989, 109; e Michael King, *Playing the Symbols – Custody and the Law* Comission, Family Law, volume 117, London, Her Majesty’s Stationery Office, 1987, 189 e ss.

IX.3.4. A qualidade e consistência das relações afetivas da criança com os pais

A qualidade e consistência das relações afetivas da criança com os pais é um critério de topo no sentido da determinação da sua residência principal com o respetivo progenitor designado, a quem compete, em princípio, a prática dos atos da vida corrente que lhe respeitem, atento o disposto pelo nº 3, do artigo 1906º, do CC, em que se consubstancia grande parte da sua atuação quotidiana.

Na verdade, é na relação diária e constante com a criança e o jovem menor que se desenvolve a esgotante atividade do progenitor com residência habitual com os mesmos, que requer uma disponibilidade permanente para satisfazer as suas necessidades, acompanhada de uma relação afetiva de qualidade, importando, por isso, que o tribunal se aperceba qual dos progenitores revela essa presença solícita, afetiva e permanente para promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral do menor.

IX.3.5. A estabilidade do ambiente e das relações afetivas da criança

A defesa do equilíbrio do menor e do desenvolvimento físico, psíquico, intelectual, moral e afetivo da criança constitui um fator decisivo favorável ao progenitor com quem a mesma tem vivido e circunstância relevante, em sentido adverso, quanto ao progenitor que, por razões profissionais ou pessoais, planeie mudar de residência, desenraizando a criança do seu ambiente natural e diminuindo, potencialmente, a frequência dos contactos com o outro progenitor, dificultando a futura relação de grande proximidade com o mesmo⁶⁵⁵, ainda que, neste contexto, se possa, igualmente, considerar que, para além da questão da estabilidade do ambiente e das relações afetivas da criança, subsiste, indissociavelmente, a questão do direito de visita do progenitor sem a guarda⁶⁵⁶.

Com efeito, para além da valoração dos predicados de educadores dos pais, importa, na determinação do progenitor titular da residência onde se fixará a criança,

⁶⁵⁵ Residindo o pai no estrangeiro, a guarda deve ser atribuída à mãe, com quem a criança tem vivido, na casa da avó materna, devido aos laços afetivos existentes entre a criança e a mãe, a avó, a irmã da criança e o companheiro da mãe e, ainda, devido à integração da criança na escola onde formou relações de camaradagem com os colegas, Acórdão do TRL, de 11-12-1990, Pº nº 0035721, www.dgsi.pt; Atribuição da guarda do menor ao pai, em virtude de a mãe pretender deslocar-se para o Canadá, e de o menor estar atento e ansioso sobre a possibilidade de perder o contacto frequente com o pai, Acórdão do TRL, de 23-4-1991, Pº nº 0032911, www.dgsi.pt

⁶⁵⁶ Carol S. Bruch, Public Policy and the Relocation of Custodial Households in the United States, in “Maria Clara Sottomayor e Maria João Tomé, Direito da Família e Política Social, Actas do Congresso Internacional, organizado de 1 a 3 de Outubro de 1998, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, Maria Clara Sottomayor e Maria João Tomé (org.), Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, 152”; Acórdão do TRL, de 18-09-2012, Pº nº 3744/06.0TBCSC.L1-7, www.dgsi.pt.

relevar outros fatores, designadamente, a manutenção das relações e do ambiente a que o menor está habituado⁶⁵⁷, não sendo admissível que se atribua a residência a um progenitor, manifestamente, menos idóneo do que o outro, pelo simples facto de este último pretender mudar de domicílio, ausentar-se do país com finalidades profissionais ou reconstruir a vida junto de outra pessoa⁶⁵⁸.

O critério da estabilidade do menor pretende defender a continuação da sua vivência no meio ambiente em que se habituou a crescer, evitando a mudança de residência.

IX.3.6. A não separação dos irmãos

Poder-se-á sustentar que a «não separação dos irmãos», pelo menos, prematuramente, não constitui, verdadeiramente, um critério de determinação da residência do filho, antes um princípio cuja observância os tribunais procuram acautelar, mesmo em sede homologatória dos acordos a que chegaram os seus progenitores, no sentido de tentar realizar um equilíbrio que não passe, necessariamente, pela divisão salomónica dos mesmos, em ordem a que os mais velhos possam exercer uma saudável influência agregadora sobre os mais novos.

Efetivamente, porque a rutura conjugal é, normalmente, traumatizante para os filhos menores, provocando alterações nas suas vidas, o corte da convivência entre os irmãos pode contribuir para aumentar o sofrimento e a instabilidade resultantes da separação entre os progenitores, pelo que importa preservar a continuidade das relações afetivas entre aqueles⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Helena Gomes de Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Baptista Carvalho, Manuel do Carmo Bargado, Ana Teresa Leal e Felicidade D'Oliveira, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 67.

⁶⁵⁸ Hugo Leite Rodrigues, Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais, ..., citado, 81.

⁶⁵⁹ “Sendo idênticas as condições dos pais, demonstrando-se que ambos são pessoas responsáveis e

capazes de dar aos menores o amor, carinho e estabilidade necessários ao seu equilibrado

desenvolvimento, a ponto de ser de concluir que estes tanto ficariam bem entregues aos cuidados da mãe

como aos do pai, é aconselhável que, quando a diferença de idades entre os menores não exceda, em

muito, os cinco anos, e algum deles seja de idade muito reduzida, inferior a dez anos, permaneçam juntos,

e confiados à guarda da mãe”, Acórdão do TRL, de 25-2-1993, Pº nº 0069872, www.dgsi.pt; “Em regra,

os irmãos devem crescer juntos, sendo isso relevantíssimo para a sua estabilidade emocional e adequada

estruturação da personalidade, pelo que a possibilidade de os reunir deve ser ponderada na escolha do

A fraternidade, valor de importância fundamental para a construção da solidariedade social, aprende-se, desde logo, na escola da família, com os irmãos.

Porém, a separação dos irmãos tem sido, cautelarmente, utilizada nas decisões judiciais, em situações excepcionais, designadamente, quando o filho mais velho, próximo da maioridade, é confiado ao pai, e o filho mais novo, à mãe, para respeitar a vontade dos adolescentes⁶⁶⁰, ou quando estão em causa o número de filhos, as condições habitacionais, os meios económicos, as aptidões educacionais dos progenitores, ou as relações dos irmãos entre si ou com algum dos progenitores⁶⁶¹.

Mas, já não existirá idêntica objeção quanto à separação de irmãos cuja diferença de idade seja significativa, pois, então, as cumplicidades entre eles serão, ou poderão ser, em princípio, menos significativas⁶⁶².

Na verdade, para além da singularidade do caso concreto a observar, sendo certo que, enquanto pequenas, as crianças não devem, por princípio, ser separadas entre si, já, quando crescidas, nem sempre é seguro que precisem de viver juntas, pois que tal pode favorecer relações muito exclusivas, o que é perigoso na puberdade, sobretudo, entre irmão e irmã⁶⁶³.

progenitor a quem devem ser confiados”, Acórdão do TRC, de 2-6-2009, Processo n°

810/08.0TBCTB.C1 www.dgsi.pt; “É hoje inquestionável, a nível das diversas ciências que estudam o desenvolvimento das crianças, que os irmãos devem crescer juntos, sendo isso importante para o seu desenvolvimento harmonioso, formação das suas personalidades e para o seu equilíbrio afectivo-psicológico”, Acórdão do TRC, de 12-10-2004, P° n° 2265/04, www.dgsi.pt

⁶⁶⁰ Acórdão do STJ, de 17-5-2007, P°, n° 07B1362, www.dgsi.pt; A jurisprudência espanhola, não obstante o artigo 92º, § 4º, parte final, do CCE, que preceitua que “procurando no separar a los hermanos”, admite, igualmente, a separação dos irmãos se esta for a vontade dos menores, Ana Seisdedos Muiño, La Pátria Potestad Dual, Servicio Editorial, Universidad del Pais Basco, Argitarapen Zerbitzua, Euskal Herriko Unibertsitatea, 1988, 322, nota (348), ou para respeitar uma situação de facto já criada, Rivero Hernández, Las relaciones paterno-filiales (Título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y regimen de visitas) como contenido del convenio regulador, in “Los convenios reguladores dela relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio”, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, SA, 1984, 322 e nota (348).

⁶⁶¹ Rivero Hernández, Las relaciones paterno-filiales (Título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados y regimen de visitas) como contenido del convenio regulador,..., citado, 87 e 88 e nota (14).

⁶⁶² Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental,..., citado, 69.

⁶⁶³ Françoise Dolto, Quando os pais se separam, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003, 49 e 50.

O que, manifestamente, não deve acontecer é a separação dos irmãos para equilibrar os direitos dos pais, satisfazendo o desejo de ambos obterem a guarda⁶⁶⁴, porquanto os interesses das crianças são superiores aos dos pais e a finalidade da ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais não se destina a alcançar a igualdade entre os progenitores, a equiparar os pratos da balança entre ambos, mas antes a realizar o direito das crianças ao afeto e à estabilidade, de modo a que “estas não possam crescer como se fossem estranhas, como se cada uma fosse filha única, uma mais do pai e a outra mais da mãe”⁶⁶⁵.

Aliás, o artigo 1887º-A, do CC, estipula que “os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos...”, razão pela qual a «não separação dos irmãos» é suscetível de representar um critério legal, supletivo e suplementar, de definição da questão da residência do menor.

IX.3.7. A identidade de sexo entre o progenitor e a criança

Defende-se, residualmente, o critério de que a residência do menor deve ser a do progenitor com o mesmo sexo, expressão de um ideário de crescimento e convivência, tendencialmente, segregado, entre o sexo masculino e o feminino, como se, após a rutura parental, existisse uma incapacidade natural de o progenitor de sexo diferente do da criança ou jovem menor promover o seu crescimento e desenvolvimento.

De todo o modo, a fase da pré-adolescência recomenda que a guarda da criança seja vivida com o progenitor do mesmo sexo, porquanto nela a criança está a conhecer determinadas crises e transformações que requerem um acompanhamento preferencial do progenitor do mesmo sexo.

IX.3.8. A regra do ambiente social de inserção

O ambiente social em que a criança se desenvolveu pode relevar, igualmente, na determinação da sua residência, como um dado importante para o seu desenvolvimento, saudável e equilibrado, de modo a obviar que a instabilidade emocional decorrente da separação dos pais seja acompanhada do afastamento do seu círculo familiar e de amigos, razão pela qual pode ser aconselhável, independentemente, da capacidade revelada por ambos os progenitores para cuidarem do filho, que este mantenha a residência, no local

⁶⁶⁴ A jurisprudência francesa tem decidido esta medida como solução oportuna, porque permite que os pais se sintam iguais, Bernardette Barthelet, *Les conséquences du divorce à l'égard de l'enfants*, Thèse, Joyon, 1986, 200.

⁶⁶⁵ Acórdão do TRP, de 19-01-2006, Pº nº 0537114, www.dgsi.pt

onde já vivia, incluindo a possibilidade de continuar a frequentar a mesma escola e as respetivas actividades circum ou extra-escolares⁶⁶⁶.

IX.3.9. A regra da pessoa ou figura primária de referência

Tal como acontecia em relação à atribuição da guarda, também, na determinação da residência do filho, importa respeitar as ligações anteriores com o seu principal progenitor ou pessoa de referência e, tanto quanto possível, com o seu ambiente social, no sentido de evitar o afastamento do seu círculo familiar e dos amigos⁶⁶⁷, na medida em que a continuidade e a identidade das relações pessoais assumem um especial significado, no período de lactação e na idade pré-escolar, de acordo com o direito ao seu desenvolvimento integral, consagrado no artigo 69º, da CRP, de que faz parte o direito ao respeito pelas suas relações afetivas profundas⁶⁶⁸, que está subjacente ao princípio do direito da criança à continuidade das suas relações afetivas precoces.

A regra da figura primária de referência, resultante do denominado “Primary Caretaker”⁶⁶⁹ da jurisprudência americana⁶⁷⁰, ou do designado «Kontinuitprinzip und Forderungsprinzip» da doutrina alemã, indica que a criança deve ser confiada à pessoa que dela cuida, no dia a dia, que desempenha, em termos predominantes, em relação a si, a tarefa quotidiana dos cuidados primários, regra essa que permite potenciar a continuidade

⁶⁶⁶ “I - Na regulação de poder paternal, em princípio os filhos de tenra idade devem ser entregues à mãe; II - Porém se a criança sempre viveu com a avó paterna e passou a viver igualmente com o pai, sendo a mãe emigrante na Alemanha, tendo todo o círculo de amizades radicado no local onde vive, deve ser confiada ao pai, Acórdão do TRP, de 3-12-1996, Processo nº 9420572, www.dgsi.pt

⁶⁶⁷ Acórdão do TRL, de 14-1-1999, CJ, Ano XXIV (1989), T1, 78 a 81; Acórdão do TRL, de 14-3-1978, CJ, Ano III (1978), T2, 439.

⁶⁶⁸ Armando Leandro, *Direito e Direitos dos Menores, Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal*, RIJ, número especial, Lisboa, Direção-Geral de Reinserção Social, 1997, 263; Maria Dulce Rocha, *Adopção – Consentimento – Conceito de Abandono*, Revista do Ministério Público, Ano 23º, Outubro-Dezembro de 2002, nº 92, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 98 e 107; Maria Clara Pereira Sottomayor, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva*, Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação – Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 24 e 25.

⁶⁶⁹ O «Primary Caretaker» é aquele progenitor que tem a primeira responsabilidade pelo desempenho, nomeadamente, dos seguintes deveres de cuidado e sustento de uma criança: (1) preparação e planeamento de refeições; (2) banho, higiene e vestuário; (3) compra, limpeza e cuidado com as roupas; (4) cuidados médicos, incluindo enfermagem e transporte para os médicos; (5) planos para interacção social com amigos depois da escola, por exemplo, transportar a criança para a casa dos amigos ou para encontros com escuteiros; (6) planeamentos de cuidados alternativos, tais como, “babysitting”, infantários, etc; (7) atendimento da criança, ao deitar na cama, à noite, na vigília, ao meio da noite, no acordar, de manhã; (8) disciplina, ou seja, ensino de boas maneiras e de hábitos de cuidados pessoais; (9) educação religiosa, moral, social e cultural, etc; (10) ensino de capacidades elementares, isto é, ler, escrever e contar, in “Maria Clara Pereira Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio,...*, citado, 57, nota (117), citando *Garska v. McCoy*, 68, 278, S.E., 2d, 1981, 362”.

⁶⁷⁰ Este critério foi definido por uma decisão do Supremo Tribunal de West Virginia.

da educação e das suas relações afetivas e atribuir a residência ao progenitor com mais capacidade para dela cuidar, com o qual esta se encontra mais ligada, emocionalmente, com quem se estabelece a sua relação psicológica principal, coincidindo, por via de regra, com o progenitor com o qual a criança prefere viver.

Trata-se do progenitor que se encontra em melhor situação ou que pode oferecer melhores condições para a formação, educação e proteção dos menores, nomeadamente, pelo seu carinho, afeto, dignidade e exemplo.

Este critério concretiza-se na determinação dos adultos que têm desempenhado as tarefas relacionadas com o cuidado e a responsabilização diária pela criança, garantindo a satisfação das suas necessidades básicas, critério de grande proximidade física e conexão emocional, ao nível da alimentação, cuidados de saúde e educação, incluindo a iniciação religiosa, as providências pelo deitar, adormecer, acordar, vigilância durante a noite, pedagogia da higiene, vestuário e etiqueta, tarefas ligadas à interação social, atividades lúdicas, desportivas e de relação, incluindo com os amigos e outros familiares⁶⁷¹.

Nos casos de rutura da unidade familiar, devida a separação dos pais, ou, mesmo, perante a inexistência daquela realidade, sempre se deverá procurar manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem o menor não seja confiado, a não ser que circunstâncias excecionais o desaconselhem.

Ainda em termos de atribuição da confiança dos menores, e não se pretendendo discutir os papéis do homem e da mulher na sociedade atual, nomeadamente, quanto à sua permuta ou interação, entende-se que a criança, principalmente, se muito pequena, deverá, normalmente, ser confiada à figura primária de referência⁶⁷², tida como aquela que sempre a tratou e acompanhou, desenvolvendo com a mesma estreitos laços emocionais, que deverão ser preservados, com vista a um futuro desenvolvimento equilibrado.

E, se, muitas vezes, é a mãe que, assim, se posiciona, relativamente ao menor, tal não significa que sempre seja ela o progenitor que se mostra como o que melhor pode garantir o seu desenvolvimento, em termos de acompanhamento, cuidados, atenção,

⁶⁷¹ Maria Clara Pereira Sottomayor, Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus Relação afectiva, ..., citado, 55.

⁶⁷² Maria Clara Pereira Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, ..., citado, 53 e seguintes.

«maxime», quando a criança já se encontra num estágio evolutivo em que existe uma interação com o mundo exterior que, embora incipiente, se traduz, progressivamente, numa abertura para os outros e a realidade que a circunda, v. g., pela via da frequência escolar.

Quer isto dizer que, na determinação do progenitor com quem o filho passará a residir, habitualmente, importa apurar qual deles cuidou e educou a criança durante a constância do casamento ou da união de facto, podendo a sua confiança futura constituir uma compensação pelo investimento realizado pelo progenitor responsável com o seu cuidado e educação⁶⁷³.

Por isso, nos conflitos entre pais biológicos que não exercem as responsabilidades parentais, nem cuidam da criança, e terceiros, titulares da guarda de facto, o critério determinante de resolução resulta da perspectiva da criança quanto à situação envolvente e do seu interesse em não ser separada da família afetiva de acolhimento que tem vindo a responsabilizar-se por ela, seja, desde logo, a própria mãe⁶⁷⁴, seja o “irmão mais velho e cunhada, a quem foi reconhecido o papel de figuras de referência na afetividade, educação e sustento do filho, há mais de sete anos, e que se recusa a ir viver com a mãe”⁶⁷⁵, sejam os avós, mesmo que a mãe ou o pai biológico não se mostrem incapazes, nem criem situações de perigo para os filhos⁶⁷⁶, seja a tia-avó⁶⁷⁷ ou os padrinhos e madrinhas que cuidam da criança, desde o seu nascimento ou, desde idade muito precoce, estabelecendo com ela laços semelhantes aos da filiação, no âmbito da denominada família alargada, o que representa a crescente importância dos afetos, no Direito da Família e, em particular, no Direito da Filiação, em concorrência com os laços de sangue⁶⁷⁸.

A regra da figura primária de referência, neutra em relação ao sexo, mas centralizada na determinação de qual dos progenitores cuidou, predominantemente, da criança, é um critério objetivo e funcional, adequado à realidade social, e aplicável a crianças de tenra idade ou a crianças mais velhas, relacionado com a realização das tarefas concretas

⁶⁷³ Martha Albertson Fineman, *The Illusion of Equality, The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991, 83 e 181.

⁶⁷⁴ Acórdão do TRL, de 13-3-2008, Pº nº 830/2008-8; Acórdão do TRL, de 2-12-2010, Pº nº 526/08.8TBBRR.L1-8; Acórdão do TRP, de 20-10-2009, Pº nº 526/08.8TBBRR.L1-8, www.dgsi.pt

⁶⁷⁵ Acórdão do TRL, de 20-10-2005, Pº nº 8552/2005-6, in www.dgsi.pt

⁶⁷⁶ Acórdão do TRL, de 1-4-2004, Pº nº 2476/2004-6; Acórdão do TRP, de 23-11-2006, Pº nº 0635220; Acórdão do TRP, de 26-6-2008, Pº nº 0833981, www.dgsi.pt

⁶⁷⁷ Acórdão do TRP, de 28-10-2008, Pº nº 0822204, www.dgsi.pt

⁶⁷⁸ Guilherme de Oliveira, *O sangue, os afectos e a imitação da natureza*, *Lex Familiae*, RPDF, Ano 5º, nº 10, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 9 a 16.

quotidianas prestadas ao menor⁶⁷⁹, constituindo a solução mais conforme ao seu interesse, porquanto permite promover a continuidade do ambiente e das relações afetivas próprias daquela e respeitar a sua vontade e sentimentos, correspondendo à realidade social⁶⁸⁰.

A regra da figura primária de referência deve representar uma preocupação constante do tribunal e constituir o ponto de partida das decisões judiciais⁶⁸¹, só se justificando o seu afastamento, aplicando-se o princípio da manutenção do «status quo ante», em situações de perigo para a criança, atento o preceituado pelo artigo 3º, da LPCJP.

Contudo, a regra da pessoa de referência pode não ser estranha a uma realidade conflitual entre os pais biológicos separados, mas que coabitaram entre si e com os filhos, e terceiros com a guarda de facto da criança, em substituição parental, mas que estabeleceram com esta uma relação semelhante à da filiação.

Note-se, porém, que esta regra não pode ser aplicada, de forma absoluta, independentemente, de outros fatores, existindo dificuldades quando ambos os progenitores desempenham um papel equivalente no quotidiano do menor, ou naqueles casos em que a figura primária de referência não corresponde já ao interesse deste⁶⁸².

A lei atual, sem excluir a preferência da regra da figura primária de referência da criança, mas sem a ela, também, fazer menção expressa, “como a que, na constância do casamento, dela cuidava, no dia-a-dia”⁶⁸³, nem, por isso, como critério de determinação do seu interesse na fixação da residência, se pode considerar afastada do artigo 1906º, nº 5, do CC, ao preceituar que “o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”.

IX.3.10. A capacidade educativa dos progenitores

A capacidade educativa dos progenitores constitui o critério de excelência quanto à determinação da residência dos filhos, ou seja, a síntese mais perfeita de todos os princípios em análise, o máximo denominador comum de todos eles.

⁶⁷⁹ Acórdão do STJ, de 4-2-2010, Pº nº 1110/05.3TBSCD.C2.S1, www.dgsi.pt

⁶⁸⁰ Maria Clara Pereira Sottomayor, Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus Relação afectiva, ..., citado, 56 e 57.

⁶⁸¹ Jorge Duarte Pinheiro, Direito da Família Contemporâneo, 3ª edição, ..., citado, 346.

⁶⁸² Hugo Leite Rodrigues, Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais, ..., citado, 80 e 81.

⁶⁸³ Como sustenta Maria Clara Pereira Sottomayor, in “Regulação do Exercício do Poder Paternal”, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, 58 a 62”.

É, indiscutivelmente, o critério que mais pode credenciar os progenitores para a difícil, mas sublime tarefa de promover o desenvolvimento físico, psíquico, moral e emocional da criança e do jovem menor, integral e equilibrado, preparando-os para as tarefas da vida futura que se avizinha.

Por isso, a capacidade educativa dos progentores compreende um pouco de quase tudo, é, por assim dizer, a «especialidade do generalista», porquanto, tendo sempre como referência o interesse do menor, na base do acordo dos pais e da disponibilidade por eles manifestada para promover relações habituais do filho com o outro, no sentido da manutenção de “uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”, garantindo a qualidade e consistência das relações afetivas da criança com estes e a continuidade das relações afetivas precoces, implicará a não separação dos irmãos, respeitará a preferência do filho e não empolará o binómio constituído pelo princípio da preferência maternal «versus» idade reduzida do filho, tendendo, naturalmente, a identificar-se com a figura primária de referência da criança e do jovem menor.

O equilíbrio entre a capacidade educativa e a capacidade afetiva, que devem estar interligadas, permitirá ao tribunal encontrar um padrão de excelência com vista a proporcionar o desenvolvimento futuro da criança e do jovem menor.

IX.3.11. O direito da criança à continuidade das suas relações afetivas precoces

A importância da continuidade das vinculações afetivas precoces da criança com os seus cuidadores primários, nomeadamente, com a figura materna, para o seu desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, bem assim como para o incremento da sua capacidade de formar e manter relações afetivas estáveis, na idade adulta, está bem patente nos danos que lhe são causados, ao longo da vida, em caso de separação ou privação dessas referências, que se concetualizam na figura da «disrupção da vinculação»⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ Judy Cassidy, Phillip Shaver (eds.), *Handbook of Attachment: Theory, Research and Clinical Applications*, 1999, 1 e ss.; Isabel Soares (coordenação), *Relações de vinculação ao longo do desenvolvimento: Teoria e avaliação*, Braga, Psiquilíbrios, 2007, 1 e ss.

A continuidade das vinculações afetivas precoces é um princípio de orientação importante, porque as ligações emocionais da criança são ténues e vulneráveis e requerem a estabilidade das situações externas para o seu desenvolvimento⁶⁸⁵.

X. O MODELO PORTUGUÊS. UMA CAMINHADA HISTÓRICA DE RETORNO À FAMÍLIA PARENTAL. SÍNTESE DE UM PERCURSO DE CHEGADA AO NOVO REGIME

A atribuição clássica da guarda, após a separação ou divórcio, já não corresponde às exigências de uma parcela significativa de famílias contemporâneas, porquanto, a guarda exclusiva, deferida, invariavelmente, às mães, não privilegia a convivência familiar, contrariando as disposições dos artigos 36º, nºs 3 e 5, da CRP, 3º e 9º, da CDC.

Embora exista na jurisprudência e na doutrina uma corrente de entendimento que defende que cabe à mulher assegurar os cuidados em relação aos filhos, tendo em vista a sua natureza congénita específica, assistiu-se, nas últimas décadas, a uma mudança significativa do paradigma do comportamento dos homens e mulheres, que decretou a falência do modelo tradicional da guarda.

Para esta transformação contribuiu, sobremaneira, a evolução verificada no mundo masculino que, cada vez mais, assumiu o desejo de ampliar o seu envolvimento na criação e educação dos filhos, exercendo, para tanto, tarefas inimagináveis para os padrões tradicionais da cultura ocidental, mas, também, a concomitante afirmação da autonomia financeira da mulher, em consequência do acesso ao mercado do trabalho, cuja valorização e progressão profissional lhe subtraíam, por seu turno, o tempo e a disponibilidade indispensáveis ao desempenho, em exclusivo, das tarefas da criação dos filhos.

Aliás, a importância da figura paterna, desde os primeiros dias de vida da criança, ao contrário do se supunha até, então, é reconhecida em estudos recentes, pois que, os papéis sociais, rigidamente, construídos implicam uma dicotomia assente no princípio de que à mulher é reservado o espaço privado, circunscrito à esfera doméstica, e ao homem o espaço público, mantendo-se inalterada esta divisão, mesmo após a rutura do casal.

⁶⁸⁵ Anna Freud, Joseph Goldstein, Albert J. Soljnit, *Beyond the best interest of children*, London, Burnet Books, 1973, 31.

Por outro lado, ainda que o exercício das responsabilidades parentais deva ser comum, o divórcio ou a separação rompem, equivocadamente, essa lógica do compromisso necessário, e, não obstante a proclamação da igualdade formal de ambos os progenitores e a declarada procura do superior interesse das crianças e jovens menores, verificava-se ainda uma tendência natural para a atribuição unilateral do poder paternal.

Face a estas contradições reinantes na sociedade, pretendeu-se discutir os fundamentos da guarda exclusiva e propor uma reflexão sobre uma nova modalidade do exercício das responsabilidades parentais.

No âmbito deste movimento de procura de soluções alternativas ao sistema tradicional da guarda única, destaca-se a consagração do modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Assim, o exercício conjunto surgiu como uma via para desconstruir alguns dos paradigmas da sociedade e do Direito, mas com a oposição e resistência daqueles que preferem soluções mais simples e menos elaboradas, em correspondência com o cenário natural, segundo o qual extinguindo-se a união que suporta o casal e os filhos, separam-se os pais e afetam-se os filhos a um deles, preferencialmente, à mãe, desde logo, com base na ideia elementar da estabilidade das crianças e dos jovens menores.

Porém, a apologia do exercício conjunto das responsabilidades parentais requeria a verificação de alguns pressupostos e exigia uma pré-disposição dos intervenientes para a adaptação de todas as famílias envolvidas nesta modalidade de desempenho, no sentido de superar as frustrações conjugais passadas, a fim de que os papéis parentais dos progenitores possam ainda realizar-se, o mais, plenamente, possível.

Deste modo, urgia criar uma nova mentalidade no seio das famílias em análise, capaz de transformar, em regra, a guarda conjunta e, em exceção, a guarda unilateral, a fim de que tal contribuisse para dirimir os conflitos entre mães e pais, e entre estes e os filhos, após o divórcio, separação ou extinção da união de facto.

Ainda no quadro normativo do exercício unilateral do poder paternal, como meio de atenuar as suas fragilidades endógenas, assistiu-se a um movimento de alargamento quantitativo e qualitativo dos direitos do progenitor não guardião, corporizado na liberalização do direito de visita e no direito de consulta e informação, que a este último competiam, relativamente às questões da vida dos menores.

O exercício conjunto resultava do acordo de ambos os progenitores, do requerimento de um deles, de uma preferência legal ou de presunção legal, sendo sempre determinado pelo juiz, em decisão homologatória, ou precedida de julgamento, independentemente, do respetivo consenso, perante a oposição de um deles ou de ambos, que reclamam, cada qual, a guarda única, ou por decisão administrativa homologatória da CRC.

O artigo 1906º, nº 1, do CC, após a alteração efetuada pela Reforma de 1995, facultou aos progenitores, em “via experimental”, nas situações posteriores ao divórcio e assimiladas, o acordo sobre o exercício colegial do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida dos filhos, em circunstâncias, precisamente, idênticas às que vigoravam, para tal efeito, no período da constância do matrimónio, e bem assim como o acordo no sentido de que determinados assuntos respeitantes ao poder paternal do menor fossem resolvidos, por mútuo consenso, conforme resulta do preceituado pelos seus artigos 1905º, nº 1 e 1906º nºs 2 e 3, na redação, então, vigente.

O regime do exercício conjunto, com ou sem residência alternada, e o regime da guarda alternada ou repartida do menor pelos seus pais, ambas virtualidades normativas decorrentes do novo texto legal do artigo 1909º, do CC, na versão de 1995, eram, porém, tão-só, aplicáveis às situações que resultassem do consenso dos progenitores, e não uma consequência eventual de decisão judicial operante, não homologatória do acordo dos mesmos.

O modelo da guarda conjunta dependia, assim, para ser decretado, antes da alteração introduzida pela Reforma de 2008, da verificação dos seguintes pressupostos essenciais, isto é, o acordo de vontades de ambos os pais quanto ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, a plena capacidade de ambos para a educação do menor e a inexistência de qualquer causa justificativa reveladora, na perspetiva dos interesses deste, da exigência da estatuição da guarda única⁶⁸⁶.

Deste modo, em ação de regulação do poder paternal, ambos os progenitores podiam acordar no seu exercício conjunto⁶⁸⁷, quer como guarda física única, no modelo da

⁶⁸⁶ Maria Clara Pereira Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio, Almedina, 4ª edição, revista, aumentada e actualizada, Coimbra, Almedina, 2005, 163 e 164.

⁶⁸⁷ Naturalmente, após a alteração introduzida ao artigo 1906º, nº 1, do CC, pela Lei nº 84/95, de 31 de agosto.

guarda legal ou jurídica, quer como residência alternada, no modelo da guarda física, quer em regime de guarda única, com exercício unilateral do poder paternal, ou com guarda alternada ou repartida, no qual o exercício do poder paternal, sendo, também, exclusivo, era fracionado no tempo, de harmonia com o ritmo ou a cadência, previamente, definidos⁶⁸⁸.

Não previa, porém, o legislador nacional, com exceção do que se referia à fixação ou alteração da residência da família [artigo 1673º, nº 3] e às questões de particular importância, no exercício das responsabilidades parentais [artigo 1901º, nº 2], sem esquecer a divergência dos pais quanto ao nome do filho [artigo 1875º, nº 2, todos do CC], em que já era lícito, a qualquer dos cônjuges, na falta de acordo, recorrer a tribunal, a qual dos progenitores competia o poder de decidir sobre questões de extrema urgência, na hipótese de desacordo entre si, no âmbito do exercício colegial do poder paternal, tais como, uma intervenção cirúrgica premente, a realização de um batizado, em determinado credo, de um recém-nascido, em perigo de vida, ou a efetivação de uma transfusão de sangue vital contra as convicções religiosas de um deles, bem podendo acontecer que, face à inexistência de qualquer prerrogativa de um deles sobre o outro, acabasse, na prática, por decidir aquele que se opunha ao ato a praticar, pela paralisação que imprimia, em virtude da sua discordância quanto ao procedimento a adotar.

Era o tribunal, supletivamente, a requerimento do progenitor interessado na prática do acto urgente, do MP ou do próprio responsável pela unidade de saúde onde urgia praticar o ato médico, que decidia sobre a necessidade ou razoabilidade da sua realização, no âmbito do princípio do melhor interesse para o menor.

Efetivamente, a lei portuguesa, invertendo a situação anterior, entre os vários modelos que o Direito Comparado ensina, consagra, agora, resolutamente, a possibilidade de os pais exercerem, em conjunto, as responsabilidades parentais, após o divórcio, nas questões de particular importância para a vida dos filhos menores, nos exatos termos em que o faziam durante a constância do casamento, não condicionando esse exercício, porém, à existência de acordo daqueles nesse sentido, podendo esse regime resultar da imposição do juiz, contra a vontade de um ou de ambos os progenitores, pois que, em princípio, apenas, quando o mesmo for julgado contrário aos interesses do menor, deve o tribunal,

⁶⁸⁸ Maria Clara Pereira Sottomayor, *Exercício do Poder Paternal Relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens*,..., citado, 290 e ss.

através de decisão fundamentada, determinar que as responsabilidades parentais sejam exercidas, tão-só, a título excecional, por um deles.

Já se não defende, presentemente, a este propósito, como acontecia aquando da redação antecedente do artigo 1906º, nº 1, do CC, que a «ratio» subjacente ao normativo em apreço consiste em afirmar que o exercício conjunto é uma solução vocacionada para casos excecionais, em que os pais revelem capacidade de cooperação, sabendo separar os seus problemas enquanto cônjuges do seu papel como progenitores, quando forem dotados de capacidade educativa e de uma boa relação afetiva com os filhos, sem prejudicar o interesse concreto destes, excluindo-se, terminantemente, segundo este entendimento mais ortodoxo, o exercício conjunto, com residência alternada, por alegados prejuízos para a formação da personalidade dos menores, devido à sensação de insegurança e instabilidade que provocaria, em especial, nas crianças em idade pré-escolar.

De todo o modo, na determinação do regime do exercício colegial das responsabilidades parentais, deve o juiz avaliar o grau de previsível sucesso do modelo legal desenhado, contribuindo, reflexamente, para pacificar a relação dos progenitores, incentivando a responsabilidade do não residente perante o menor, quanto às questões de particular importância⁶⁸⁹, tomando em consideração as circunstâncias envolventes, no momento da decisão, com destaque para a capacidade de educação e de cooperação, em conjunto, para a separação, nos conflitos interpessoais, do seu papel como progenitores daquele que já viveram como casados, unidos de facto ou conviventes, e para a manutenção de uma relação afetiva com os filhos, sem interferências na relação do menor com o outro progenitor.

Aliás, a possibilidade de ser decretado o exercício unilateral, caso o exercício conjunto seja contrário aos interesses do menor, por força do preceituado pelo artigo 1906º, nº 2, do CC, pode contribuir para que os progenitores façam um esforço derradeiro no sentido de se entenderem quanto às questões de particular importância para a vida dos filhos⁶⁹⁰.

Contudo, não podendo o menor viver, simultaneamente, com os seus dois progenitores, devido à cessação da coabitação ente si, partilhando, apenas, o exercício dos

⁶⁸⁹ Guilherme de Oliveira, O Regime do Divórcio em Portugal. A Propósito do Novo Projecto Espanhol – Um Caso de “Paralelismo Espontâneo”?,..., citado, 17.

⁶⁹⁰ Amadeu Colaço, Novo Regime do Divórcio, 2ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009, 131.

outros atributos das responsabilidades parentais, incluindo a guarda jurídica, constitui uma contradição, nos seus próprios termos, o conceito de guarda conjunta dotado de primazia sobre o conceito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, porquanto se opera com a manutenção desta colegialidade, após o divórcio, uma verdadeira desmaterialização da noção de exercício das responsabilidades parentais, uma vez que se implementa, sem a coabitação dos pais, a continuidade da comunidade educativa que os mesmos representam, para além de que a «guarda» já não constitui, após a publicação da Reforma de 2008, uma das questões decididas, no âmbito da regulação das responsabilidades parentais.

Importa distinguir, neste particular, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, com residência alternada ou guarda física, que abrange a tomada de decisões relativamente às questões de particular importância para a criança, em que, por via de regra, existe acordo dos pais sobre a fixação da ou das residências do menor, do regime de guarda alternada ou repartida, inserido no quadro do exercício unilateral das responsabilidades parentais, em que o acordo existe, apenas, quanto à alternância, mantendo cada um dos progenitores o direito de fixar a residência do menor e de tomar todas as decisões essenciais, relativamente ao mesmo, durante o seu turno, sem o consentimento do outro, sendo ambas modalidades dependentes de prévia homologação judicial.

Durante cada turno, neste regime de «guarda única alternada», o guardião/residente exerce, exclusivamente, as responsabilidades parentais, enquanto o não guardião/não residente beneficia do direito de visita e do direito de vigilância, com inversão dos papéis, no período subsequente, agindo cada um dos progenitores, de forma autónoma, no respetivo período, sem necessidade de consentimento do outro para a tomada de uma decisão importante para o menor, conservando-se o modelo do exercício unilateral das responsabilidades parentais, com a única diferença de que o poder passa de um para o outro, de acordo com o ritmo temporal por eles definido, sendo cada um, no respetivo turno, sucessivamente, titular único do exercício das responsabilidades parentais, na sua integralidade.

A guarda alternada ou repartida, inserida no quadro do exercício unilateral das responsabilidades parentais, como se disse, aumenta os riscos de contradições e de bloqueio, em virtude de as decisões de um dos progenitores, durante o período em que detém o desempenho do poder paternal, poderem frustrar e anular as decisões do outro,

comprometendo o equilíbrio psicológico do menor e a continuidade e unidade da ação educativa.

Com efeito, o denominado regime de residência alternada, inserido no quadro do exercício colegial das responsabilidades parentais, não produz resultados semelhantes aos da guarda alternada ou repartida, no regime do exercício unilateral, consistindo esta distinção, para os adversários daquele modelo, uma mera subtileza ou artifício de linguagem, em virtude de, alegadamente, se estar em presença, em qualquer das duas modalidades, de formas de guarda prejudiciais à estabilidade da vida dos menores, pelo facto de envolverem mudanças sistemáticas de residência.

Porém, exercendo ambos os progenitores, em conjunto, as responsabilidades parentais, no modelo da residência alternada, e não, unilateralmente, como acontece, no regime da guarda alternada, e sendo as suas residências próximas, para que os menores não tenham de mudar de escola e de ambiente social, estes suportam melhor a mudança de residência, em virtude de a comunidade educativa existente entre os pais diminuir, substancialmente, o risco de decisões contraditórias relativamente à sua pessoa.

Assim, perdura a comunidade educativa, que sobrevive para além do divórcio, conservando a família a sua estrutura bilateral, tal como acontece durante o casamento.

A isto acresce que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, com residência alternada entre ambos os progenitores, representa o exemplo acabado da reorganização familiar, numa família maternal e numa família paternal⁶⁹¹.

É, efetivamente, nos casos de exercício conjunto, em especial, na modalidade de guarda com residência alternada ou guarda física, que mais se evidencia o funcionamento da presunção de consentimento, em termos, o mais possível semelhantes, ao que sucede na constância do casamento e na plena vigência da sociedade conjugal, em virtude de os períodos de coabitação da criança com os progenitores serem, sensivelmente, iguais, durante os quais ambos têm idêntica oportunidade de praticar, sozinhos, atos usuais, em relação à pessoa dos filhos.

⁶⁹¹ Nave Herz e Napp-Peters, apud “Ballof, Rainer, Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?, FamRZ, 1990, 2. 4. 1”,..., citado.

Trata-se da forma de exercício das responsabilidades parentais mais próxima da realidade da família nuclear⁶⁹², da unidade familiar antecedente ao divórcio⁶⁹³, enquadrada num contexto jurídico-constitucional em que pontuam o princípio da criança e do jovem menor como sujeito de direitos, o princípio da igualdade dos progenitores na educação e na manutenção dos filhos, o princípio da atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos e o princípio da inseparabilidade entre pais e filhos⁶⁹⁴.

O exercício conjunto, com residência alternada, é, por seu turno, uma solução mais exigente para a criança e o jovem menor, porque requer a flexibilidade suficiente para a mudança constante de casa, e a sua adaptação permanente a ambientes diferentes, mas que se repetem, ciclicamente.

Esgrime-se contra o modelo do exercício conjunto, na ótica do sistema de justiça, com o argumento de que importa uma demora excessiva na prolação das sentenças proferidas nas ações de regulação, devido à necessidade de um exame criterioso dos factos que comprovem a consistência do acordo dos progenitores, conduzindo, igualmente, a uma sobrecarga do judiciário com o aumento de acordos e a elevada modificabilidade das respectivas decisões.

Independentemente, de a opção do legislador nacional ter sido a do exercício conjunto das responsabilidades parentais, como regime-regra, nas questões de particular importância para a vida dos filhos menores, não tem cabimento a invocada dilação desmedida na prolação das sentenças que decretem este modelo, desde logo, na sequência do acordo dos pais, como é manifesto, ou, para além dele, em caso de sentença não homologatória, por contraposição ao paradigma do exercício unilateral, que está pressuposto na referida objeção, uma vez que se torna mais exigente, em termos probatórios, integrar uma determinada situação factual num modelo acordado pelos progenitores ou, unilateralmente, determinado, que requer uma solidez acrescida, do que

⁶⁹² Maria Clara Pereira Sottomayor, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4ª edição, revista, aumentada e actualizada, 3ª reimpressão da 4ª edição de 2002, Coimbra, Almedina, 2008, 142.

⁶⁹³ Maria Saldanha Pinto Ribeiro, *Divórcio: Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar*,..., citado, 142.

⁶⁹⁴ José Leite Garcia, *O Instituto do Poder Paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da viabilidade prática do “exercício conjunto”*, Dissertação, Coimbra, 2008, 239 e nota (744); Armando Leandro, *Poder Paternal. Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária*,..., citado, 128.

apurar se um determinado modelo imposto por lei, como regime-regra, deve ser afastado, por, no caso concreto, não corresponder, sendo contrário aos interesses dos filhos.

A anterior proibição legal do exercício conjunto, contra a vontade de um ou de ambos os progenitores, fundamentava-se no receio de que este modelo provocasse conflitos permanentes entre si, com recurso periódico à via judicial de resolução, em prejuízo do menor, que seria usado e instrumentalizado, por cada um deles, como uma verdadeira arma de arremesso, aumentando o perigo de chantagem de um sobre o outro, a respeito da guarda dos filhos, não obstante permitir a igualização dos direitos dos pais.

Também, se argumenta, a este respeito, contra a guarda conjunta imposta pelo tribunal, com o receio de o juiz poder ser conduzido a não decidir, como forma de evitar uma escolha difícil entre os dois progenitores, optando por uma solução compromissória, acabando a guarda conjunta por ser decretada, em situações contraproducentes para os interesses do menor, a pretexto do respeito pelos direitos dos pais, sendo que esta via de determinação do modelo da guarda conjunta é suscetível de vir a ser utilizada pelo juiz como um «cop out».

A guarda conjunta, de natureza impositiva, representaria, para os seus adversários, a consagração jurídica de uma situação inexistente, constituindo um perigo para a segurança e o equilíbrio emocional do menor, acentuando o caos familiar, porquanto, nem a lei, nem uma decisão judicial podem substituir-se à vontade dos pais.

Contudo, a exigência do acordo dos pais, como condição «sine qua non» do regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, coloca nas mãos de um deles o poder de veto suscetível de ser utilizado como meio de pressão ou de chantagem sobre o outro progenitor que deseja a guarda colegial, o que permite que a recusa infundamentada do mesmo em exercer, em conjunto, essas responsabilidades constitua impedimento inconstitucional à consagração deste modelo de guarda.

Porém, a limitação do exercício conjunto às hipóteses em que se verificasse um acordo sincero, por parte de ambos os progenitores, de igual modo, empenhados na educação dos filhos, capazes de manter um compromisso, ao longo do tempo, e de criar para os mesmos uma zona livre de conflitos, o que pressupõe a capacidade para tomar

decisões e cooperar em questões relativas à criança, com a correspondente proibição de impor essa solução contra vontade da figura primária de referência, constitui uma «providência cautelar» idónea no sentido de evitar que os conflitos sobre a guarda dos filhos sejam usados como via de chantagem para obter vantagens económicas.

Contudo, o tribunal não deve subestimar a tarefa de controlar o montante da prestação pecuniária, em função do valor exigido pela satisfação do volume das necessidades razoáveis reclamadas pelos filhos, deixando de considerar esse acordo como um negócio abrangido pelo princípio da autonomia da vontade, consagrado pelo artigo 405º, nº 1, aqui irrelevante, face à natureza irrenunciável do direito a alimentos, prevista pelo artigo 2008º, nº 1, ambos do CC⁶⁹⁵.

O progenitor não residente, no quadro do exercício conjunto das responsabilidades parentais, diversamente, do que acontece com o progenitor não guardião, no âmbito do exercício unilateral do poder paternal, é titular e exerce um autêntico direito de educação da criança e não um mero direito de controlo sobre ela, relativamente à educação que lhe está a ser proporcionada pelo outro, um mero direito à educação passiva ou um direito de vigilância, mas antes um direito de educação activa e de manutenção de

⁶⁹⁵ De acordo com o disposto pelo artigo 1882º, do CC, “os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais nem a qualquer dos direitos que elas especialmente lhes conferem, sem prejuízo do que neste Código se dispõe acerca da adopção”. Na verdade, a renúncia traduz-se na perda voluntária de um direito que o renunciante demite de si sem o atribuir ou ceder a outrem, Acórdão do STJ, de 25-10-1972, BMJ nº 220, 113. A própria noção de responsabilidades parentais, como poder funcional, implica que o seu titular não possa dispor do mesmo como se estivesse em causa, única e simplesmente, o seu interesse. Não são despiciendas as dúvidas de constitucionalidade sobre o facto de saber se o consentimento para a adopção não consubstancia, ele próprio, uma renúncia às responsabilidades parentais. A inegociabilidade, outra das características das responsabilidades parentais, significa que o instituto, em si mesmo, é insuscetível de ser negociado, muito embora, traduzindo-se numa série de direitos e de deveres, de poderes e sujeições que se revelam num exercício em concreto, este, nas suas múltiplas facetas, pode ser limitado ou ampliado, como acontece, na hipótese disfuncional causada pelo divórcio ou separação, a que alude o artigo 931º, nº 2, do CPC, em que os pais deverão acordar sobre o destino dos filhos, os alimentos a estes devidos e a forma de os prestar. Porém, este acordo e a subsequente negociação referem-se, unicamente, ao exercício das responsabilidades parentais, isto é, à forma como o mesmo deverá ser desempenhado e não à sua titularidade, pois que esta não é suscetível de qualquer ato de disposição ou negociação, Jean Carbonnier, *La Famille, l'enfant, le couple*, Droit Civil, II, Paris, PUF, Thémis, 1999, 571.

relações de convívio com a mesma, constituindo, assim, o exercício conjunto um incentivo para que a educação dos filhos, após o divórcio, seja da efetiva responsabilidade compartilhada de ambos os progenitores.

Consequentemente, não há lugar à fixação de um direito de visita, no quadro do exercício conjunto, em relação ao progenitor não residente, que goza de igual plenitude no seu desempenho, tal como o progenitor residente, nem de um direito de vigilância, mas antes de um direito de educação activa e de manutenção de relações com o menor, porque este é titular de um direito de livre acesso ao domicílio de qualquer um dos seus progenitores.

E, assim, o direito de coabitação e de manutenção de relações pessoais com o menor, por parte do progenitor não residente, no exercício conjunto, porque se não reduz a um mero direito de visita, como acontece no exercício exclusivo, deve ter uma periodicidade mais alargada, em relação ao direito de visita do não guardião, no exercício unilateral, e não carece de necessária regulamentação minuciosa, muito embora, no acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, os pais possam determinar os períodos de estadia, em casa do não residente, ou o juiz fixar uma regulamentação subsidiária, para vigorar nos casos de conflito entre os pais, cominando-se um adequado regime sancionatório ao progenitor que não entregue o menor ao outro, na data acordada ou decretada pelo juiz.

Porém, o consenso dos pais não constitui condição suficiente para a implementação do exercício conjunto, porque o juiz, sem embargo da natureza, tendencialmente, imperativa, daquele regime-regra, não pode confirmar o acordo, de modo automático, antes o deve apreciar e, eventualmente, homologar, em conformidade com os interesses do menor, controlando as motivações que lhe estão subjacentes, para obviar a que o mesmo tenha uma finalidade, meramente, taticista, como acontece quando visa, apenas, acelerar o processo de divórcio, deixando para mais tarde a questão crucial da guarda dos filhos⁶⁹⁶, sem, antecipadamente, serem resolvidas as questões emergentes das responsabilidades parentais, podendo, no limite, o interesse do menor exigir que seja confiado a um dos progenitores ou a terceira pessoa ou entidade, portanto, no quadro de um exercício não colegial.

⁶⁹⁶ Hughes Fulchiron, *Autorité Parentale et Parents Désunis...*, citado, 210; G. Knöppel, *Zum gemeinsame Sorgerecht der Eltern nach Scheidung*, NJW, n.º 17, 1983, 907, BverfG n.º 692, 1183.

Constituindo o acordo dos progenitores sobre a regulação do exercício conjunto das responsabilidades parentais, quando genuíno, uma caução de boa conduta futura dos pais, não representa, outrossim, um certificado de admissibilidade incontroversa da instituição do modelo, porquanto este só é de excluir, não obstante a falta de consenso dos progenitores, quando o exercício conjunto, nas questões de particular importância para a vida do filho, se revelar contrário aos seus interesses, atento o preceituado pelo artigo 1906º, nº 2, do CC.

Não é, também, de subestimar, em relação à institucionalização do exercício conjunto, a eventualidade da pressão psicológica ou económica exercida por um dos cônjuges sobre o outro, com particular incidência nos sistemas que aplicam a «friendly parent provision», como critério de atribuição da guarda única, quando os pais não concordam com a guarda conjunta, sendo que, então, o progenitor opositor, sabendo que irá ser preterido na decisão de afetação da guarda única, devido ao seu comportamento não cooperativo com o outro, fica numa posição negocial enfraquecida, em relação aquele que pretende a guarda conjunta, cedendo ou concedendo vantagens económicas a este, para se não sujeitar a passar ao lado da guarda do filho.

O acordo dos pais, não sendo, igualmente, condição necessária para a implementação do exercício conjunto, representa, normalmente, um índice da sua capacidade de cooperação, suscetível de assegurar o respetivo sucesso, porquanto o juiz deve impor este regime, mesmo quando nenhum dos progenitores o solicite, desde que, perante as circunstâncias do caso, seja de prognosticar, razoavelmente, em sede de juízo de prognose póstuma, que o exercício conjunto constitui um fator apaziguador de tensões e conflitos entre eles e o catalizador de um consenso, em prol da educação do menor⁶⁹⁷, devendo, nesta situação, o juiz decretar a medida, sujeita a um conjunto de regras imperativas, que funcionem como um autêntico guião norteador dos pais.

A favor da imposição judicial do exercício conjunto, em caso de recusa de um ou dos dois progenitores, sem justo motivo, invoca-se a necessidade de confiar na sensatez e razoabilidade do juiz, muito embora a lei deva fixar limites ou critérios ao poder judicial, como, por exemplo, estabelecendo a residência do menor, para que não se crie a percepção

⁶⁹⁷ Hughes Fulchiron, *Autorité Parentale et Parents Désunis*,..., citado, 218 e 219; Maria Rosa Grimaldi, *Affidamento Congiunto e Alternato della Prole tra Psicologia e Dirrito*,..., citado, 316 e ss.

de que este vive a transitar entre duas moradas, a fim de que a solução do exercício conjunto não possa ser usada como meio de obviar a uma opção difícil.

O exercício conjunto, quer como guarda física, quer como guarda jurídica, será mais viável, depois do acordo dos progenitores, em especial, na sequência de decisão judicial homologatória de uma antecedente e bem sucedida guarda conjunta de facto.

Na verdade, a solução do exercício conjunto é a mais conformadora com os princípios jurídicos, porque decorre da natureza facultativa dos acordos, nos divórcios contenciosos, da plenitude dos poderes do juiz, no âmbito do princípio do inquisitório que domina o processo de jurisdição voluntária, da natureza indisponível das responsabilidades parentais, das exigências devidas a razões de ordem prática, sob pena de se conferir a cada um dos pais um direito de veto, tornando viáveis as pressões de um sobre o outro para obter, v. g., vantagens de ordem económica e, finalmente, da analogia com a própria família natural, em que a exigência da coabitação não constitui um pressuposto indeclinável.

Bastaria, até, que o exercício conjunto fosse requerido, por um dos progenitores, fundamentadamente, para que o outro, também, motivadamente, tivesse de convencer o juiz sobre a contrariedade da solução, em relação aos interesses do menor, sob pena da improcedência da oposição suscitada, com o consequente estabelecimento imperativo daquele regime-regra.

Caberia, assim, ao progenitor não requerente do exercício conjunto o ónus da prova da contrariedade ou inconveniência da solução proposta, recaindo sobre ele os prejuízos emergentes da não obtenção de prova bastante desse facto, com a consequente desvantagem processual inerente à não realização da prova⁶⁹⁸, mesmo, para além das dúvidas razoáveis que subsistissem na questão de facto decidenda⁶⁹⁹.

Finalmente, o modelo do exercício colegial, como princípio-regra, pode ser consagrado, após o divórcio, quer como preferência legal, quer como presunção legal, a pedido de um ou de ambos os progenitores, por constituir a solução mais consentânea com o reconhecimento do princípio da igualdade de direitos dos progenitores na sua potencial

⁶⁹⁸ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, I, 4ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, 306; Vaz Serra, Provas, BMJ, n.ºs 110 a 112, n.º 17.

⁶⁹⁹ Karl English, Introdução ao Pensamento Jurídico, 5ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, 84 e 85.

capacidade de cooperação para a educação em conjunto da criança e, também, pela simplicidade prática da sua aplicação, sustentando-se na tutela constitucional do direito fundamental dos pais de educar os filhos, que só lhes pode ser retirado, mediante a prova de um “compelling interest”, ou seja, quando o exercício conjunto represente para o menor um prejuízo sério ou, na hipótese de um dos progenitores ser incapaz de o educar⁷⁰⁰, sendo sempre o exercício unilateral uma solução excecional a ser decretada.

A preferência legal pelo exercício conjunto expressa-se e tem subjacente o princípio de que o interesse da criança é prosseguido, através de um contacto contínuo com ambos os pais, revestindo um especial ênfase nas situações de falta de acordo entre estes⁷⁰¹, mas podendo ser afastada pela prova de que se trata de uma solução prejudicial para os interesses do menor.

Aliás, a diferença entre a preferência legal e a presunção legal, como critérios normativos de consagração do exercício conjunto, situa-se no regime do ónus da prova necessário para afastar a preferência ou a presunção, pois que, a preferência pode ser repelida pelos factos e circunstâncias do caso concreto, ou seja, de que o exercício conjunto é contraproducente para o menor, através de um ónus mais fácil de preencher do que aquele que é requerido para ildir a presunção de que o exercício conjunto representa a melhor solução para a defesa do interesse da criança.

Verificando-se o pressuposto do acordo dos pais quanto à consagração do modelo da guarda conjunta, o adjuvante critério normativo decorrente da presunção legal equivale, praticamente, à grande probabilidade de o juiz o decretar, sendo, altamente, inviável que o denegue.

Na falta de acordo dos pais sobre o exercício conjunto, a presunção só é ilidível, mediante a prova de fatores excecionais que o tornem prejudicial para o interesse da criança, tendo, assim, o juiz menor liberdade para decidir, em sentido contrário ao idealizado pelo

⁷⁰⁰ L. Patricia Grove, *Joint Custody: A Concept That Has Come of Age But Needs Refinement*, ..., citado, 50, nota (7); e L. Patricia Grove, *Wisconsin's Joint Custody Statute: Does It Pass Constitutional Muster?*, *The Milwaukee Lawyer*, volume 9, nº 4, 1986, 2 e ss.; e Ellen Canacakos, *Joint Custody as a Fundamental Right*, in Jay Folberg editor, *Joint Custody and Shared Parenting*, 1984, 223 e ss.

⁷⁰¹ L. Patrícia Grove, *Joint Custody: A Concept That Has Come Of Age But Needs Refinement*, ..., citado, 52, nota (31).

legislador, vendo limitada a sua discricionariedade, apesar de a sentença se tornar, então, mais simples e rápida.

A preferência legal, como princípio-regra do exercício conjunto, após o divórcio, será, necessariamente, a solução que os interesses do menor exigem, atendendo ao aumento do número de divórcios não conflituais, à generalizada aceitação pública não estigmatizante desta forma de dissolução do matrimónio, à fungibilidade dos papéis masculino e feminino e ao crescente número de casais que, após o divórcio ou a separação, mantêm uma relação amigável, impondo que, para além da limitadora eficácia da presunção, ao nível da investigação dos factos pelo juiz, aquele exercício conjunto, mesmo sem o acordo dos pais, seja colocado na primeira linha da definição do protótipo da residência dos menores.

O juiz, não obstante o princípio-regra do exercício conjunto, deve ser, particularmente, exigente na análise dos pressupostos legais conducentes ao seu decretamento, evitando os procedimentos rotineiros de confirmação sistemática dos acordos, exercendo a função de controlo, legislativamente, imposta, indiferente às presunções ou preferências legais pela guarda conjunta, que podem provocar um aumento exponencial dos casos que envolvem pais conflituosos com uma relação de hostilidade recíproca⁷⁰².

Por outro lado, nada obstaculiza a que, para além da opção por uma «forma global» de exercício conjunto das responsabilidades parentais, tal como acontecia na constância do matrimónio e plena vigência da sociedade conjugal, o tribunal decida, por uma «forma parcial» desse exercício conjunto, isto é, que determinados assuntos sejam resolvidos, por acordo de ambos os progenitores, quando tal se revele mais conformador com o princípio do melhor interesse da criança e do jovem menor.

⁷⁰² J. Wallerstein/S. Blakelee, *Second Chances, Men Women and Children a Decade after Divorce*, Ticknor & Fields, New York, 1989, 260; Gerald W. Hardcastle, *Joint Custody: A Family Court Judge's Perspective*, *Family Law Quarterly*, 1998, 206, que ilustra as preocupações existentes, no Estado da Califórnia, a ponto de ter acontecido uma mudança legislativa, verificada em 1989, em que de um quadro normativo de preferência legal pela guarda conjunta se transitou para uma solução alternativa entre esta e a guarda única, em absoluto paralelismo.

A jurisprudência alemã, mais, recentemente, evoluiu na consideração de que a guarda conjunta não tem primazia sobre a guarda única, nem existe qualquer presunção legal de guarda conjunta, in" Winfried Born, *Gemeinsames Sorgerecht: Ende der «modernen Zeiten»*", *Besprechung von BGH, Urteil, 29-9-1999, XII ZB 3/99, FamRZ*, 1999, 1646, 396 a 399.

Nesta «forma parcial» de exercício conjunto, poderia entender-se que se está perante uma situação de exercício unilateral, subordinado ao princípio-base desta modalidade, que consiste na designação do progenitor a quem é confiada a guarda do filho, com a conseqüente concentração dos poderes-deveres inerentes ao sistema da guarda exclusiva, embora, diversamente, nesta categoria de «exercício conjunto parcial», o progenitor não residente não abdique da totalidade das suas prerrogativas, gozando da faculdade de exigir que o residente não tome, sozinho, determinadas decisões, especificadas na sentença de regulação do exercício das responsabilidades parentais, sem o seu consentimento, sob pena de anulabilidade do ato, e de o não residente poder recorrer a tribunal para que o conflito seja resolvido, nos termos do preceituado pelo artigo 1901º, nº 2, do CC.

Trata-se de uma opção judicial determinada por uma solução de equidade, justificada pela natureza de processo de jurisdição voluntária da ação de regulação, que, em conformidade com os interesses da criança, faculta a cada um dos progenitores decidir, sozinho, determinadas questões, podendo esta divisão de prerrogativas ser enquadrada por um princípio de exercício unilateral, em que todas as restantes decisões pertencem só a um dos pais, ou por um princípio de exercício conjunto, em consonância com o modelo existente na constância do matrimónio e na plenitude de vigência da sociedade conjugal, atento o preceituado pelo artigo 1906º, nº 1, do CC.

Representando o exercício conjunto, em determinadas situações, a melhor solução, não deixa de ser, em princípio, a solução possível, porque não pode haver boas soluções⁷⁰³, uma vez que não remedeia todos os inconvenientes do divórcio, nomeadamente, a dor das crianças e jovens menores, que continuam a sofrer por não poderem viver, simultaneamente, com ambos os progenitores, e o sentimento de impotência do progenitor «sem culpa» na dissolução do matrimónio, cujas expectativas resultam fracassadas, num momento, porventura, imprevisível da relação conjugal.

Invoca-se, também, o contributo das ciências sociais para justificar o exercício conjunto, por traduzir uma mudança conceitual da família, que passa a ser entendida como

⁷⁰³ Michel Gobert, Rapport de Synthèse, in “L’ Autorité Parentale à L’ Epreuve, sous la direction de Jacques Foyer et Catherine Labrusse, Collection «Perspectives économiques et juridiques», 1983, 84”.

uma instituição que se não dissolve com o divórcio, mas, apenas, se reestrutura⁷⁰⁴, valorizando o caráter indestrutível dos laços que unem pais e filhos e a sobrevivência da comunidade parental, para além da dissolução da comunidade conjugal⁷⁰⁵.

Acentua-se ainda, a crédito do modelo do exercício conjunto, a cada vez maior importância da proteção da criança, em relação às consequências negativas do divórcio dos progenitores, no desenvolvimento da sua personalidade, enfatizando-se a corrente psicanalítica que reitera a crescente necessidade da sua dependência de ambos os pais para a sua progressão equilibrada, com o inerente direito da criança ao relacionamento com os dois⁷⁰⁶.

Trata-se do reflexo da evolução sociológica e da alteração de mentalidades, com expressão no fenómeno dos «novos pais», isto é, na realidade social de uma maior participação do pai na educação dos filhos, mesmo tratando-se de crianças de tenra idade⁷⁰⁷, e no seu crescente envolvimento psicológico no desenvolvimento da criança⁷⁰⁸.

Efetivamente, ainda que se considere duvidoso o efeito prático da maior participação do pai na educação dos filhos, sustenta-se que a forma ideal do exercício conjunto das responsabilidades parentais, no contexto considerado da solução de um mal menor resultante da rutura do casal, é aquela que, para além da partilha de poderes educacionais e decisórios, relativamente à pessoa da criança, envolve a residência permanente ou principal desta, junto de um dos progenitores, mantendo com o outro contactos prolongados e privilegiados, continuando a ser importante que a norma jurídica traduza uma opção valorativa, em obediência a dois princípios fundamentais, em matéria de Direito da Família e de Direito de Menores, isto é, o princípio da igualdade dos progenitores na educação e na manutenção dos filhos e o correlativo direito do menor a relacionar-se e a ser educado por ambos.

⁷⁰⁴ Wassilios E. Fthenakis, *Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung*, *Kinderpsychiatrie und Familienrecht*, Stuttgart, 1984, 5.4.3.

⁷⁰⁵ Guy Raymond, *De la réalité du couple conjugal à la fiction de l'unité du couple parentale*, *Commentaire de la loi n° 87.570 du 22 juillet 1987*, *J. C. P.*, I, 3299.

⁷⁰⁶ Hans-Werner Fehmel, *Ist das Verbot des Gemeinsamen Elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs. V S. 1 BGB) verfassungswidrig?*, ..., citado, 760.

⁷⁰⁷ Hughes Fulchiron, *Autorité Parentale et Parents Desunis*, ..., citado, 20.

⁷⁰⁸ David L. Chambers, *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, *Michigan Law Review*, volume 83, n° 3, 1984, 320, nota (147) e 477, citando "The Role of the Father in Child Development, C. M. Lamb, ed. 1976".

As novas modalidades da guarda, enformadas pelo princípio da proteção das crianças e dos jovens menores, contêm na sua génese valorativa a ideia da tendencial aproximação à família nuclear intacta, como que ficcionando a inexistência da dissociação familiar, a ponto de já ser possível encontrar, no Estado da Luisiana, nos EUA, sinais de limitação das situações em que é possível o divórcio dos pais.

Trata-se, nestes casos, da tipificação de dois protótipos de casamento, num dos quais existe uma maior facilidade de dissolução, por divórcio, ficando à liberdade dos futuros cônjuges a opção por um ou outro dos modelos alternativos⁷⁰⁹.

Entre nós, a tipificação de uma norma legal proibitiva ou condicionadora da faculdade de os cônjuges requererem o divórcio, mesmo provida de carácter universal, de natureza geral e abstrata, ou, até, limitada aos casamentos católicos, seria violadora do princípio constitucional do direito ao divórcio⁷¹⁰, consagrado pelo artigo 36º, nº 2, da CRP, em virtude de o direito ao divórcio mais não ser do que o anverso do direito a contrair casamento, constante do respetivo nº 1, 2ª parte, daquela artigo, e este ser, apenas, hoje, tendencialmente, perpétuo^{711 712}.

Para a defesa do modelo da guarda conjunta contribuíram, em movimentos convergentes, mas não paralelos, as reivindicações das associações de homens divorciados,

⁷⁰⁹ Katherine Shaw Spaht, *Louisiana's Covenant Marriage: Social Analysis and Legal Implications*,..., citado, 63 e ss.

⁷¹⁰ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I,..., citado, 169; Acórdão do TC nº 105/90, de 29-03-1990, BMJ nº 395, 185; Acórdão do STJ, de 9-2-2012, Revista nº 819/09.7TMPRT.P1.S1, www.dgsi.pt

⁷¹¹ O Código Civil de 1867 consagrava, no seu artigo 1056º, o princípio da perpetuidade do casamento, ao estabelecer, expressamente, que “o casamento é um contrato perpétuo”, com ressalva da sua dissolução por morte de um dos cônjuges, porquanto não admitia o divórcio, mas, apenas, a separação judicial de pessoas e bens, passando o mesmo a ser, presuntivamente, perpétuo, com a Lei de 3 de Novembro de 1910, a denominada “Lei do Divórcio”, que, no artigo 2º, do Decreto nº 1, afirmava que “este contrato presume-se perpétuo, sem prejuízo da sua dissolução por divórcio”. A presunção de perpetuidade do casamento adquiriu novo vigor com a Concordata de 1940, que proibiu aos tribunais civis decretar o divórcio relativamente aos casamentos católicos, celebrados após 1 de Agosto de 1940, com base num princípio de reserva da jurisdição eclesiástica (Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*,..., citado, 56), procurando conciliar o princípio da indissolubilidade do casamento, prescrito pelo Direito Canónico, e que a Igreja Católica, dogmaticamente, sustenta, desde os princípios do século XII, com o Direito Civil Português e, depois, com o CC de 1966, que manteve o regime concordatário, enquanto que o divórcio, por mútuo consentimento, não podia ser requerido, diretamente, tendo de ser antecedido da separação judicial de pessoas e bens, até aos alvares da legislação de 1975/76, altura em que o divórcio foi, novamente, facilitado.

⁷¹² Mas, já não seria inconstitucional a norma que exigisse um prazo de duração do casamento, mais ou menos longo, para que o divórcio por mútuo consentimento pudesse ser requerido, ou até suprimisse o divórcio por mútuo consentimento, admitindo, apenas, o divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges, Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*,..., citado, 49.

contestando as decisões, uniformemente, constantes, a favor da guarda maternal, em conjugação com a intervenção insignificante dos pais na educação e desenvolvimento dos filhos, na sequência do divórcio, e bem assim como o movimento feminista liberal da segunda vaga, menos proselitista e mais racional, que, sem prescindir da importância da maternidade na educação dos filhos e na unidade familiar, baseada no dever de cuidado dos mesmos, defende uma função parental igualitária que permita à mulher usufruir de um estatuto de autonomia pessoal, participando no mercado do trabalho e na esfera pública, sem dependência do pai e da criança⁷¹³.

O elemento decisivo para que seja decretada a «guarda conjunta» passa, agora, pela razão esclarecida ou iluminada do juiz, constituindo os seus requisitos essenciais de sustentação, embora não determinantes, em absoluto, a vontade comum de ambos os pais na adoção do exercício conjunto das responsabilidades parentais, a plena capacidade dos dois para educar o menor e a inexistência de qualquer causa justificativa, na perspectiva dos interesses deste, para ser decretada a guarda única^{714 715}.

Dentro dos parâmetros, acabados de considerar, registre-se que os resultados positivos que, em geral, são suscetíveis de ser assinalados à decisão judicial que estabelece o exercício conjunto, com guarda legal, baseado no acordo voluntário dos progenitores, podem não ser transpostos, sem mais, em relação à guarda jurídica imposta pelo tribunal, sem a existência daquele acordo, ou à guarda conjunta jurídica presumida por lei^{716 717 718}.

⁷¹³ Mary Ann Mason, *The Custody Wars, Why Children are Losing the Legal Battle and What We Can Do About it*, Basic Books, 1999, 12 a 17; Albertson Martha Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, New York, 1995, 67 a 100.

⁷¹⁴ Trata-se dos pressupostos exigidos pelo Tribunal Constitucional Alemão, in “Bundesverfassungsgericht n° 692 – G.G., artigo 6° II S. 1; BGB 1671 IV – FamRZ, 1982, 1179 a 1184”.

⁷¹⁵ Porém, o direito alemão evoluiu, tendo sido alterado, em 1997, passando o § 1671, do BGB, a consagrar, implicitamente, o princípio-regra do exercício conjunto do poder paternal, segundo o qual “em caso de divórcio, cada um dos pais poderá solicitar ao Tribunal de Família o exercício unilateral do poder paternal ou de uma parte do mesmo, sendo esse requerimento deferido sempre que o outro progenitor o consinta e o filho, que tenha completado 14 anos, não se oponha a essa cessão e desde que a extinção do exercício conjunto do poder paternal e a sua atribuição exclusiva a um dos pais seja o melhor para o bem-estar dos filhos”.

⁷¹⁶ Esses resultados serão, tendencialmente, menos voláteis, no sentido da sua menor representatividade, nas situações de guarda jurídica não precedida do acordo dos progenitores e da guarda jurídica presumida, quanto mais homogêneas forem as famílias observadas, menor o universo da análise, inexistência de grupos de controlo, não aleatoriedade da escolha e limitação do objeto do estudo.

⁷¹⁷ W. Glenn Clingempeel/N. Dickon Reppucci, *Joint Custody after Divorce: Major Issues and Goals for Research*, in Jay Folberg Editor, *Joint Custody and Shared Parenting*, 1984, 87, 89 e 90; Elizabeth Scott/André Derdeyen, *RethinKing Joint Custody*, Ohio State Law Journal, volume 45, 1984, 455 e ss.;

A questão da guarda dos filhos encontra-se, particularmente, sujeita à influência das regras de senso comum, sem fundamento científico, e dos valores pessoais e preconceitos da cadeia dos intervenientes processuais, sendo certo, igualmente, que os contributos das investigações realizadas pela sociologia empírica para o Direito da Família não permitem, nesta matéria, como em outras, chegar a conclusões unívocas, porquanto uns pretendem demonstrar que a guarda conjunta tem efeitos benéficos para o menor e para os pais, enquanto outros querem ver provado, exatamente, o contrário, ou seja, que, quanto maior for o contacto dos filhos com ambos os pais, mais difícil será a sua adaptação ao divórcio e maior o nível de conflitualidade entre aqueles, conferindo uma visão parcelar da realidade, que não pode dispensar as decisões fundadas em juízos de valor, sob pena de se pretender, em figuração metonímica, “que a parte seja capaz de explicar o todo”⁷¹⁹.

É, agora e sempre, a questão da valia científica dos pareceres de técnicos, altamente, especializados, que oferecem as doutrinas, ora mais académicas, ora mais experimentadas, que o legislador, com a sabedoria e equidistância que deve cultivar, terá de destrinçar, no sentido de encontrar a solução jurídica que deixe ao julgador o caminho aberto e sem dúvidas metafísicas constantes, com vista à descoberta incessante do melhor percurso para o crescimento dos menores.

Às consequências jurídicas do exercício conjunto das responsabilidades parentais, após o divórcio, aplicam-se as regras que regulam o respetivo exercício em comum, na constância do casamento e plena vigência da sociedade conjugal, com base no princípio-regra de que os pais exercem as responsabilidades parentais, de comum acordo, confiando o legislador à intervenção de uma terceira entidade, independente e imparcial, a resolução dos conflitos entre os progenitores desavindos, capazes de bloquear o normal exercício das responsabilidades parentais, nas questões de particular importância.

A intervenção do tribunal, na sua função apaziguadora e de resolução das disputas entre os progenitores, representa uma nova etapa do Direito da Família, no âmbito

Howard H. Irving/Michael Benjamim /Nicolas Trocme, Shared Parenting: An Empirical Analysis Utilizing a Large Canadian Data Base, in “Jay Folberg Editor, Joint Custody and Shared Parenting, The Association of Family and Conciliation Courts, 1984, 121 e 129”.

⁷¹⁸ Susan Steinman/Steven Zimmelman/Thomas Knoblauch, A Study of Parents who sought Joint Custody Following Divorce: Who Reaches Agreement and Sustains Joint Custody and who Returns to Court, 24 J. Am. Acad. Child Psychiatry apud Doreen Dodson, 117 e ss.

⁷¹⁹ João Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, Coimbra, Almedina, 1983, 47 e 49.

das responsabilidades parentais, embora não se circunscreva a estas⁷²⁰, de carácter exógeno à instituição familiar, sendo certo, porém, que, até à entrada em vigor da Reforma de 1977, essa função cabia, endogenamente, ao marido e pai, como chefe de família.

Para superar o impasse inevitável do poder deliberativo desta sociedade igualitária bicéfala, composta por marido e mulher, o legislador não hesitou em sacrificar a autonomia da instituição familiar, verdadeiro baluarte das liberdades fundamentais do cidadão, atribuindo ao Estado o poder de intervir, soberanamente, na direção dos assuntos de interesse vital para a família, nomeadamente, na resolução das matérias de interesse dos filhos, em que subsistam divergências insanáveis de critérios entre o pai e a mãe⁷²¹.

Efetivamente, a afirmação do princípio constitucional da igualdade jurídica dos cônjuges e da conceção interindividualista do casamento realiza-se em detrimento da autonomia e da unidade institucional da família⁷²².

Da aplicação do princípio da igualdade dos cônjuges e, conseqüentemente, do princípio da direção conjunta da família e da direção colegial da autoridade dos pais, que não conhece, no Direito Português, qualquer derrogação, não sendo de admitir, em nenhuma circunstância, a supremacia de um dos progenitores sobre o outro, na orientação da vida dos filhos menores, decorre a consequência da intervenção do tribunal na resolução dos conflitos de opinião entre aqueles, em questões de particular importância para a vida dos filhos, nos termos do estipulado pelo artigo 1901º, nº 2, do CC.

O princípio da co-direção ou da direção conjunta na orientação da vida em comum ou da diarquia familiar, constante do artigo 1671º, nº 2, que impõe a ambos os cônjuges a tomada em consideração do bem da família e, naturalmente, os interesses comuns dos filhos, envolve a necessidade de um acordo sistemático daqueles na condução dos assuntos da família, que se presume, em princípio, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, em consequência da prática por um dos progenitores de ato que integre esse poder-dever, que não seja de particular importância ou exija o consentimento de ambos, atento o preceituado pelo artigo 1902º, nº 1, ambos do CC.

⁷²⁰ Os artigos 1673º (fixação ou alteração da residência da família) e 1676º, nº 4 (dever de contribuição do cônjuge para os encargos da vida familiar), do CC, por referência ao artigo 992º, do CPC (dever de contribuição do cônjuge para as despesas domésticas), prevêm duas outras circunstâncias, distintas desta matéria, em que o tribunal pode ser solicitado a intervir.

⁷²¹ Antunes Varela, *Direito da Família*, 1º volume, ..., citado, Nota Preambular, 8, 170.

⁷²² Antunes Varela, *Direito da Família*, 1º volume, ..., citado, 334 e 335.

Assim sendo, em todos os demais casos, com ressalva das três situações analisadas, é desprovido de base legal o recurso a tribunal, por certo, na ideia da não violação grosseira da autonomia da família, com a inerente devassa da intimidade da vida privada, passando cada um dos cônjuges a gozar, então, de um direito de veto, de um «ius prohibendi», puramente, negativo⁷²³, em relação às resoluções tomadas pelo outro.

É o tribunal, supletivamente, a requerimento do progenitor interessado na prática do ato urgente, quem decidirá, em ação tutelar comum a instaurar, em conformidade com o previsto pelo artigo 67º, do RGPTC, sobre a necessidade ou razoabilidade da sua realização, no âmbito do princípio do melhor interesse para a criança.

E, não se resignando um dos cônjuges com o veto do outro, a interdição do recurso a tribunal, quando tal significar um dado incontroverso, abre as portas a um tipo de solução inconveniente, em que se traduz a situação de facto consumado para o caso concreto analisado.

Efetivamente, o princípio da direcção conjunta adotado pelo legislador nacional, ao satisfazer a aspiração igualitária da modernidade, que, indiscutivelmente, se deve prosseguir, pressupõe a existência de uma capacidade de diálogo permanente entre os progenitores, que se afigura desconhecida, resultando aquele princípio da assunção de fórmulas adotadas pelas construções legislativas que se importam, oriundas de países com matriz cultural distinta, mas que não podem ser negligenciadas, por pressuporem uma noção de família sem a carga afectiva da nacional, sendo certo que, na hipótese de insucesso da via compromissória, potencia situações de facto consumado de difícil retrocesso.

A intervenção judicial no exercício das responsabilidades parentais assume, sempre, natureza supletiva, residual e excecional⁷²⁴, já porque se limita à resolução dos litígios, nas questões de particular importância ou em que a lei exija, expressamente, o consentimento de ambos os progenitores, já porque, antes de decidir, o juiz é obrigado a realizar uma tentativa de conciliação dos progenitores, desempenhando uma função conciliadora com vista a sugerir uma solução e a dialogar com aqueles sobre a natureza do

⁷²³ Jean Carbonnier, Droit Civil, volume 2, La famille, les incapacités, 11ª edição, Paris, PUF, 1979, nº 35, 99.

⁷²⁴ Com efeito, relativamente a terceiros e ao Estado, o exercício das responsabilidades parentais deverá implicar um dever geral de abstenção, sendo inconstitucionais as normas através das quais o Estado, em lugar de colaborar no plano educativo traçado pelos pais, se substitua a estes na definição ou execução de um programa educativo dos filhos (Antunes Varela, Direito da Família, I, ..., citado, 166 e ss.).

conflito, motivando-os a, eles próprios, encontrarem a saída para o problema, e a ouvir, consultivamente, os filhos, independentemente, da idade⁷²⁵, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem, nos termos do estipulado pelos artigos 1901º, nº 3, do CC, 44º e 29º, nº 1, a), do RGPTC⁷²⁶.

Neste particular, saliente-se que, quando o juiz intervém como conciliador e moderador, no âmbito da composição extrajudicial dos litígios entre os progenitores das crianças e dos jovens menores, atua numa posição situada abaixo do patamar da resolução dos conflitos.

Porém, o acordo não significa co-actuação simultânea de ambos os progenitores, em todos os aspetos do exercício das responsabilidades parentais, cuja exigência tornaria, então, impraticável um normal desempenho da autoridade parental, atendendo à total impossibilidade de comparência do pai e da mãe, em todo e qualquer ato da vida do filho, com especial acuidade, nas designadas relações externas, isto é, em todos os atos relativos ao exercício das responsabilidades parentais em que terceiros são chamados a intervir⁷²⁷.

Como princípio geral, importa ter presente que, nas relações com terceiros, a aplicação rígida de uma atuação conjunta de ambos os progenitores, exigindo o consentimento destes para a realização de todos os atos relativos à pessoa da criança, seria impraticável ou demasiado gravosa, em muitas situações, sendo necessário conferir flexibilidade a estas regras, facilitando a tarefa e atuação quotidianas dos pais.

O princípio da presunção do acordo do outro progenitor, quando for praticado ato que integre o exercício das responsabilidades parentais, decorrente das disposições combinadas dos artigos 1901º, nºs 1 e 2 e 1902º, nº 1, do CC, porquanto cada um deles, por via de regra, pode agir, por si só, ressalvadas as duas situações da imperatividade, já analisadas, isto é, sendo caso de consentimento expresso dos dois progenitores ou tratando-

⁷²⁵ Na redação anterior à actual, introduzida pela Reforma de 2008, o artigo 1901º, nº 2, do CC, consagrava que “se a conciliação não for possível, o tribunal ouvirá, antes de decidir, o filho maior de catorze anos, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem”.

⁷²⁶ Acórdão do TRP, de 16-11-89, BMJ nº 391, 702; Acórdão do TRC, de 13-1-78, CJ, Ano III (1978), T1, 250.

⁷²⁷ Pode tratar-se de atos da mais variada natureza, quer negocial, como o arrendamento de um imóvel pertencente ao menor, quer referentes à prestação de serviços públicos, como a inscrição num estabelecimento de ensino oficial, ou de prestação de comportamentos, como acontece com a solicitação do batismo em determinado credo religioso.

se de ato de particular importância, visa, também, proteger os terceiros que contratam com um dos pais e promover a segurança do comércio jurídico, não sendo, contudo, a falta de acordo oponível a terceiro de boa-fé, salvo se este conhecesse ou devesse presumir a oposição do outro progenitor que não interveio na prática do ato, por força do disposto no artigo 1902º, nºs 1 e 2, do CC.

A lei portuguesa optou, assim, por uma posição intermédia, podendo cada um dos progenitores praticar atos de representação do menor, presumindo-se o acordo do outro, desde que não assumam carácter decisivo e determinante para a vida do mesmo.

Afastado o sistema que permite a qualquer um dos progenitores, isoladamente, a prática de atos de particular importância, ou a faculdade de executar atos de natureza usual, quando o terceiro desconheça a oposição do outro, optou-se pela exigência da intervenção de ambos, em todos os atos considerados de particular importância, ou em que a lei exija, expressamente, o consentimento dos dois, facultando, portanto, e, tão-só, a cada um deles, isoladamente, a prática dos atos de normal importância.

E, não definindo a lei em que consiste o ato de particular importância, pode tentar estabelecer-se a comparação, embora de natureza arrojada e insuficiente, entre os atos de particular importância e os atos de administração extraordinária, por um lado, e os atos usuais ou correntes e os atos de administração ordinária, por outro, dada a dificuldade em transpor os quadros da primeira classificação para a segunda, face à relatividade do conceito de normalidade.

Por isso, o progenitor atuante só não poderá agir, sozinho, com referência, obviamente, aos atos de natureza normal, se o progenitor passivo manifestar, previamente, o seu desacordo.

Contudo, o eventual desacordo será inoponível a terceiro de boa-fé que desconheça a oposição do progenitor passivo, desde que tal aconteça, outrossim, em relação ao progenitor atuante.

O terceiro deve, contudo, recusar-se a intervir no ato praticado por um dos cônjuges ou progenitores quando não se presuma o acordo do outro cônjuge ou progenitor

ou quando conheça a oposição deste progenitor passivo, por força do n.º 2, do citado artigo 1902º, do CC.

A presunção de que o progenitor ativo age de acordo com o outro permite a cada um deles atuar sem o consentimento do progenitor passivo, dispensando-se de procurar obter o acordo deste e de o provar perante terceiros.

Contudo, a presunção de consentimento, apenas, opera, em relação à prática de atos da vida corrente, pois que, em relação aos atos de particular importância, se exige, sempre, a intervenção de ambos os progenitores, de acordo com o estipulado pelo artigo 1902º, n.º 2, do CC.

Após a dissociação familiar, mantém-se a validade desta presunção, mas, pelo facto de os pais viverem separados, na prática, a educação quotidiana da criança é realizada, apenas, pelo progenitor com quem esta reside, habitualmente, existindo uma primazia de facto de um progenitor sobre o outro que determina que seja o progenitor residente a praticar a grande maioria dos atos usuais relativos à vida e educação da criança.

Mas, se, no âmbito das relações internas, o progenitor que atua sem o consentimento do outro pode praticar um facto suscetível de dar causa ao divórcio ou à separação judicial de pessoas e bens⁷²⁸, já, no plano das relações externas, os atos praticados com terceiros só poderão ser impugnados pelo progenitor não autorizante se aqueles estiverem de má-fé, ou seja, se conhecerem a oposição prévia do progenitor passivo à realização do ato usual, conforme resulta do preceituado pelo artigo 1902º, n.º 1, do CC, ao estatuir que “a falta de acordo não é oponível a terceiro de boa-fé”, não bastando que aquele progenitor não autorizante alegue a não prestação de consentimento.

Nestes termos, cada um dos pais atua, livremente, desde que o outro não manifeste o seu desacordo, transitando-se de uma regra de gestão conjunta para uma regra de gestão concorrencial, que favorece a iniciativa pessoal do mais diligente, isto é, daquele que primeiro agir só⁷²⁹.

⁷²⁸ Raymond Legeais, L' Autorité Parentale, Étude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1979 et les textes qui l'ont complétée, Répertoire du Notariat, Défrénois, 1973, 89.

⁷²⁹ Gérard Cornu, Droit Civil, La Famille, Montchrestien, 1991, 132.

Como assim, a presunção do consentimento do progenitor passivo é uma presunção legal relativa, que só opera em relação a terceiros de boa-fé, ou seja, que não tiveram conhecimento, direto ou indireto, da oposição do progenitor não autorizante à realização do ato usual, quer sejam atos patrimoniais ou pessoais⁷³⁰, mas sempre atos que não sejam de particular importância, cabendo a este demonstrar que o terceiro se encontrava de má-fé, isto é, que estava ao corrente de um desacordo efetivo dos pais sobre a questão concreta a decidir^{731 732}, mas presumindo-se a boa-fé.

Relativamente aos atos praticados por um só dos progenitores, em situação de urgente necessidade, como acontece, v. g, com a realização de uma intervenção cirúrgica premente, necessária para salvar a vida ou a integridade física do menor, sendo impossível a obtenção atempada do consentimento do outro cônjuge ou progenitor, pressupondo a existência de um grave perigo para o interesse do menor, deve aplicar-se, analogicamente, a regra geral de que se consideram abrangidos pelo princípio da presunção da atuação do progenitor ativo, de acordo com a vontade do outro, com base no disposto pelo artigo 1903º, nº 1, a) e b), do CC, que estipula que “quando um dos pais não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, caberá esse exercício ao outro progenitor ou, no impedimento deste, por decisão judicial, a alguém da família de qualquer dos pais ou ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais”, pelo que, conseqüentemente, o progenitor disponível tem o poder-dever de praticar, sozinho, o ato urgente.

Esta presunção aplica-se, indistintamente, sempre que as responsabilidades parentais sejam exercidas em conjunto, independentemente, da situação pessoal dos pais, razão pela qual, após o divórcio, em caso de exercício colegial das responsabilidades parentais, continua a aplicar-se o mesmo princípio da presunção da atuação do progenitor interveniente, de acordo com o outro, não obstante a falta de coabitação entre os pais, por se impor a mesma necessidade de flexibilizar o sistema da guarda conjunta e de oferecer uma certa segurança a terceiros.

⁷³⁰ Nem sempre as duas perspetivas são estanques, como acontece, v. g., quando se trata da inscrição num curso estrangeiro, que pode comportar despesas superiores ao do nível de vida da família, com a conseqüente prática pelos pais de atos de disposição em relação aos bens do menor.

⁷³¹ Raymond Legeais, *L' Autorité Parentale, Étude de la loi n° 70-459 du 4 juin 1979 et les textes qui l'ont complétée*, ..., citado, 89; Ana Seisdedos Muiño, *La Pátria Potestad Dual*,..., citado, 368.

⁷³² Gérard Cornu, *Droit Civil, La Famille*,..., citado, 132.

Foi, sobremaneira, importante delinear os contornos da figura dos atos de particular importância, porquanto a mesma define, por um lado, o limite da autonomia dos progenitores, em relação aos atos praticados com intervenção de terceiros, e, por outro, o grau necessário de apresentação à autoridade judicial das divergências de opinião entre eles, no exercício das responsabilidades parentais, englobando todos os aspectos que estas envolvem, quer digam respeito à pessoa, quer aos bens do menor.

Afastado o regime que permite a qualquer um dos progenitores, isoladamente, a prática de atos de particular importância, ou a faculdade de executar atos de natureza usual, quando o terceiro desconheça a oposição do outro, optou-se pela exigência da intervenção de ambos, em todos os atos considerados de particular importância, ou em que a lei exija, expressamente, o consentimento dos dois, facultando, portanto, e, tão-só, a cada um deles, isoladamente, a prática dos atos de normal importância.

Quer isto dizer, em suma, que a intervenção supletiva e subsidiária do tribunal não acontece na eventualidade de desacordo dos progenitores, nas questões de normal importância, que qualquer um deles pode praticar, isoladamente, ao abrigo do princípio inderrogável da presunção do acordo do outro progenitor, abstendo-se de conhecer da causa, remetendo os progenitores para a disciplina interna da célula familiar, cujo caráter institucional prevalece, mas, tão-só, nas questões de particular importância, ou, então, quando a lei exija o expresse consentimento dos dois para a prática de ato que integre o âmbito das responsabilidades parentais.

Dirimindo o desacordo entre os progenitores, o juiz pode decidir, diretamente, sobre o seu objeto, afastando-se das teses defendidas pelos mesmos, apenas, quando forem suscetíveis de comprometer a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação dos filhos, decidindo, então, em sentido oposto aqueles, sob pena de, se tal não acontecer, dever aderir a uma delas, para evitar a menor intervenção possível no direito imanente ao núcleo familiar, de natureza institucional.

Porém, o problema do recurso a tribunal, como meio de ultrapassar o dissídio entre os progenitores desavindos, para além da supra-estrutura jurídica em que se apoia, com o princípio da igualdade dos cônjuges por referência, em si mesmo, pleno de dignidade

constitucional, não pode fazer tábua rasa dos dados da realidade nacional, nomeadamente, de um determinado grau de aceitação e conformação da infra-estrutura sociológica.

Assim, a sentença judicial reconduzir-se-á a duas hipóteses-tipo, isto é, ou o tribunal resolve a favor da pretensão daquele dos progenitores que se lhe afigura mais razoável e, então, concede a este o poder de decisão do dissídio, ou, ao invés, resolve em sentido diverso aquele que foi pretendido por qualquer deles, e, neste caso, o juiz é, simultaneamente, decisor e definidor do interesse prevalente, devendo ambos acatar a força obrigatória do julgado, assegurando o artigo 28º, nº 1, do RGPTC, ao tribunal a possibilidade de ordenar, cautelarmente “as diligências que se tornem indispensáveis para assegurar a execução efetiva da decisão”.

Tratando-se de um desacordo isolado, em relação a uma questão de particular importância, como acontece em caso de conflito entre os pais ou entre estes e o corpo médico, a propósito de um tratamento de extrema urgência, o mesmo ultrapassa-se, através da instauração de uma ação tutelar comum, prevista pelo artigo 67º, do RGPTC, ficando o menor, sob tutela jurisdicional, tornando-se um «ward of the court», e decidindo o tribunal a eventual realização do ato médico, em substituição da contestação dos dois progenitores ou daquele que ao outro se opõe quanto à sua realização, sendo, manifestamente, insuficiente a assinatura pelos progenitores de um termo de responsabilidade quanto à assunção das consequências possíveis da sua resolução, atendendo à natureza indisponível dos interesses em causa.

Por seu turno, na hipótese de se tratar de desacordos reiterados, para não obstar ao funcionamento escorreito das responsabilidades parentais e evitar o bloqueio que resulta do conflito sistemático entre os progenitores, a fim de não serem dirimidos, individualmente, em sede judicial, uma série de desentendimentos, impõe-se a resolução da situação de fundo, requerendo-se a alteração do exercício das responsabilidades parentais, por modificação superveniente das circunstâncias envolventes, nos termos do disposto pelo artigo 42º, nºs 1 e 2, do RGPTC, suscetível de fundamentar a transição do exercício conjunto para o exercício exclusivo das responsabilidades parentais.

O próprio progenitor residente, mesmo durante os períodos de convivência com o menor, podendo agir sem o consentimento do outro, na prática de actos usuais, já

não pode atuar, relativamente aos mesmos, contra a vontade, previamente, manifestada pelo outro.

Mas, não podendo o não residente recorrer, judicialmente, das decisões quotidianas tomadas pelo residente, resta-lhe, em caso de desacordo, comunicar ao terceiro a sua falta de consentimento, para impedir a prática do ato, estando este de boa-fé, ou arguir a sua invalidade, se o mesmo chegar a ser realizado, encontrando-se o terceiro de má-fé.

E, só em caso de uso generalizado e de abuso sistemático da posição privilegiada ou dominante, por parte do progenitor residente, em agir contra a opinião do outro, em questões usuais, este pode propor uma ação de alteração da regulação das responsabilidades parentais que restrinja os poderes do residente ou, eventualmente, altere a determinação da residência ou a modalidade de exercício.

A mais significativa alteração introduzida pela Reforma de 2008, no que concerne à questão nuclear da residência, contende com a imposição legal do exercício conjunto das responsabilidades parentais, nas situações de dissociação familiar, isto é, em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, com o afastamento da faculdade de os progenitores acordarem o exercício unilateral do «poder paternal».

Contudo, a exceção à regra geral do exercício conjunto, tendencialmente, obrigatório, consiste na faculdade de os progenitores regularem, por acordo, a questão dos alimentos devidos aos filhos e a forma de os prestar, embora sujeito a homologação judicial, que, apenas, será recusado se não corresponder aos interesses do menor, atento o disposto pelos artigos 1905º, nº 1 e 1906º, nº 2, ambos do CC.

Na situação de falta de acordo dos progenitores quanto ao montante da obrigação de alimentos e à forma procedimental de os prestar, tratando-se de uma questão de particular importância para a vida do filho, estando as responsabilidades parentais, imperativamente, pelo menos, em via de princípio, a ser exercidas em conjunto, por ambos os pais, como agora resulta do novo modelo legislativo, qualquer deles goza da faculdade de

requerer ao tribunal a resolução do diferendo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 44º, nºs 1, 2 e 3, 35º, 37º e 38º, todos do RGPTC.

Porém, se a inovação mais emblemática do novo regime atinente à regulação das responsabilidades parentais, em caso de divórcio e situações assimiladas, consistiu na imposição legal do seu exercício conjunto, por ambos os progenitores, restrito às questões reservadas da “fixação da residência dos menores” e dos “direitos de visita”, tal se ficou a dever ao facto de o legislador ter comprimido o âmbito das questões compreendidas na definição do regime das responsabilidades parentais, ou seja, a residência, as visitas e os alimentos, reduzindo-o às questões da residência e das visitas, como se afigura ser a interpretação mais consistente e consentânea com o disposto pelo artigo 41º, nº 1, do RGPTC.

Efetivamente, a questão dos alimentos não contende com “a situação da criança”, «*ipsis verbis*», tal como está pressuposto, no artigo 41º, nº 1, do RGPTC, na aceção de fixação de residência, guarda ou destino, embora esta possa abranger, igualmente, a vertente das visitas, até pela evolução substantiva do instituto do «incumprimento» que, no homólogo artigo 181º, nº 1, da OTM de 1978, se referia à “situação do menor”, e, no correspondente artigo 95º, nº 1, da OTM de 1962, se reportava, tão-só, no “destino do menor”, mas onde já se compreendia o regime de visitas⁷³³.

A não se registar a aludida compressão do campo do exercício das responsabilidades parentais, em relação às questões da “fixação da residência dos menores” e dos “direitos de visita”, então, a questão da guarda ficaria sujeita ao regime imperativo do exercício colegial, tal como acontece na constância do casamento e efetiva vigência da sociedade conjugal, ao passo que a matéria dos alimentos e a forma procedimental de os prestar, enquanto, também, questão de particular importância, seria regulada por acordo dos pais, ou seja, seria exercida, em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, atento o preceituado pelos artigos 1905º e 1906º, nº 1, ambos do CC.

⁷³³ Américo Campos Costa, *Notas À Organização Tutelar de Menores*, Coimbra, Atlântida, 1967, 272; Parecer da PGR nº 53/62, de 25-10-1962, BMJ nº 120, 177.

Isto significaria que a guarda e os alimentos estariam, igualmente, sujeitos ao regime do exercício conjunto, que resulta de um imperativo legal quanto à primeira, mas que, em princípio, tem subjacente o acordo dos progenitores, em relação à questão dos alimentos, sendo certo que, quando o comum acordo faltar quanto a esta, qualquer deles pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação, nos termos das disposições combinadas dos artigos 1901º, nºs 1 e 2, 1906º, nº 1, do CC, e 44º, nº 1, do RGPTC.

Por outro lado, o regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho será alterado, quando tal for considerado contrário aos interesses deste, podendo as correspondentes responsabilidades ser, apenas, exercidas por um dos progenitores, atento o estipulado pelo nº 2, do artigo 1906º, do CC.

Ora, considerando que o regime da guarda não sobrevive, independentemente, do tripé das questões em que se sustenta, isto é, a residência, as visitas e os alimentos, estabelecendo-se, imperativamente, o exercício conjunto, com base no acordo dos progenitores, tanto quanto possível, a menos que, excecionalmente, os interesses do menor o desaconselhem, pode o regime da guarda vir a ser definido, unilateralmente, pelo julgador, sempre que a isso o exija o superior interesse da criança e do jovem menor, conforme decorre do disposto pelos artigos 1901º, nºs 1 e 2, 1905º e 1906º, nºs 1, 2, 5 e 7, todos do CC.

Finalmente, considerando que a Reforma de 2008 subtraiu do âmbito da liberdade contratual dos progenitores a atribuição do exercício das responsabilidades parentais, relativamente às questões de particular importância para o menor, as quais passam, em regra, e, de forma imperativa, a pertencer, conjuntamente, a ambos os pais, o acordo respeitante às responsabilidades parentais e a correlativa sentença homologatória, ou precedida de julgamento, com ou sem produção de prova direta, compreende as seguintes questões essenciais:

A – A determinação da residência do menor, ou seja, a definição do progenitor com quem o mesmo passará a residir [artigo 1906º, nº 5, do CC], sendo que o modelo de exercício das responsabilidades parentais está equacionado de acordo com o regime da guarda conjunta, quer como guarda legal ou jurídica, quer como guarda física ou com

residência alternada, independentemente, do modelo excecional e subsidiário da guarda única ou exclusiva ou da guarda alternada, partilhada ou repartida, em exercício unilateral.

B – O regime de contactos ou direito de visita, hoje, mais concebido como fixação de convívio ou como organização dos tempos da criança, ou seja, a denominada «relação de grande proximidade» da criança e do jovem menor com o progenitor com quem não fica a residir⁷³⁴ e com outros parentes, em especial, os avós e os irmãos, incluindo as estadias, em férias, períodos de Natal, passagem de ano, Ano Novo, Páscoa, aniversários dos progenitores e dos próprios menores, e o regime de deslocações destes [artigo 1906º, nº 7, do CC].

C - Os alimentos e forma procedimental de os prestar que, muito embora a fixação do seu montante dependa, em primeira linha, do acordo dos progenitores, nos termos previstos pelo artigo 1905º, nº 1, do CC, o tribunal pode, igualmente, estabelecer, na ausência de consenso entre eles.

Residualmente, o acordo e a sentença podem ainda conter:

D – A atribuição do direito ao arrendamento do locado que constitua a casa de morada de família, nos termos do disposto pelo artigo 1105º, ou a atribuição da casa de morada de família, comum a ambos os progenitores ou própria de um deles, a qualquer dos cônjuges, em regime de arrendamento, com base no estipulado pelo artigo 1793º, ambos do CC.

E - A administração dos bens da criança ou jovem menor, que pode ser exercida, excecionalmente, pelo progenitor a quem os mesmos não foram confiados, com referência ao artigo 40º, nº 4, do RGPTC, mas, agora, sem o respaldo do CC, tendo sido eliminada a consagração que, a este propósito, constava do nº 3, do artigo 1906º, na redação da Lei nº 59/99, de 30 de junho, considerando, igualmente, o preceituado pelos artigos 1922º e seguintes e 1967º e seguintes, todos do CC.

Deste modo, o legislador nacional não equacionou a guarda, anteriormente, designada como «destino» do menor, como uma questão a decidir, mas antes como uma solução pré-definida, porquanto, como já se disse, o exercício das responsabilidades parentais, relativamente às questões de particular importância para a criança e jovem menor, passou, imperativamente, a pertencer, por via de regra, conjuntamente, a ambos os

⁷³⁴ Acórdão do TRC, de 31-01-2006, Apelação nº 4027/05-1, www.dgsi.pt

pais, com exceção dos casos em que esse exercício colegial for considerado contrário aos interesses do menor, hipótese em que o tribunal deve determinar, nos termos do disposto pelo artigo 1906º, nº 2, do CC, que essas responsabilidades sejam exercidas, unilateralmente, pelo progenitor idóneo, embora sem prejuízo do direito do outro ser informado sobre o modo do exercício das responsabilidades parentais, em conformidade com o nº 6, do aludido normativo legal.

Quer isto dizer que, tão-só, nesta situação do exercício unilateral das responsabilidades parentais, a «guarda» constitui ainda a precípua das questões decidendas, a anteceder as demais essenciais, acabadas de elencar, ou seja, a «relação de grande proximidade» e os alimentos e forma de os prestar, porquanto a questão da «residência» fica agora absorvida, por consunção, em concurso aparente, pela questão da «guarda».

Porém, importa não esquecer que o novo artigo 1906º, do CC, no seu nº 5, veio reforçar a ideia da responsabilidade decisória do tribunal, ao relegar para segundo plano o acordo dos pais, no que concerne à “determinação da residência do filho e aos direitos de visita de acordo com o interesse deste”, cujo critério melhor explicitou, no respetivo nº 7, ao estatuir 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, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”.

XI. O INTERESSE DA CRIANÇA OU JOVEM MENOR NA ENCRUZILHADA DA DICOTOMIA VERDADE BIOLÓGICA OU VERDADE AFETIVA EM MATÉRIA DE FILIAÇÃO E O BIOLOGISMO COMO EXPRESSÃO E ÚLTIMO SUSTENTÁCULO DA VISÃO ROMÂNTICA DA FAMÍLIA UNIDA

XI.1. A verdade biológica e a verdade afetiva em matéria de filiação

Entroncando as raízes mais profundas da sociedade na instituição familiar, como célula essencial da sua organização, a determinação do estado civil de pai ou de filho exerce um papel do maior relevo, convindo, de modo muito particular, a todos os membros do agregado social o conhecimento do vínculo jurídico da filiação ou da paternidade, com

vista a que, uma vez definido, em estrita observância com os critérios legais, se mantenha definitivo para segurança e certeza das relações jurídico-sociais.

Ao lado do parentesco natural, que é o verdadeiro parentesco, existe o parentesco legal ou civil, que resulta da adoção, criado à semelhança daquele, baseado numa outra verdade, de natureza afetiva e sociológica, mas distinta da verdade biológica em que de funda o parentesco⁷³⁵.

O princípio da reposição da verdade biológica, em matéria de filiação paternal, constitui, para o sistema jurídico nacional, fundamento bastante da afirmação de legitimidade ativa para os interessados no seu reconhecimento, ainda que com esquecimento, muitas vezes, de outros princípios, como o da estabilidade afetiva e o da posse de estado de filho.

Porém, há que saber adequar a verdade biológica com a verdade afetiva ou sociológica que resulta da consolidação de uma realidade familiar concreta, de modo a evitar que a procura desenfreada daquela possa causar danos sérios ao filho, restringindo-se a respetiva legitimidade ativa, não assente num valor fundamental, à existência de posse de estado duradoura⁷³⁶, com base no abuso de direito, consagrado pelo artigo 334º, do CC⁷³⁷.

Com efeito, o interesse do menor não consiste no interesse abstrato da sua identidade biológica, mas, antes, no interesse concreto da definição da sua situação jurídica que, sem postergar a realidade da verdade biológica, procure a sintonia com a verdade sociológica e afetiva vivida pelo mesmo.

De todo o modo, nem sempre a coerência das soluções encontradas foi a expressão e o resultado da atividade legislativa, por certo, devido às hesitações havidas, em matéria de tutela da parte conjugal, supostamente, tida como a mais frágil.

Uma coisa é a verdade biológica, como critério determinante do estabelecimento da filiação, outra é a decisão quanto à guarda ou adotabilidade da criança ou jovem menor, a qual não deve ser, necessariamente, tomada, de acordo com critérios

⁷³⁵ Guilherme de Oliveira, Critério Jurídico da Paternidade, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, 421, 437 e 438.

⁷³⁶ Guilherme de Oliveira, Impugnabilidade da Perfilhação, Temas de Direito da Família, 2ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, 186 e 187.

⁷³⁷ Vaz Serra, RLJ, Ano 103º, 560.

biológicos, mas, antes, com critérios psicológicos, respeitando o direito daqueles a viverem num ambiente familiar.

A este propósito, considerou-se que, em matéria de estabelecimento da filiação, o legislador português se havia recusado a tomar posição quanto à legitimidade de certas técnicas de procriação, medicamente, assistida (PMA), como, por exemplo, quando esteja em causa a fecundação "in vitro" e, ou, a via das denominadas "mães de substituição", porquanto, o recurso à analogia com o disciplinado pelo artigo 1839º, nº 3, do CC, se afigurava, neste domínio, inviável⁷³⁸, atendendo à insuficiência do quadro legal para solucionar os inúmeros problemas levantados por aquele procedimento, com a acrescida dificuldade da sua interpretação, por se tratar de uma lacuna legislativa que não permite a regulamentação geral da procriação artificial, nem assegura uma aplicação uniforme das suas potenciais variadas técnicas aos casos individuais⁷³⁹.

Em matéria de estabelecimento da filiação, aponta-se para a primacial valência da denominada "verdade biológica" e do princípio da plena liberdade probatória, muito embora, em variadas situações, se verifiquem recuos, designadamente, em áreas conexas com a detenção do estado de filho "legítimo", ou com a denúncia do estado de filho incestuoso, ou, ainda, com a preservação da filiação tutelada pelo registo e confirmada por posse de estado, ou, por fim, com a imposição de prazos de caducidade, de restrições à legitimidade, ou de condições objetivas de admissibilidade ou verosimilhança das ações de estado.

A questão da identidade biológica é, essencialmente, um tema que interessará ao menor depois de ter deixado de o ser, para escrutinar as suas origens, mas que ainda não releva para a criança de tenra idade, onde, apenas, impera a necessidade de ser amada e desejada e o direito de viver num meio ou ambiente familiar.

⁷³⁸ Guilherme de Oliveira, O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas, Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 1984, 108 a 110, anteriormente, à entrada em vigor da Lei nº 32/2006, de 26 de julho, e da Lei nº 17/2016, de 20 de junho; em sentido contrário, por, a essa altura, considerar como mãe a genética e não a de substituição, Oliveira Ascensão, Direito e Bioética, Direito da Saúde e Bioética, 1991, 33 a 35 e 36 e ss.

⁷³⁹ Castro Mendes, Direito da Família, Lisboa, AAFDL, 1978/79, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, 1990/91, 236 e 237.

O direito da criança ao afeto e à estabilidade, como marcos decisivos do seu desenvolvimento, prevalecem, sempre, sobre o direito ao conhecimento da sua identidade biológica, porque aquela não tem ainda consciência dos acontecimentos biológicos que conduziram ao seu nascimento, registando, apenas, nas suas memórias, as trocas emocionais realizadas no quotidiano com os adultos que de si cuidaram⁷⁴⁰ ou as omissões afetivas a que foram sujeitas⁷⁴¹.

O interesse do menor identifica-se com a estabilidade das suas condições de vida, das suas relações afetivas e do seu ambiente físico e social, porquanto os laços biológicos de filiação, apenas, permitem presumir, “*tantum iuris*”, o afeto e o amor filial, com base no pressuposto de que o biológico funda o relacional.

A tentativa porfiada de obviar à perturbação da relação afetiva de facto, sólida e insubstituível, destinada a proteger a posse de estado contra a revelação da verdade biológica conflituante, pode conduzir a um excesso de sinal contrário, em que o filho rejeita o estabelecimento da paternidade, por razões de mera conveniência, ainda que o perfilhante seja o seu progenitor.

A adoção, expoente máximo da verdade afetiva ou sociológica, é objeto de garantia institucional, consagrada pelo artigo 36º, nº 7, tal como a maternidade e a paternidade biológicas, e a sua função parental é protegida, enquanto «valor social eminente», pelo artigo 68º, nºs 1 e 2, ambos da CRP, porquanto tem na sua base uma realidade individual, sentimental e social, diferente da procriação, mas tão real como este laço biológico⁷⁴².

A relevância dos factos biológicos é, no entanto, determinante da conformação do ordenamento jurídico nacional, que se mostra dominado pelo princípio do respeito pela verdade biológica.

O evento humano subjacente ao instituto das responsabilidades parentais é um puro facto biológico, como resulta do disposto pelo artigo 1796º, nº 1, quanto ao

⁷⁴⁰ Joseph Goldstein, Anna Freud e Albert J. Solnit, *No Interesse da Criança?* (tradução brasileira de *Beyond the Best Interests of the Child*, Free Press, 1979), S. Paulo, 1987, 9.

⁷⁴¹ Emilio Garcia Garcia, *O Caso das crianças órfãs romenas, Somos a Nossa Memória, Recordar e Esquecer*, Neurociência & Psicologia, Coleção apresentada por Alexandre Castro Caldas, Edição da Cofina Media, SA, 2021, 97.

⁷⁴² Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, V, ..., citado, 506.

estabelecimento da filiação materna, apurada pelo nascimento, nos termos estabelecidos pelos artigos 1803º a 1825º, todos do CC, mas, também, quanto ao estabelecimento da própria paternidade, em vista da participação física do progenitor no fenómeno da procriação, ressalvada a diferença devida ao seu carácter menos ostensivo⁷⁴³.

Determinado o vínculo biológico, o Direito da Filiação procede à sua inelutável conversão no correspondente vínculo jurídico⁷⁴⁴, com a inexorável consequência de as responsabilidades parentais serem tratadas como um efeito «ex lege» da filiação, como uma exigência indeclinável da chamada ordem pública da família, composta por regras e princípios que conformam, em termos injuntivos, a constituição e a vida das relações jurídicas familiares⁷⁴⁵.

Porém, a diferença entre filiação biológica e filiação jurídica, ou melhor, a existência de factos biológicos que estão subjacentes aos vínculos jurídicos, já era visível, na hipótese do filho nascido dentro do casamento, ou seja, tratando-se de mãe conhecida e casada, cuja paternidade fica, automaticamente, estabelecida, sendo, então, o pai o marido da mãe, de acordo com o princípio clássico do «pater is est quem justae nuptiae demonstrant», consagrado pelo artigo 1826º, nº 1, do CC, que sustenta esta presunção de paternidade, desinteressando-se pela verdade biológica, assente no entendimento de que a paternidade do marido é um efeito pessoal do casamento⁷⁴⁶, decorrente dos deveres de coabitação e fidelidade recíproca entre os cônjuges, enquanto essência da instituição matrimonial monogâmica, mesmo nos casos em que esta base de sustentação não está demonstrada, como acontece, por exemplo, na hipótese de adultério da mulher.

Esta regra do «pater is est...» contém, em si mesma, uma verdadeira presunção legal, que atua sem necessidade de recurso a qualquer decisão judicial para o estabelecimento da paternidade, mas de natureza “iuris tantum”, por se fundar num juízo de probabilidade e não num juízo de certeza que, a constatar-se que não aconteceu, isto é,

⁷⁴³ Guilherme de Oliveira, Estabelecimento da Filiação, Coimbra, Almedina, 1ª edição, 4ª reimpressão, 1997, 7 a 9.

⁷⁴⁴ Guilherme de Oliveira, Estabelecimento da Filiação, ..., citado, 10.

⁷⁴⁵ Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2005, 710 e 711.

⁷⁴⁶ Guilherme de Oliveira, Impugnação da Paternidade, Separata do volume XX do suplemento do BFDUC, Coimbra, 1979, 25 a 28.

que o pai não é o marido da mãe, consente a correção do respetivo erro com a consequente possibilidade de se fazer prova do contrário do facto presumido⁷⁴⁷.

Com efeito, quando o Direito presume como pai o marido da mãe e torna muito difícil a prova de que, no caso concreto, essa presunção conduziu a um resultado falso, parece desinteressar-se do facto da paternidade biológica, preferindo manter a paternidade jurídica do marido para esconder a demonstração de um adultério da mulher e para proteger, à sua maneira, a dignidade social do casamento, afirmando que a paternidade do marido, a legitimidade do filho, são um efeito do casamento⁷⁴⁸, enquanto conclusão de direito assente num raciocínio de pura lógica silogística, cujas premissas, «prima facie», entende que não importa discutir.

Trata-se de uma visão clássica da regra em análise, em homenagem a valores ditados por um conceito de moral que, em nome da defesa da instituição familiar, fecha os olhos à realidade da vida, ignorando a verdade biológica quando esta lhe é incómoda⁷⁴⁹, para privilegiar, «à outrance», a estabilidade da família, «maxime», dos filhos, alicerçada na simbologia de um casamento, tendencialmente, perpétuo.

A família, célula base da sociedade, é, do ponto de vista biológico, o modo natural de perpetuar a espécie, encontrando-se os seus membros interligados, psicologicamente, por uma relação de mútua interdependência, com vista à satisfação das suas necessidades afetivas, economicamente, para assegurar as suas necessidades materiais, e, sociologicamente, para garantir a sobrevivência física e a identidade essencial do ser humano⁷⁵⁰.

Para a Biologia, pai sempre foi, unicamente, o homem que, por meio de uma relação sexual, fecunda uma mulher que, levando a gestação a termo, dá à luz um filho.

Porém, o ato de conceção não decorre já, exclusivamente, da existência de relações sexuais, e o casamento deixou de ser o único reduto da conjugalidade.

Por outro lado, as relações extramatrimoniais já dispõem de reconhecimento constitucional e o Direito da Família tutela, igualmente, as relações estabelecidas, em regime

⁷⁴⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito de Família, II, TI, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, 94.

⁷⁴⁸ Guilherme de Oliveira, Impugnação da Paternidade, ..., citado, 25 a 28.

⁷⁴⁹ Francisco Pereira Coelho, Filiação, Apontamentos das Lições revistos pelo Professor, no âmbito da cadeira de Direito Civil, Curso Complementar, FDUC, 1978, 19 e ss., 76 e 77.

⁷⁵⁰ Nathan W. Ackerman, Diagnóstico e Tratamento das Relações Familiares, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Artes Médicas Sul, 1986, passim.

de união de facto, as relações de natureza homossexual ou heterossexual, ou, ainda, as relações das pessoas que, simplesmente, vivem em economia comum.

Alargou-se o conceito de «entidade familiar», de modo a conferir especial proteção, não só à família constituída pelo casamento, independentemente, do sexo dos contraentes, face ao preceituado pelo artigo 1577º, do CC, mas, também, à união de facto formada por duas pessoas, ainda que do mesmo sexo, de acordo com o disposto pelo artigo 1º, nº 2, da LUF, e à família monoparental.

Operou-se a distinção entre as questões da conjugalidade e as questões da parentalidade, com a efetiva promoção da co-parentalidade, para além da rutura da relação conjugal, a fim de que os filhos possam conviver com ambos os progenitores.

Porém, o Direito, ao gerar presunções de paternidade e de maternidade, afasta-se do facto natural da procriação para referendar o que, hoje, se pode denominar como «posse de estado de filho» ou «filiação sócio-afetiva».

Assim sendo, a desbiologização da paternidade, ainda que se afigure ser um tema atual, já era consagrada, há muito tempo, aliás, desde a época do Direito Romano, através do princípio clássico do «pater is est... ».

Considerando que o momento da conceção do filho é fixado, para efeitos legais, dentro dos primeiros 120 dos 300 dias que precedem o seu nascimento, salvo as exceções previstas na lei, a determinação legal da data da conceção sustenta-se em duas presunções, ou seja, a primeira, a de que a gravidez não durou menos de 120, nem mais de 300 dias, e a segunda, a presunção «omni meliore momento», segundo a qual a conceção pode ter ocorrido, em qualquer um dos 120 dias do respetivo período legal, indivisivelmente, considerado, nos termos das disposições concertadas dos artigos 1798º a 1800º, ambos do CC.

Assim sendo, o filho nascido, pelo menos, 180 dias após a data do casamento ou do início da união de facto de um homem com uma mulher ou até 300 dias depois da sua dissolução ou cessação, respetivamente, foi gerado na constância desse matrimónio ou união de facto⁷⁵¹.

⁷⁵¹ Numa perspetiva, estritamente, médica, admite-se que o prazo máximo pode atingir 325 a 336 dias, Francisco Pereira Coelho, *Filiação,...*, citado, 38.

Esta presunção tem por fim prestigiar a família, ou, melhor, preservar a “paz das famílias”⁷⁵², único reduto em que era aceita a procriação, desvinculando-se o legislador da verdade biológica, quando se gera uma paternidade jurídica baseada, exclusivamente, no facto de alguém haver nascido no seio de uma família constituída por laços matrimoniais.

A ciência jurídica conforma-se com a paternidade decalcada na moral familiar⁷⁵³, mas a verdade e a ficção confundem-se no vínculo jurídico paterno-filial⁷⁵⁴.

E, por isso, não deixou de se consagrar um regime muito restritivo de fundamentos de impugnação da paternidade, como que para demonstrar que o facto biológico da paternidade não era, de todo, para o legislador, uma miragem.

Por outro lado, a perfilhação pelo progenitor, fora do casamento, com base na sua vontade soberana de assumir o estatuto de pai, muito embora não excluísse um regime alargado de impugnação, denuncia a inequívoca relevância do facto biológico.

O Direito da Filiação português respeita e persegue a coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, que parece ter constituído o fio condutor da Reforma do Direito de Família de 1977, tendendo a descobrir a verdade biológica imutável que deve proporcionar a certeza jurídica⁷⁵⁵, isto é, que a mãe e o pai, juridicamente, reconhecidos, sejam, realmente, os progenitores, os pais biológicos do filho, ou, dito de outro modo, que não sejam considerados como pais jurídicos pessoas que não foram os progenitores dos filhos, com a faculdade de ser corrigido um resultado falso, através da impugnação da paternidade ou da maternidade estabelecidas que não correspondam à paternidade biológica ou à maternidade biológica⁷⁵⁶.

⁷⁵² Zeno Veloso, *Direito Brasileiro da Filiação e da Paternidade*, São Paulo, Malheiros, 1997, 13.

⁷⁵³ Luís Paulo Cotrim Guimarães, *A presunção da paternidade no casamento e na união estável*, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2002, 366.

⁷⁵⁴ Taisa Maria Macena de Lima, *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, Editora IOB, jun/2002, 144.

⁷⁵⁵ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, II, T I, ..., citado, 34.

⁷⁵⁶ Os exames científicos com vista a demonstrar os vínculos biológicos da filiação podem ser obtidos dentro de um processo ou fora de um processo judicial, ou seja, podem ser realizados, a pedido de um particular, no Instituto Nacional de Medicina Legal, ou num laboratório público ou privado, na sequência do disposto pelo artigo 29º, nº 1, do DL nº 11/1998, de 24 de janeiro.

Em França, por iniciativa do Conselho Nacional de Ética, recomendou-se que os exames de investigação de paternidade só pudessem ter lugar, no quadro de um processo judicial, sendo que a sua realização fora destes parâmetros ficava incursa, no âmbito de aplicação do artigo 16-11, do Código Civil, e do artigo 226-28, do Código Penal, Guilherme de Oliveira, *Implicações jurídicas do conhecimento do genoma humano*, Temas de Direito da Medicina, Coimbra, 2ª edição aumentada, Coimbra Editora, 2005, 125 e nota (25).

Porém, para o sistema jurídico português, a coincidência entre a verdade biológica e a verdade jurídica, mais do que para outros sistemas jurídicos, e bem assim como para o sistema jurídico nacional anterior à Reforma de 1977, traduz a intenção da sua submissão, quase, exclusivamente, à realidade biológica, por entender que este é o único interesse a defender, sem mostrar respeito por outros interesses, designadamente, o interesse concreto do filho, o interesse de não perturbar a “paz das famílias”, ou a estabilidade sócio-afetiva de uma relação jurídica que não tenha fundamento em vínculos biológicos⁷⁵⁷.

O Direito da Família português anterior à Reforma de 1977, relativamente ao estabelecimento da maternidade das mulheres casadas, seguia o modelo de que a maternidade era uma decorrência do puro facto biológico que é o parto, razão pela qual os filhos nascidos de mulheres casadas, na constância do matrimónio das mães, tinham de ser considerados como filhos legítimos delas e dos respetivos maridos, através de uma presunção de paternidade, sem possibilidade de realização de qualquer declaração, em sentido contrário⁷⁵⁸, nos termos das disposições combinadas dos artigos 1807º, do CC, na sua versão originária, e 142º, do CdRC67.

Já quanto ao estabelecimento da maternidade das mulheres solteiras, o direito nacional, de, então, seguia o modelo de que o parto e o estatuto jurídico da maternidade não se encontravam, indissolúvelmente, interligados, esperando-se, após o nascimento do filho, por um ato jurídico autónomo de perfilhação da mãe, que não assumia o estatuto jurídico correspondente, de forma automática, mas, tão-só, em consequência do parto, pelo que se não praticasse o ato de perfilhação, aquando do registo de nascimento, seguir-se-ia um processo oficioso de estabelecimento da maternidade, em consonância com o estipulado pelo artigo 1841º e seguintes, do CC de 1966/67⁷⁵⁹.

Após a Reforma de 1977, o regime do estabelecimento da maternidade assumiu uma vertente, marcadamente, biologista, seguindo o modelo germânico da

⁷⁵⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, T I, ..., citado, 53.

⁷⁵⁸ Era possível, porém, fazer declaração contrária à legitimidade do filho nascido dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento da mãe, atento o disposto pelos artigos 1807º, nº 1, parte final, e 1803º, nº 1, ambos do CC, na sua versão inicial.

⁷⁵⁹ Mas, se a declaração de nascimento, com indicação do nome da mãe, tivesse sido feita pelo diretor do estabelecimento oficial de saúde ou de assistência em que tivesse ocorrido o parto, ou pelo médico que tivesse assistido ao parto, a maternidade considerava-se, automaticamente, estabelecida, sem necessidade de qualquer consulta à mulher indicada como mãe, atento o que se dispunha no artigo 1843º, nº 1, do CC, na sua versão originária.

responsabilização absoluta da mãe pelo facto do parto, porquanto a maternidade resulta do facto do nascimento, por força do preceituado pelo artigo 1796º, nº 1, do CC, sem necessidade de um ato subsequente de perfilhação, quer em relação a filhos de mulheres casadas, quer quanto aos filhos de mulheres solteiras.

De facto, em homenagem ao princípio do respeito pela verdade biológica, a maternidade e a paternidade tendem, cada vez mais, a ser consideradas como factos naturais que são levados ao registo, por meio de declarações de ciência, sem intermediação da vontade negocial, pelo que a maternidade resulta sempre do facto do nascimento, a paternidade do marido não é tanto um efeito do casamento, como um simples facto presumido de ter ocorrido na sua pendência, de acordo com a regra do “*id quod plerumque accidit*”, e a perfilhação pelo pai uma declaração de ciência que o progenitor tem o dever de levar ao registo⁷⁶⁰.

Constituiu-se, assim, um regime unitário biologista não diferenciador do estado civil da mãe, assente, portanto, no princípio da responsabilidade absoluta da declaração de maternidade no registo do nascimento, pelo facto do parto, afastando-se a anterior distinção entre o estabelecimento da maternidade da mulher casada, resultante do facto biológico do parto, e o estabelecimento da maternidade da mulher não casada, realizado por ato jurídico autónomo de perfilhação da mãe, passando o estabelecimento da filiação, relativamente à mãe, independentemente, do seu estado civil, a resultar do facto biológico do nascimento, atento o preceituado pelo artigo 1796º, nº 1, do CC⁷⁶¹.

O pendor, fortemente, biologista do Direito da Família alemão confere aos filhos concebidos, por inseminação com dador, o direito constitucional de investigar a identidade do progenitor, ao passo que, noutros sistemas jurídicos, já se entende que a realidade biológica não é o único interesse que justifica a tutela do Direito.

Assim, o Direito da Família francês impede que os filhos conheçam a identidade do dador, com a intenção de proteger a família constituída e o pai afetivo que desempenha o papel social respetivo, ao passo que a mulher que tem o parto não se torna,

⁷⁶⁰ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, T I, ..., citado, 71.

⁷⁶¹ Guilherme de Oliveira, Estabelecimento da Filiação, ..., citado, 7 e ss.; Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 393; Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, Tomo I, ..., citado, 58 e ss.

necessariamente, mãe jurídica do filho, respeitando-se a sua vontade de poder não querer assumir o estatuto de mãe⁷⁶².

No Direito da Família italiano, a perfilhação de filho já reconhecido por um progenitor não é um ato livre, porquanto está sujeita à oposição do primeiro, na lógica de que um segundo reconhecimento pode prejudicar os interesses concretos da estabilidade do filho.

Porém, o aparecimento, nos últimos vinte anos, de novos modelos de família, associados a novas formas de parentalidade, como acontece, nos casos das famílias recombinadas ou pluriparentais resultantes das sucessivas opções de vida dos seus progenitores, das famílias homossexuais ou daquelas em que um dos progenitores é transexual, reclama a tutela do Direito, com vista à proteção dos direitos fundamentais dos seus membros.

A eliminação das diferenças de tratamento jurídico, no que concerne à filiação, e a emergência da figura da «parentalidade sócio-afetiva», no âmbito sócio-familiar, correspondem a transformações sociais, culturais e económicas que se fazem sentir nos diversos quadrantes da vida familiar, que as reformas legislativas refletem e, por vezes, antecipam, nem sempre, incontrovertidamente, com uma finalidade pedagógica⁷⁶³.

Contudo, o reconhecimento normativo ou jurisprudencial da importância da figura da «parentalidade sócio-afetiva», na realização do princípio do superior interesse da criança, a que alude o artigo 3º, da CDC, tem conhecido, no ordenamento jurídico nacional, a resistência imposta pelo paradigma biologista do nosso Direito da Filiação que, de modo não despidendo, “confortado pela crescente praticabilidade que lhe foi emprestada pelos progressos laboratoriais”⁷⁶⁴, permitiu a eliminação da desigualdade de tratamento jurídico introduzida pelo CC, entre as várias categorias de filhos existentes, anteriormente, à Reforma Constitucional de 1977.

A propósito dos efeitos da filiação, é marcante a preocupação legislativa em afastar a discriminação entre o estatuto dos filhos nascidos dentro e fora do casamento, com assento no preceito fundamental do artigo 36º, nº 4, da CRP, o qual, não obstante, não obviou à sobrevivência de alguns estranhos "especificismos" de regime, nomeadamente, o

⁷⁶² Rainer Frank, La signification diferente attaché a la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille, *Revue International de Droit Comparé*, 1993, 635 a 655.

⁷⁶³ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, ..., citado, 190.

⁷⁶⁴ Guilherme de Oliveira, *O sangue, os afectos e a imitação da Natureza*, ..., citado, 12.

que consta do dispositivo do artigo 1883º, que estatui não poder "o pai ou a mãe (...) introduzir no lar conjugal o filho concebido na constância do matrimónio que não seja filho do seu cônjuge, sem consentimento deste", ou do artigo 1911º⁷⁶⁵, ambos do CC, que, no seu nº 1, começava por atribuir o exercício das responsabilidades parentais, no âmbito da filiação extramatrimonial estabelecida quanto a ambos os progenitores que não contraíram matrimónio, após o nascimento do menor, vivendo em condições análogas às dos cônjuges, apenas, ao progenitor que tivesse a guarda do filho, para, logo depois, presumir, no respetivo nº 2, que é a mãe que tem essa guarda, só admitindo, por fim, o correspondente nº 3, o exercício conjunto do poder paternal se os progenitores convivessem, maritalmente, e o declarassem, perante o funcionário do registo civil⁷⁶⁶.

Estes dispositivos sugerem a alguma doutrina, inclusive, que a filiação extramatrimonial não corresponderia a uma relação jurídica, estritamente, familiar, mas, meramente, "parafamiliar"⁷⁶⁷, sendo certo, porém, que tais incisos não representam senão meras vicissitudes vivenciais transitórias, e não verdadeiras disparidades substanciais de regime, como se concluiria das situações quase paralelas, ocoríveis após a extinção do vínculo matrimonial, nomeadamente, no caso de divórcio, face ao que se dispunha nos artigos 1905º e seguintes, e da separação de facto, conforme constava do artigo 1909º, todos do CC⁷⁶⁸.

A necessidade social de preservação do núcleo familiar, ou melhor, de proteção do património da família, conduziu à discriminação negativa que imperava nas categorias classificativas dos filhos, em naturais, ilegítimos, espúrios, adulterinos e incestuosos, que apresentavam como critério único de referência a circunstância de a prole haver sido gerada, dentro ou fora do casamento, isto é, de proceder ou não de «justas núpcias dos genitores»⁷⁶⁹.

A situação conjugal ou desvinculada do pai e da mãe refletia-se na catalogação ou identificação dos filhos, conferindo ou subtraindo não só o direito à identidade, mas, também, o direito à própria sobrevivência, porquanto, de acordo com a primitiva versão do

⁷⁶⁵ Este, na redação anterior à instituída pela Reforma de 2008.

⁷⁶⁶ Acórdão do STJ, de 04-03-2008, CJ (STJ), Ano XVI, T1, 143.

⁷⁶⁷ Antunes Varela, *Direito da Família*, 1º volume, ..., citado, 32 a 35.

⁷⁶⁸ Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, Relatório, Suplemento da Revista da FDUL, Lisboa, Lex, 1996, 119.

⁷⁶⁹ Clóvis Bevilacqua, *Direito da Família*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1917, 327.

artigo 1860º, em relação aos filhos nascidos fora do matrimónio, apenas, nas hipóteses nele tipificadas, isto é, posse de estado, carta ou escrito do pretense pai, convivência notória, violência e sedução, é que as pessoas aludidas, nos artigos 1865º e 1858º, nºs 1 a 3, ambos do CC, gozavam de legitimidade ativa para a propositura de uma ação de investigação não oficiosa de «paternidade ilegítima».

Deste modo, os filhos nascidos fora do casamento, adulterinos ou naturais, excetuando aquelas situações tipificadas que constituíam pressupostos de admissibilidade da ação, a que importaria acrescentar a prova da existência da paternidade, cujo ónus cabia ao autor, não poderiam ser reconhecidos e, conseqüentemente, ficariam privados do direito a alimentos, mesmo provisórios, atento o estipulado pelos artigos 1856º, 1904º, nº 2, 2020º a 2023º, e, até, seriam portadores de tratamento diferenciado, em matéria sucessória, com base no disposto pelos artigos 2131º, 2133º, a), 2137º, 2139º, nºs 1 e 2, 2140º, 2142º, 2144º a 2146º, todos do CC.

Quanto aos filhos incestuosos, existia, anteriormente, à entrada em vigor do CC, um impedimento, absoluto e permanente, da admissibilidade da sua investigação, sendo certo que, mesmo que o casamento, causa de afinidade, se dissolvesse, por morte ou divórcio, o obstáculo subsistia e o filho continuaria a ser incestuoso, tendo, apenas, direito a alimentos, desde que o facto da paternidade ou da maternidade se achasse provado, em processo cível ou criminal, controvertido entre seus pais ou outras partes, ou, no caso de estupro violento ou de rapto, coincidindo a época do nascimento com a época do facto criminoso, ou, por fim, no caso de sedução praticada com abuso de autoridade ou de confiança, ou com promessa de casamento, correspondendo a época do nascimento com a época da sedução, se o facto tivesse sido, judicialmente, provado, em tudo o mais sendo havidos por, inteiramente, estranhos aos pais e à família destes, em conformidade com o preceituado pelos artigos 52º, 51º, 34º, nºs 3 e 4, e 1º, do Decreto nº 2, de 25 de dezembro de 1910.

Porém, um novo regime surgiu com a entrada em vigor do CC, admitindo-se, agora, a perfilhação e a investigação da «paternidade ilegítima», em relação a um dos progenitores, muito embora se o incesto fosse descoberto, após o reconhecimento da filiação, por ambos os progenitores, a lei impusesse que se decretasse o carácter secreto do registo, em relação a um deles, a requerimento do MP, por força do disposto nos artigos 1825º, 1869º e 1870º, do mesmo diploma legal.

Este critério biológico, associado ao gradual desenvolvimento dos métodos científicos de análise⁷⁷⁰, encontra, porém, como explicação a circunstância de ter servido para eliminar a desigualdade, rigidez e injustiça resultantes da catalogação das várias categorias de filhos, existente antes da Reforma de 1977.

O título do CC referente à filiação foi, aliás, o mais, profusamente, alterado⁷⁷¹, e o princípio da coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica parece ter constituído o fio condutor da Reforma do Direito de Família de 1977, relativamente ao estabelecimento da filiação, sendo certo, outrossim, que, à luz dos novos princípios inscritos na CRP, “outras posições seriam defensáveis, designadamente a que dá prevalência a uma filiação sociológica, com sacrifício da verdade biológica” e que “conduziria em alguns pontos a soluções diferentes das acolhidas na Reforma”⁷⁷².

A ter optado por uma orientação que concedesse prevalência à filiação sociológica, com sacrifício da verdade biológica, com base nos mesmos princípios constitucionais que determinaram a Reforma de 1977, diferentes teriam sido algumas das soluções apresentadas, embora deixasse, então, intocada a maioria das inovações consagradas, em relação ao direito anterior.

A relevância dos factos biológicos é, portanto, determinante na conformação do regime, que se mostra prisioneiro do princípio do respeito pela verdade biológica, de natureza estruturante para o Direito da Filiação português, que deve guiar o intérprete na aplicação das normas e na integração de eventuais lacunas⁷⁷³.

O biologismo, em matéria de Direito da Família e das Crianças, aparece ligado à visão romântica da família unida, sendo o último sustentáculo da família como célula básica e estruturante da sociedade.

⁷⁷⁰ A possibilidade de identificação da verdade genética alcançou um alto grau de certeza, através da realização dos denominados exames de ADN, o que ocasionou uma reviravolta nos vínculos de filiação, desencadeando uma corrida na procura da descoberta da verdade real, em substituição da verdade jurídica, assente, muitas vezes, em presunções legais.

⁷⁷¹ Isabel Magalhães Colaço, *A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, I, Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 31.

⁷⁷² Isabel Magalhães Colaço, *A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois,...*, citado, 34.

⁷⁷³ Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família,...*, citado, 376.

A idealização da família biológica, que remonta ao século XIX, por vezes, arreigada a uma certa cultura judiciária, portadora do desígnio de que “não há pais maus”, que perpassa pelo subconsciente ativo de muitos dos magistrados, pais e mães, contende com o fenómeno que a antropologia social designa por família como “unidade social imaginária, expressa em mitos e rituais de que a nossa vida corrente está tão embebida, que se tornam invisíveis”⁷⁷⁴.

Constituindo o paradigma biologista do Direito de Filiação nacional uma séria reticência ao reconhecimento normativo ou jurisprudencial da importância que a sócio-afetividade familiar deve assumir na realização do superior interesse da criança e do jovem menor⁷⁷⁵, mas, sustentando-se a afirmação do princípio da não discriminação, no domínio da filiação, numa trave biologista, a tentação do seu afastamento, em homenagem aos valores da sócio-afetividade, como critério de vinculação familiar, não obstante a crescente afirmação dos afetos nas relações inter-individuais, terá de representar o reconhecimento de que o padrão biologista já não responde, plenamente, às exigências fundamentais do Direito da Filiação.

Na verdade, o padrão, essencialmente, biologista do Direito da Filiação nacional, ou, melhor dito, talvez, paritariamente, biologista, deveria desenhar válvulas de escape que evitassem fundamentalismos perniciosos derivados de um biologismo, «à outrance», o que aconteceu com um certo «sociologismo» capaz de proteger, de algum modo, a estabilização das relações sociais constituídas, e que se traduziu num reforço do relevo dado à posse de estado.

Defendendo a biologia a verdade da linhagem do parentesco, da árvore genealógica familiar, a afetividade consubstancia a expressão da verdade da realidade familiar que a Lei não pode ignorar, antes deve acautelar e promover.

Os avanços científicos permitiram a manipulação biológica e, com ela, a divulgação da utilização de uma panóplia de métodos reprodutivos, como a PMA, homóloga e heteróloga, a cessão do útero, a comercialização de óvulos ou espermatozóides, a locação

⁷⁷⁴ John Gillis (1996), Signe Howell, Changes in Moral Values About the Family, Adoption Legislation in Norway and the US, Berghahn Books, 2006, 149.

⁷⁷⁵ Estipulando o artigo 3º, nº 1, da CDC, que “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta”.

do útero e a clonagem, que tornaram mais complexo o estabelecimento dos vínculos de parentalidade⁷⁷⁶.

Perante essa nova realidade, impõem-se novos referenciais, pois que, não mais se pode buscar, quer na verdade jurídica, quer na realidade biológica, a identificação de todos os vínculos familiares, sendo certo que a coincidência genética deixou de ser um dos pontos fundamentais da análise dos vínculos familiares⁷⁷⁷.

Na verdade, a resposta não pode ser encontrada, exclusivamente, no campo genético, pois que situações fácticas idênticas reclamam soluções jurídicas, substancialmente, diversas⁷⁷⁸.

Porém, o princípio da não discriminação, em matéria de filiação, assente sobre os dados objetivos da Biologia, de importância fundamental num determinado período da História Social, começou a sentir a concorrência e a sofrer a erosão da «parentalidade sócio-afetiva», como critério de vinculação familiar, como forma de adequação à família “de afeto e de cuidados”⁷⁷⁹ que compõe o imaginário do século XXI.

A família, como a imediata substancialidade do espírito, é, especificamente, caracterizada pelo amor, que é o sentimento do espírito da sua própria unidade⁷⁸⁰.

Porém, a nova cultura de garantia efetiva da convivência familiar só será alcançada, a partir da alteração do paradigma da proteção jurídica, em prol da criança e do adolescente, de acordo com o princípio da proteção integral, de modo a que estes sejam considerados os principais sujeitos de direito das relações jurídico-familiares.

Na verdade, a afetividade invadiu a ciência jurídica, extravasando os círculos da psicologia e da sociologia, imbuindo a família sócio-afetiva dos mesmos desígnios da família biológica, com a preponderância dos vínculos do amor e do afeto, fazendo sobressair, com o advento da família afetiva contemporânea, o novo modelo da família, assente no

⁷⁷⁶ A afirmação do princípio do respeito pela verdade biológica não exclui que se tenham aberto exceções, dando-se relevo ao critério da vontade, no âmbito da procriação, medicamente, assistida, Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 374 a 376, 393 e 394 e 456 e ss.

⁷⁷⁷ Daltrozo Maidana, O Fenómeno da Paternidade sócio-afectiva: a filiação e a revolução da genética, in www.idffam.com.br

⁷⁷⁸ Assim, quanto à tentativa de identificação do pai com o cedente do espermatozoide ou da mãe com a doadora do óvulo, a locadora do útero ou a utente do óvulo e do útero de outras mulheres para gerar o filho, sem fazerem parte do processo procriativo.

⁷⁷⁹ Rita Lobo Xavier, Responsabilidades parentais no séc. XXI, Lex Familiae – RPDF, Centro de Direito da Família, nº 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 18.

⁷⁸⁰ Georg Friedrich Hegel, Filosofia do Direito, Clarence Morris (org.), Os Grandes Filósofos do Direito, São Paulo, Martins Fontes, 2002, 314 e 315.

consentimento da vontade dos pais e dos filhos, e não já na coerção da vontade dos primeiros sobre os últimos⁷⁸¹.

O princípio da coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica vigora, igualmente, em matéria de impugnação da maternidade, sobrepondo-se a verdade biológica às exigências de segurança e estabilidade das relações familiares existentes e bem assim como ao interesse em proibir que, em detrimento da solução voluntarista-negocial, a declarante e falsa mãe, atuando sob a égide do «venire contra factum proprium», de acordo com o disposto pelo artigo 1807º, do CC, venha, através de uma ação de impugnação, a negar a paternidade falsa que, conscientemente, declarou.

Por sua vez, a mulher casada goza da faculdade de declarar no registo que o filho não é do marido, eliminando-se a presunção de paternidade do marido da mãe, embora a concepção ou o nascimento do filho se tenham verificado durante a constância formal do casamento, ilidindo a presunção «pater is est...», atento o preceituado pelos artigos 1832º, nº 1, 1826º e 1835º, e o pretense pai não fica vinculado à declaração emitida, não perdendo o marido que regista o direito de impugnar a paternidade do filho, com base no estipulado pelos artigos 1839º e 1840º, ou o perfilhante de complacência a legitimidade para impugnar a perfilhação, por esta não corresponder à verdade, com base no preceituado pelo artigo 1859º, nºs 1 e 2, todos do CC.

Deste modo, em vez de se impor a paternidade presumida, permitiu-se que, em nome do interesse prevalente da verdade biológica, pudesse ficar estabelecida a maternidade da mulher casada, sem a correspondente menção da paternidade do marido, sendo que, atualmente, por força do preceituado pelo artigo 1832º, nºs 2 e 3⁷⁸², do CC, a mera declaração da mãe é suficiente para fazer cessar a paternidade do marido e desencadear, desde logo, o reconhecimento voluntário da paternidade real, e isto sem prejuízo de algum interessado se propor fazer renascer a presunção, estabelecendo-se, então, um conflito potencial com a paternidade que consta do registo.

Este conflito entre a paternidade resultante de uma perfilhação e a presunção de paternidade do marido que decorre dos artigos 1822º a 1824º, do CC, resolver-se-ia, em favor da presunção marital, rompendo-se com a aplicação estrita e formal do princípio da

⁷⁸¹ Roberta Tupinambá, O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares, O Cuidado como Valor Jurídico, Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2008, 366.

⁷⁸² Na redação do DL nº 273/2001, de 13 de outubro.

igualdade das filiações e da regra da verdade biológica, o que poderá redundar numa ficção, quando o esforço para atingir a verdade dos estados pessoais se instalou no atual Direito da Filiação.

Mas, será ainda a ordem jurídica nacional, coerentemente, biológica, na sua proclamação e nos princípios estruturantes em que assenta?

Não se encontrando estabelecida a paternidade do menor nascido fora do casamento, tem a mãe biológica o direito de decidir do seu destino, consentido na adoção, nos termos do disposto pelos artigos 1981º, nº 1, c) e 1982º, do CC, e 35º, do RJPA, ou confiando-o ao cuidado de terceira pessoa, porque, então, lhe pertence o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, atento o preceituado pelo artigo 1910º, ou, antes, indicando a identidade do pretense progenitor e colaborando, diligentemente, na realização das diligências promovidas pelo MP, no âmbito da instrução do processo de averiguação oficiosa de paternidade, em conformidade com o estipulado pelo artigo 1865º, ambos do CC.

É que o objetivo prosseguido pelo processo de averiguação oficiosa de paternidade é o de garantir a prova do vínculo biológico, no interesse público da fixação do parentesco sanguíneo, com vista ao reconhecimento jurídico do vínculo biológico⁷⁸³.

Por outro lado, na sequência da Reforma do Direito da Adoção, introduzida pelo DL nº 31/2003, de 22 de agosto, consagrou-se que os processos de averiguação e investigação da maternidade ou da paternidade não interrompem a continuidade, isto é, não suspendem o processo de adoção, não revestindo, em suma, carácter de prejudicialidade, face a este, sendo certo, ao invés, que a aplicação da medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção suspende o processo de averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade, nos termos do disposto pelo artigo 38º, nºs 1 e 2, do RJPA.

De todo o modo, considerando que se não suspende o processo de averiguação oficiosa da paternidade, até á prolação da decisão de confiança judicial ou da aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, o aparecimento do progenitor masculino que perfilhe o menor, nos termos do preceituado pelo artigo 1865º, nº 3, no período compreendido entre as seis semanas subsequentes ao parto, período defeso da

⁷⁸³ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, Direito da Filiação, TI, ..., citado, 193 e 194.

prestação do consentimento pela mãe, atento o preceituado pelo artigo 1982º, nº 3, ambos do CC, e a decisão judicial de confiança judicial ou da aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, coloca no fio da navalha o nem sempre fácil relacionamento entre o princípio da verdade biológica e o princípio da verdade dos afetos.

Mas, poderá o sobredito comportamento do progenitor perfilhante fazer presumir o seu desinteresse pelo menor e determinar o não preenchimento dos requisitos da paternidade relacional?

O direito a conhecer a identidade genética da história familiar, o direito à constituição do estado de filho, apesar de não revestir um particular significado para o desenvolvimento imediato do menor⁷⁸⁴, assume natureza constitucional, porque visa a satisfação plena do direito à identidade e à integridade pessoais, de acordo com o disposto pelos artigos 25º e 26º, e do direito ao desenvolvimento da personalidade, atento o preceituado pelo artigo 26º, ambos da CRP, constituindo, simultaneamente, um interesse relevante do filho que, por isso, dispõe da ação de investigação de paternidade, e um interesse público marcante, ligado à organização familiar básica da sociedade.

Por seu turno, não é menos importante o direito da criança de tenra idade e do jovem menor a usufruir de um ambiente de crescimento, saudável e equilibrado, de um direito à sua inserção numa família⁷⁸⁵, ainda com superior dignidade constitucional, sendo certo que a procura da identidade pessoal só surge, em princípio, mais tarde, quando esta necessidade básica do crescimento equilibrado já se encontra satisfeita.

De todo o modo, o Direito Português da Filiação não exclui ao progenitor perfilhante de menor, nascido fora do casamento, direitos parentais, ao nível do consentimento para a adoção, mesmo que seja culposa a sua ignorância quanto à gravidez da mãe, ainda que tal não signifique, necessariamente, o direito de o retirar do ambiente em que tem vivido.

Estando-se ainda no quadro temporal em que o reconhecimento do vínculo biológico opera antes da prolação da decisão de confiança judicial ou da aplicação de

⁷⁸⁴ Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert Solnit, *No Interesse da Criança?*,..., citado, 9.

⁷⁸⁵ Maria Clara Pereira Sottomayor, *A Nova Lei da Adopção, Direito e Justiça*, XVIII, T II, 2004, 252 e 253.

medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, e em que, portanto, ainda se não encontra suspenso o processo de averiguação oficiosa da maternidade e da paternidade, e, por maioria de razão, não foi proferida sentença a declarar o indigitado progenitor pai do menor, no final da respetiva ação ordinária de investigação de paternidade oficiosa, não tendo sido concluído, no tempo decorrido, o processo de confiança, sendo, decerto, demasiado para o menor, não inviabiliza o exercício dos direitos parentais do progenitor.

Conferir à mãe biológica a faculdade de definir, sozinha, o projeto de vida da criança, ainda não, juridicamente, reconhecida pelo progenitor masculino, consentindo na sua adoção ou confiando-a a terceiros, por razões económicas, de saúde, inexperiência ou outras, enquanto se aguarda pela decisão do reconhecimento da paternidade e, simultaneamente, pela decisão do processo da confiança judicial ou da aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, pode significar transformar o presumível elo mais forte do relacionamento do menor, conforme vem pressuposto pelo artigo 1910º, do CC, no agente único das responsabilidades parentais, sem que o progenitor masculino goze, no mínimo, do inerente direito ao contraditório.

É que, sendo a presunção decorrente do princípio jurídico do «pater is est...» aplicável, tão-só, entre pessoas casadas, nem sempre é censurável que o indigitado progenitor queira ser convencido da paternidade, sujeitando-se, nomeadamente, à comprovação dos exames hematológicos, cuja natural demora não deve comprometer o reconhecimento dos seus direitos parentais.

Efetivamente, só o progenitor biológico que assuma a convicção séria e fundada de ser o pai do menor tem o dever jurídico de o perfilhar⁷⁸⁶.

A menos que se pretenda sustentar que ao progenitor masculino resta, apenas, a «porta estreita» do reconhecimento imediato da paternidade, no período que decorre entre o nascimento do menor e as seis semanas subsequentes ao mesmo, em que à mãe está interdito o consentimento para a adoção, para, então, poder inviabilizar o exercício único das responsabilidades parentais pela mesma, porquanto, se o fizer depois, embora ainda antes da decisão judicial da confiança judicial ou da aplicação de

⁷⁸⁶ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, Direito da Filiação, TI,..., citado, 154 a 156.

medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, poder ver bloqueada a invocação dos seus direitos, atento o estipulado pelos artigos 1978º, do CC, e 35º, nº 1, g), da LPCJP.

Só um arrastamento, grosseiramente, culposo do reconhecimento jurídico da paternidade biológica, como acontece quando o indigitado progenitor tudo faz para protelar a sua presença em tribunal e, posteriormente, pretende desequilibrar o ambiente de harmonia em que o menor já vive, no seio da família de acolhimento que o recebeu, por iniciativa da mãe, é suscetível de configurar uma situação de abuso de direito, reveladora de indiferença pelo bem-estar psíquico da criança.

Na verdade, o sistema de proteção de menores faz apelo a normas jurídicas, princípios jurídicos e valores éticos, todos eles indispensáveis à defesa do interesse da criança e do jovem menor, não podendo uma conceção de parentalidade assente, exclusivamente, em critérios biológicos, constituir a resposta a dar, necessariamente, aquelas situações de aparecimento tardio do pai biológico, antes de o processo de adoção se encontrar concluído, que pretende confrontar a mãe biológica com a entrega do recém-nascido a uma família de acolhimento⁷⁸⁷.

Uma noção de parentalidade como responsabilidade contrapõe-se à construção da parentalidade como troca circular de direitos e obrigações que, em vez de fazer apelo à responsabilidade e à relação, acentua, antes, a titularidade e a autonomia, enfatizando o discurso dos direitos, muitas vezes, à revelia do interesse dos menores⁷⁸⁸.

Porém, não é aceitável a construção que defende ser de considerar em perigo, para efeitos da LPCJP, a criança reclamada pelos pais biológicos com quem nunca se relacionou, sob pena de a causa do perigo não ser a omissão dos cuidados vitais à formação daquela, mas antes o aparecimento dos progenitores em cena.

Com efeito, pode bem suceder e acontece, frequentemente, por força dos princípios constitucionais da prioridade e da prevalência absoluta dos interesses da criança, bem como da dignidade da pessoa humana, a preferência da paternidade e da maternidade afetivas, ainda que em detrimento da correspondente realidade biológica, concedendo-se a atribuição da guarda e do direito de visita a pessoas diferentes dos progenitores, mas que

⁷⁸⁷ Thomas H. Murray, Gregory E. Kaebnick, Mark A. Rothstein and Mary Anderlik Majumder, *Three Meanings of Parenthood, Genetic Ties and the Family*, USA, 2005, 30 e 31.

⁷⁸⁸ Katharine T. Bartlett, *Re-expressing Parenthood*, *Yale Law Journal*, 1998, 293 e ss.

tenham consolidado com o menor vínculos sócio-afetivos relevantes para o seu desenvolvimento.

Ao lado da adoção tradicional, que o direito nacional designava como «adoção plena», mas, atualmente, após a alteração legislativa introduzida pelo RJPA, com o desaparecimento da figura da «adoção restrita», denomina como adoção, «tout court», que implica um corte da relação jurídica e humana da criança com a sua família biológica, vocacionada, sobretudo, para a adoção de bebés ou de crianças de tenra idade, tratando-se de um vínculo, em forma de imitação da biologia, «semelhante à filiação natural», como se diz no artigo 1586º, do CC, a «adoção aberta», como alternativa à colocação institucional, permite a essas crianças gozarem de um cuidado personalizado e do afeto próprio de uma família, sem perderem, no entanto, o contacto com a família de origem, nos casos em que tiverem uma memória positiva desta⁷⁸⁹, e aos pais biológicos a possibilidade de obter informações sobre o filho, enquanto forma de assumir uma responsabilidade social pelas crianças⁷⁹⁰.

Porém, este mito da família biológica aparece, historicamente, associado à rejeição da adoção centrada nas motivações dos adotantes, como instrumento da realização dos seus interesses no recrutamento de mão-de-obra barata, em idade infantil, e esta já não é, hoje, manifestamente, a «ratio» proclamada pelo instituto, a qual, segundo os dizeres do artigo 1974º, nº 1, do CC, “...visa realizar o superior interesse da criança e será decretada quando apresente reais vantagens para o adotando, se funde em motivos legítimos, não envolva sacrifício injusto para os outros filhos do adotante e seja razoável supor que entre o adotante e o adotando se estabelecerá um vínculo semelhante ao da filiação”.

Se as decisões que contendem com o acervo das questões que envolvem a regulação do exercício das responsabilidades parentais da criança, nas várias facetas que comporta, ou, tão-só, com a determinação da sua residência, em todos os processos de jurisdição voluntária, não podem ficar, fatalisticamente, prisioneiras de complexos biologistas, também, não devem negligenciar, na procura de qual seja a melhor via de

⁷⁸⁹ Emilio Garcia Garcia, O Caso das Crianças Órfãs Romenas, Somos a Nossa Memória, Recordar e Esquecer,...., citado, 97 e 98.

⁷⁹⁰ Maria Clara Pereira Sottomayor, Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição de pais biológicos, Direito e Justiça, Volume XVI, Tomo I, 2002, 234 a 236.

prosseguir o interesse superior da criança, no âmbito da intervenção condicionada pelo princípio da responsabilidade parental, que os pais assumam os seus deveres, dando-se prevalência às medidas que a integrem na família ou promovam a sua adoção, no quadro da totalidade das outras motivações legítimas que a pluralidade dos interesses presentes, no caso concreto, exige, de acordo com o preceituado pelo artigo 4º, a), f) e h), da LPCJP.

Porém, se a criança convive com uma situação de manifesto desfasamento entre os vínculos genéticos da família biológica e os vínculos afetivos da família sociológica, há que dar prevalência aos critérios sócio-afetivos da parentalidade sobre os biológicos, quando os prestadores destes se mostram desligados da responsabilidade pelos cuidados diários daquela, desde o seu nascimento ou de idade muito precoce, recaindo sobre o Estado a obrigação de criar mecanismos jurídicos que permitam a sua integração na família, desde o momento do nascimento ou, o mais, rapidamente, possível⁷⁹¹.

Assim, a adoção, que “visa realizar o superior interesse da criança”, segundo dispõe o artigo 1974º, nº 1, do CC, “consiste, não na sua identidade biológica ou genética, mas na verdade sociológica ou afetiva por ela vivida”⁷⁹².

Porém, nos processos técnicos de PMA, como remédio para a infertilidade do casal que deseja ter um filho, com gâmetas do casal ou de dador, no caso de infertilidade devida ao marido, a inseminação artificial com espermatozoides de dador é a solução preferida pelo casal, em contraponto à adoção, em virtude de o filho ser, então, «mais seu» do que nesta hipótese, por nascer da mulher e, deste modo, ter metade do património genético do casal⁷⁹³.

Ao fazer referência a que a posse de estado de que o filho beneficia deve existir, na “ocasião do nascimento”, omitindo a referência à sua manutenção ou existência, apenas, no momento da propositura da ação, o legislador nacional não pretendeu tutelar, nesta sede, a paternidade sociológica ou afetiva, mas, tão-só, a paternidade biológica.

⁷⁹¹ Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 18-12-1986, A 112, § 72, www.coe.int; Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26-05-1994, A 290, § 50, www.coe.int; Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27-10-1994, A 297-C, §32, www.coe.int

⁷⁹² Maria Clara Pereira Sottomayor, Adopção ou o direito ao afecto, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-11-2004, Revista 04A3795, www.dgsi.pt, ScientiaIvridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, nº 301, Janeiro/Março de 2005, Braga, 2005, 129.

⁷⁹³ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, Tomo I, ..., citado, 263.

Deste modo, a posse de estado deve existir, apenas, no momento do nascimento, embora se deva prolongar durante um lapso de tempo suficiente para a consolidação dos seus elementos constitutivos – reputação e tratamento pelos pais e reputação pelo público -, razão pela qual a ausência de posse de estado atual não obsta ao restabelecimento da presunção de paternidade⁷⁹⁴.

Assim sendo, ao fazer reportar a posse de estado, exclusivamente, ao momento do nascimento, afastando a intenção de tutelar uma realidade sócio-afetiva, posteriormente, consolidada, o legislador nacional não permite a evolução interpretativa do conceito de posse de estado, construída a partir do artigo 1605º, § 2º, do CCB, extraída da expressão “veementes presunções resultantes de factos já certos”, sem embargo dessa realidade conceitual se poder prolongar, para além da ocasião do nascimento, de modo a permitir a solidificação dos elementos constitutivos consagrados pelo artigo 1831º, nº 2, a) e b), do CC, ou seja, a reputação e tratamento como filho pelos pais e a reputação como tal pelo público⁷⁹⁵.

Na ausência de posse de estado consolidada, durante um certo lapso de tempo, deveria privilegiar-se a verdade biológica e anular-se o registo, quer na hipótese de impugnação da perfilhação, quer de negação da anulação do registo, pois que a manutenção de um falso vínculo de filiação não corresponde ao melhor interesse do filho, que conservará uma paternidade que não é biológica, mas que, igualmente, terá deixado de ser afetiva, porquanto o progenitor complacente pretende impugná-la, encontrando-se preso à mesma, contra a sua vontade, muito embora a destruição do vínculo assente na sócio-afetividade possa implicar sérias desvantagens para o mesmo, a nível emocional, social, afetivo e patrimonial⁷⁹⁶.

Por seu turno, o CC mostra-se, continuamente, fiel à sua génese biologista, como decorre da recente alteração legislativa introduzida ao artigo 1842º⁷⁹⁷, relativamente

⁷⁹⁴ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito de Família, II, TI, ..., citado, 114 e 115.

⁷⁹⁵ Acórdão do STJ, de 21-5-1998, Pº nº 98B334, www.dgsi.pt.

⁷⁹⁶ Foi rejeitada a pretensão de reconhecimento da existência de filiação sócio-afetiva com a declaração de herdeira única dos tios da requerente que, órfã desde os dois anos, foi criada pelos mesmos, como se fosse filha, mas que a não adotaram, com o fundamento de que inexistia a filiação sócio-afetiva, porque a paternidade sócio-afetiva não havia sido declarada, espontaneamente, pelos pais de criação, em vida, Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 292.657.4/9; Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0382.06. 064486-3/001, www.tjrs.jus.com.br

⁷⁹⁷ Na redação da Lei nº 14/2009, de 1 de abril.

aos prazos de caducidade das ações de impugnação de paternidade presumida, por não se haver considerado o conceito de «posse de estado», não se tendo imposto limitações à impugnação da paternidade do marido, em matéria de prazos de caducidade e de legitimidade ativa, no caso de existir um vínculo sócio-afetivo paterno-materno-filial, denunciado pela existência de posse de estado.

Com efeito, segundo dispõe o artigo 333º, do CCF⁷⁹⁸, na hipótese de existir posse de estado, gozam de legitimidade para a propositura da ação de impugnação de paternidade, apenas, o filho, o pai ou a mãe, e a pessoa que reclama ser o verdadeiro pai, no prazo de cinco anos, após a data em que tenha cessado a posse de estado ou da morte do pai, cuja paternidade é contestada, não sendo admissível a impugnação da filiação quando a posse de estado durou já cinco anos, a contar do nascimento ou da perfilhação, se tiverem ocorrido, posteriormente, com exceção da situação da ação proposta pelo MP.

Se não existir posse de estado, a ação de impugnação de paternidade pode ser proposta, por qualquer interessado, no prazo de dez anos, a contar do estabelecimento da filiação, de acordo com o preceituado pelo artigo 334º, por remissão para o artigo 321º, ambos do citado CCF.

Por sua vez, o artigo 137º, do CCE, consagra a solução, segundo a qual inexistindo posse de estado, o direito de impugnação de paternidade pelo filho é imprescritível.

XI.2. A sócio-afetividade como novo modo de estabelecimento da filiação e a desbiologização da paternidade como um novo facto cultural

A família está submetida a uma nova ordem ética e moral que determina os referenciais teórico-jurídicos que condicionam as decisões legislativas e judiciais, sucedendo às normas que mantinham padrões de conduta em que a família, constituída, unicamente, pelo casamento, que era o único reduto lícito das relações interpessoais perante a sexualidade, os novos paradigmas da modernidade, que convoca a matéria dos direitos fundamentais, que colocam a liberdade em confronto com a paternidade responsável.

Para erigir a sócio-afetividade como bandeira da relação paterno-filial, apta a proteger os “melhores interesses da criança”, garantir “o direito de conhecer a ascendência genética” e “coibir interesses patrimoniais imorais”, adota-se a doutrina dos conceitos

⁷⁹⁸ Na redação da Lei nº 2009-61, de 16 de janeiro de 2009.

jurídicos determinados pela função, com vista a conferir respostas legais a problemas concretos que ficariam insolúveis se dependessem, unicamente, de normas abstratas⁷⁹⁹.

O paradigma jurídico tradicional, baseado na presunção de que a realidade biológica legitima a vida de relação, tem conduzido, frequentemente, ao privilégio dos laços de sangue sobre os “virtuosismos” parentais, originando uma confusão recorrente entre os conceitos biológicos de pai e de mãe e o conceito sociológico de progenitor.

Se, por via de regra, a função de progenitor consolida o exercício parental, nem sempre um pai progenitor confere à gestação de uma criança um papel indispensável ao exercício da parentalidade, sendo certo, também, que, muitos progenitores, apesar dessa condição, não se revelam competentes para ser pais.

Com efeito, os desempenhos parentais de um dos pais, servindo, num determinado momento, «a priori», de garantia da atribuição da guarda judicial, em função do exercício do poder paternal, não podem constituir um interminável aval de boa conduta parental futura⁸⁰⁰.

A parentalidade tem sido definida, no discurso judicial, no quadro da guarda das crianças, com base, unicamente, em critérios biológicos, através da ideia de titularidade e de direitos individuais, criadora de uma conceção individualista da função parental, como posse da criança ou como ato de poder, incentivadora da propensão dos pais para o egocentrismo.

Porém, o conceito de parentalidade deve ser antes construído com base em critérios de responsabilidade e de relação⁸⁰¹, não revelando, apenas, critérios biológicos na decisão das disputas sobre a guarda das crianças, mas, igualmente, critérios fundados na relação adulto/criança e na assunção de responsabilidades pelo seu bem-estar, como parentalidade relacional, que acentua a responsabilidade do adulto na relação com a criança, e que reconhece a esta a qualidade de sujeito, titular de direitos fundamentais⁸⁰².

⁷⁹⁹ Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3ª edição, tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 686 e ss.

⁸⁰⁰ Eduardo Sá, *O Poder Paternal*,..., citado, 65 a 67.

⁸⁰¹ Katharine T. Bartlett, «Re-expressing Parenthood»,..., citado, 298.

⁸⁰² Maria Clara Pereira Sottomayor, *Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva*,..., citado, 24, 32, 34 e 37.

A crescente expressão da afetividade nas relações interpessoais, no âmbito familiar, encontra a sua magnitude, na doutrina e jurisprudência brasileiras, que fundam o vínculo paterno-materno-filial, exclusivamente, no afeto, convertendo o critério sócio-afetivo num novo modo de designação do estabelecimento da filiação e a desbiologização da paternidade num novo facto cultural⁸⁰³.

A sócio-afetividade, como critério de estabelecimento da filiação, apresenta, como expoentes referenciais, a adoção, a posse de estado de filho, a família monoparental, a recombinação familiar, as novas técnicas de PMA, a «adoção à brasileira» e a multiparentalidade.

A parentalidade sócio-afetiva encontra o seu substrato legal, no artigo 1605º, corpo, e seu § 2º, do CCB⁸⁰⁴, entendendo a jurisprudência brasileira que a expressão “fatos já certos” deve ser interpretada, por referência à relação sócio-afetiva estabelecida entre a criança e o pai que, socialmente, desempenha esse papel e como tal é reputado pela família e pela sociedade, muito embora o mencionado dispositivo legal respeite à filiação havida na constância do matrimónio e a respetiva «ratio legis» fosse a de comprovar a filiação biológica não documentada⁸⁰⁵.

Para esta corrente de pensamento, que tem subjacente a doutrina de que a herança genética não é a única forma de criar o vínculo da filiação, que pode constituir-se, igualmente, através do “cordão umbilical do amor”⁸⁰⁶, dever-se-á dar prevalência, em caso de conflito, à verdade sócio-afetiva, em relação à verdade biológica, pelo que todas as ações que contendam com os vínculos da filiação têm uma causa de pedir complexa e, assim, nas ações de reconhecimento da filiação biológica, não é suficiente, para a realidade judiciária brasileira, demonstrar a verdade biológica, sendo ainda necessário comprovar a inexistência

⁸⁰³ João Baptista Vilella, A Desbiologização da Paternidade, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Ano XXVII, nº 21, 1979, 401 a 419.

⁸⁰⁴ Ao dispor que “[n]a falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito (...) quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

⁸⁰⁵ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, 328, 333 e 334; Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 30-09-2010, Apelação Cível com Revisão nº 643294-4/4-00, <http://www.tj.sp.gov.br/>

⁸⁰⁶ Belmiro Pedro Welter, Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial, publicado em 25 de Setembro de 2005, http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=611

da verdade afetiva, isto é, que o autor não goza da posse de estado de filho de outrem, ou seja, que não é filho não biológico de ninguém⁸⁰⁷.

Esta posição doutrinária e jurisprudencial faz depender da prova da posse de estado a procedência das ações de estabelecimento da filiação, e bem assim como a improcedência das ações negatórias de paternidade ou das ações anulatórias de registo.

A afirmação do caráter tripartido do estabelecimento da filiação, objetivado no critério biológico [verdade do sangue], no critério jurídico, fundado na presunção legal, e no critério afetivo [verdade do coração]⁸⁰⁸, conferindo prevalência a este último e proclamando a desbiologização da paternidade, constitui uma inferência arrojada, no quadro do ordenamento jurídico nacional, portador de uma matriz, essencialmente, biologista, que, não obstante, impediu uma deriva desigualitária e discriminatória do Direito da Filiação.

Contudo, pese embora a verdade biológica ainda ser a “mais verdadeira”⁸⁰⁹, ou, então, dito de outro modo, a menos imprevisível, que busca a coincidência entre o Direito e as realidades do sangue, em vez de procurar garantir, a todo o custo, o estatuto de filho “legítimo” e um certo entendimento da “paz das famílias”, onde pontua o direito do filho ao apuramento da paternidade biológica, reflexo do valor constitucional absoluto do direito fundamental à identidade pessoal, na vertente de se saber de onde se vem, ou de quem se vem, a que se reportam os artigos 25º, nº 1 e 26º, nº 1, ambos da CRP, reconhece-se a importância da segurança, estabilidade e consistência efetiva das relações familiares, de um vínculo de filiação “social”, de um vínculo que se exprima por «posse de estado», apesar de lhe faltar o fundamento biológico, enfim, de um vínculo de parentalidade sócio-afetiva⁸¹⁰.

Mas isto, na perspetiva da realidade do ordenamento jurídico nacional, não deixa de traduzir alguma perplexidade, como já se disse, depois da proclamação constitucional do princípio da não discriminação, em matéria de filiação, assente nos avanços científicos da Biologia, com o inequívoco acento tónico conferido pelo artigo 1859º,

⁸⁰⁷ Mara Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, 326, 346 e 347; Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 13-06-2007, Apelação Cível nº 70018506303, <http://www1.tjrs.br/site/>

⁸⁰⁸ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ..., citado, 322.

⁸⁰⁹ Jean Carbonnier, Droit Civil, 11ª edição, T2, Paris, PUF, 1979, 317 e 318.

⁸¹⁰ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito de Família, II, TI, ..., citado, 137 e 190; Acórdão do STJ, de 25-03-2010, Revista nº 144/07.8TBFVN.C1.S1, www.dgsi.pt.

nº 1, do CC⁸¹¹, que o princípio do biologismo seja suplantado pelo critério da sócio-afetividade, tornado dominante como referencial de vinculação familiar.

Porém, o ordenamento jurídico português confere tutela à parentalidade sócio-afetiva, porquanto, a relação de filiação não decorre, apenas, da transmissão de material genético, mas, também, do convívio social e afetivo que se estabelece entre pai, mãe e filhos.

Com o advento deste novo figurino da família afetiva contemporânea, em resultado da transição do modelo da entidade familiar tradicional, e com o avanço do ideário da despatrimonialização do Direito da Família, a imposição dá lugar ao consentimento e o campo afetivo prevalece sobre a vertente material.

O centro da tutela constitucional deixou de se restringir ao casamento, deslocando-se para outras fontes de relações familiares, e a proteção da instituição familiar, enquanto centro de produção e reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e económicos, deu lugar à tutela jurídica da família, como núcleo intermédio de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade dos seus membros⁸¹².

A família contemporânea, convertida em centro privilegiado de relações afetivas⁸¹³, é um lugar de afeto, dependendo a qualidade do mesmo da potencialidade afetiva da pessoa que cuida da criança, no dia-a-dia, que acompanha os seus sonhos e vive as suas alegrias⁸¹⁴.

Na verdade, tratando-se de crianças, “a família terá de ser mais do que uma rede de vínculos genéticos ou biológicos, devendo comportar em si, também, toda uma reunião ou feixe de afetos, ou seja, sem a presença de uma envolvência afetiva não poderá falar-se da existência de uma verdadeira família”⁸¹⁵.

⁸¹¹ Em que “A perfilhação que não corresponda à verdade (biológica) é impugnável em juízo mesmo depois da morte do perfilhado”, devendo a ação ser proposta pelo MP, nos termos do seu nº 2, parte final.

⁸¹² Eduardo Sá, O poder paternal, ..., citado, 64.

⁸¹³ Chiara Saraceno, Sociologia da Família, Lisboa, Editorial Estampa, Lda, 1997, 122.

⁸¹⁴ Acórdão do STJ, de 30-11-2004, Revista nº 04A3795, SJ, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, 2005, nº 301, Janeiro/Março de 2005, Braga, 2005, 123.

⁸¹⁵ Acórdão do TRC, de 13-02-2007, Pº nº 1337/05.8TBVNO.C1, www.dgsi.pt

A perda de algumas das funções que a família, tradicionalmente, desempenhava foi compensada pela descoberta dos valores da intimidade e da afetividade⁸¹⁶.

Num momento estratégico de mudanças de modelo, desvinculado dos excessos do biologismo e motivado por novos valores sociais, assiste-se ao resgate das relações familiares⁸¹⁷.

Desta forma, a afetividade assume-se como valor jurídico e princípio norteador do Direito da Família e como um dos «descritores» marcantes da sua atual elaboração doutrinária.

É o princípio da afetividade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e “a família...o lugar privilegiado da realização da pessoa”⁸¹⁸, ou não seja o Direito Pessoal da Família, «maxime», em matéria de Direito de Menores e das Crianças, o campo por excelência da intervenção da jurisdição voluntária, em que o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, “devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna”, atento o estipulado pelos artigos 986º, nº 4 e 987º, do CPC, “não se orientando por qualquer conceito abstrato de legalidade ou de justiça pura”⁸¹⁹.

A propósito da determinação do modelo da guarda e do direito de visita, surge a questão da desbiologização da maternidade e da paternidade e da influência dos laços sócio-afetivos no estado da filiação, estabelecendo-se um termo comparativo entre os novos arquétipos familiares e os seus possíveis reflexos na questão do destino do menor, à luz da preservação dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

O conceito jurídico de desbiologização da paternidade contende com a convivência sócio-afetiva do menor com pais não biológicos ou, ainda, com a sua conceção

⁸¹⁶ Maria da Conceição Taborda e Maria do Rosário Ataíde, Conflito parental e regulação do exercício do poder paternal: Da perspetiva jurídica à intervenção psicológica, *Psycologica*, nº 26, Faculdade de Psicologia e de Ciências Sociais da Universidade de Coimbra, 2001, 234.

⁸¹⁷ Tânia da Silva Pereira, *Abrigo e Alternativas de Acolhimento Familiar, O Cuidado como Valor Jurídico*, Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, coordenadores, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, 332.

⁸¹⁸ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família...*, citado, 182.

⁸¹⁹ Alberto dos Reis, *Processos Especiais, II*, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 1982, 400 e 401.

não natural, obtida através de técnicas de reprodução humana, medicamente, assistida, e que, embora distantes entre si, evoluem para o mesmo denominador comum, que é constituído pelo instituto das responsabilidades parentais de génese não biológica.

A realidade fáctica das novas relações sócio-afetivas que decorre do processo de desbiologização da filiação deve ser interpretada, não à luz da família-entidade, mas antes da família-instrumento de busca da felicidade, onde as pessoas se unem, através de laços de afetividade, isto é, à luz da ética da família eudemonista, baseada no sentimento da felicidade, como principal finalidade que preside e justifica todas as ações do homem^{820 821}.

A valorização dos vínculos sócio-afetivos e dos seus reflexos representa uma inequívoca tendência de personificação do Direito da Família, mais baseado na afetividade do que na estrita legalidade, como, desde logo, bem resulta da natureza do processo de jurisdição voluntária, em que se move o instituto das responsabilidades parentais, com prevalência do princípio da equidade, por força do disposto nos artigos 987º e 988º, nº 1, do CPC, e 12º, do RGPTC, que concebe a família como um instrumento de realização e proteção integral do ser humano, preservando, sempre que possível, a dignidade⁸²² da pessoa, em detrimento de meros aspetos formais e procedimentais.

O pensamento decisivo, eufemismo do papel relevante do sentimento, enquanto emoção do jurista, ainda que não relevada ou inconsciente⁸²³, é fator determinante da interpretação do direito aplicável, sob pena de o Direito da Família continuar prisioneiro de preocupações dogmáticas, perdendo a indispensável abertura às mutações sociais⁸²⁴, e comportar soluções impiedosas perante os mais fracos, tal como acontecia com as normas anteriores à Reforma de 1977.

Mas, se o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a adoção do princípio do melhor interesse da criança, este pode conflitar ou sobrepor-se aos próprios interesses dos pais biológicos.

⁸²⁰ Aristóteles, *Ética a Nicómano*, Livro I, O que é o Bem para o homem, Quetsal Editores, 2009.

⁸²¹ O fosso da felicidade parental ou a penalidade da felicidade parental explica-se pelas diferenças nas políticas favoráveis à família, pelo que em países com melhores protocolos, acabava-se com a penalidade da felicidade parental, Meik Wiking, Presidente do Happiness Research Institut, *O Livro do Lykke, Os Segredos das Pessoas mais felizes do Mundo*, 2017, Edições Zero a Oito, 174, que conclui, singularmente, no sentido de que “Todavia, parece que os pais mais felizes se encontram em Portugal”.

⁸²² A dignidade é a característica da coisa que está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, Kant, *Textos Selectos*, edição traduzida, Petrópolis, Vozes, 1974, 77.

⁸²³ Claus Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª edição, Lisboa, Fundação Kalouste Gulbenkian, 32.

⁸²⁴ Pamplona Corte-Real e José da Silva Pereira, *Direito da Família e Direito das Sucessões*, Lisboa, AAFDL, 1995, 16.

Efetivamente, a concepção judicial do melhor interesse do menor tem-se transformado, conduzindo os tribunais a considerar, como critério de decisão, os direitos das crianças e a importância das relações afetivas que estabelecem com os adultos que as cuidam, com a consequente confiança da guarda aos mesmos, ainda que, nem sempre, sem a prova da incapacidade dos pais biológicos, para evitar às crianças o sofrimento imediato da separação e o risco de danos sérios, a longo prazo⁸²⁵.

É que a criança goza do direito ao respeito pelas ligações psicológicas profundas e pela continuidade das relações afetivas significantes⁸²⁶, como parte integrante do seu direito de personalidade, que decorre, diretamente, do direito constitucional ao seu desenvolvimento integral, consagrado pelo artigo 69º, dos direitos à identidade pessoal e ao livre desenvolvimento, de acordo com os artigos 25º e 26º, todos da CRP, e do direito à participação nas decisões que lhe digam respeito, em consonância com os artigos 1878º, nº 2 e 1901º, do CC, 10º, 84º, 103º, 104º, 105º, nº 2, 112º e 114º, da LPCJP, e 12º, da CDC.

E o critério definidor do interesse do menor, enquanto conceito jurídico indeterminado, isto é, carecido de preenchimento valorativo, depende do bom senso do juiz, que se encontra em contacto direto com o caso a decidir, e que se mostra preferível em relação ao recurso a presunções, legais ou judiciais, adequadas a uma maioria dos casos da realidade social, mas que não abrangem a sua totalidade e que, portanto, a não esgotam, não sendo, por isso, a via mais adequada para o prosseguir.

Assiste-se, hoje, na sociedade, de uma forma, deveras, apaixonada e, por vezes, confusa, à mediatização de situações judiciais, com forte carga emocional na comunidade, exponenciando uma pretensa e indistinta supremacia da verdade sociológica sobre a verdade biológica, com a inerente valorização subjetiva do núcleo familiar afetivo de integração, cujo ponto de partida é a comunidade psicológica que representa.

Encontrando-se o afeto, intrinsecamente, ligado ao sentido da família⁸²⁷, importa reconhecer efeitos jurídicos a outras uniões, inclusive, aquelas que ocorrem entre pessoas do mesmo sexo, porquanto estabilizam, muitas vezes, relações duradouras,

⁸²⁵ Claire Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child, a Western Tradition in International and Comparative Law*, The Hague, 2002, 183 a 187.

⁸²⁶ Armando Leandro, *Direito e Direitos dos Menores, síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal*,..., citado, 263.

⁸²⁷ Maria Berenice Dias, *União Homossexual: Aspectos Sociais e Jurídicos*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Doutrina Jurídica Brasileira, nº 4, Jan./Março, 2000, www.direitohomoafetivo.com.br

construindo um património comum com esforço mútuo, criando laços de responsabilidade e assistência que devem ser tutelados pelo Direito⁸²⁸.

Aliás, o legislador nacional ainda não consolidou, inequivocamente, a ideia de que a união de facto, quer heteroafetiva, quer homoafetiva, pode traduzir ou representar um núcleo familiar, pese embora a admissibilidade do direito à adoção que se mostra reconhecido aos respetivos parceiros, sendo certo que esta é, só por si, fonte de relações jurídicas familiares, de acordo com o prescrito pelo artigo 1576º, do CC.

Porém, os efeitos e reflexos de natureza patrimonial decorrentes da união de facto são mais, facilmente, incorporados pelo Direito, quer por admissão da existência de uma sociedade de facto entre o casal, em caso de rutura, por morte, ou, de forma voluntária, incluindo a sua extinção pelo casamento subsequente, quer para fins de atribuição da casa de morada de família ou do regime e de benefícios previdenciários, nos termos do disposto pelos artigos 1º e seguintes, da LUF.

Embora o direito à paternidade e à maternidade sejam construídos, matricialmente, com base na perspetiva biológica em que, fundamentalmente, assenta a nossa ordem jurídica, por se afigurar que a verdade biológica é ainda a “mais verdadeira”, ou, então, dito de outro modo, a menos imprevisível, como já se referiu, não é concebível um sistema jurídico que, embora o não diga, expressamente, não conceda um lugar destacado à verdade sociológica, aos hábitos individuais, familiares e sociais⁸²⁹.

XI.3. A afetividade como valor jurídico e princípio constitutivo das relações interpessoais

A afetividade, em sentido jurídico, é o vínculo que fundamenta as relações interpessoais, podendo implicar a constituição de relações familiares ou para-familiares, demonstrando-se preenchidos outros requisitos, designadamente, a sua notoriedade e carácter duradouro, como acontece com a união de facto, ou com o tratamento como filho pelo pretense pai, do qual podem decorrer, conjuntamente, com o exercício da posse de estado de filho, relações de parentesco de origem não biológica.

⁸²⁸ Maria Cláudia Brauner, *As Novas Orientações do Direito de Família, O Direito de Família: Descobrendo Novos Caminhos*, Canoas, La Sale, 2001, 10.

⁸²⁹ Jean Carbonnier, *Droit Civil*, 11ª edição, T2, Paris, PUF, 1979, 317 e 318.

O incremento da importância do afeto nas relações familiares desenvolveu-se, em paralelismo com a construção da família, desde os tempos primitivos até à época contemporânea.

Nos grupos familiares primitivos, de frequente prática poligâmica tribal, ocorria um impedimento inequívoco ao reconhecimento da origem biológica, através da linha paterna, que tornava irrelevante a existência de um vínculo afetivo ou biológico de paternidade.

Na Antiguidade Clássica, não era imperiosa a supremacia do vínculo de sangue na constituição familiar, porquanto a organização do «pater familias» englobava a esposa, os filhos e outros parentes, para além dos escravos e servos.

Na Idade Média, a sacralização do casamento, fruto de acordos de conveniência entre os senhores feudais da época, impedia o exercício da afetividade fora do matrimónio.

Com a Revolução Francesa, não obstante o casamento continuar a ser uma instituição com o sinal do dogma sacramental da Igreja, e de se manter o princípio da soberania do poder marital, as pessoas passaram a gozar de certa liberdade na escolha dos seus pares, prenúncio do aparecimento, no século XX, de correntes de opinião, como o feminismo e o ideário da apologia do divórcio, que fizeram despontar a ascensão dos afetos nas relações familiares, com incidência na modificação da estrutura familiar, que transitou da família alargada para a familiar nuclear reduzida, a par do desabrochar das uniões de facto, construídas sem as formalidades procedimentais do casamento e sem o paradigma das suas referências formais ou o caderno de encargos da sua constituição.

Assim, estas relações para-familiares, com o impulso do valor da afetividade, foram catapultadas no sentido de fazer valer o princípio do melhor interesse da criança, com a relevância jurídica das situações compreendidas pelo vínculo sócio-afetivo, erigindo-se a afetividade como princípio jurídico, ainda implícito na CRB, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socio-afetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de carácter patrimonial ou biológico”⁸³⁰.

⁸³⁰ Paulo Lôbo, Direito Civil: famílias, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, 70.

Ao contrário da verdade biológica, em que se sustentavam as relações familiares tradicionais, a presença da afetividade pode, inclusive, sobrepor-se ao laço da consanguinidade, uma vez que os verdadeiros pais são aqueles que provêm à formação pessoal das crianças e adolescentes, orientando-os, criando um ambiente de carinho, cuidado, educação e respeito, sendo um instrumento de promoção da dignidade humana, podendo, assim, não coincidir a pessoa do progenitor da criança com a daquele que assume todas essas responsabilidades, e que é o seu verdadeiro pai.

A lei portuguesa defende, como modalidades de filiação, a biológica, a adotiva e a filiação por consentimento não adotivo, sendo a filiação biológica a sua principal modalidade, e as demais as suas modalidades subsidiárias⁸³¹.

Não se consubstancia a afetividade, portanto, em relações, estritamente, biológicas, sem, obviamente, as excluir, mas, apenas, na solidariedade e reciprocidade dos melhores sentimentos que uma entidade familiar pode congrega.

A vida familiar assenta numa série de comportamentos pessoais e realidades psicológicas que, não sendo criados pelo Direito, apesar da sua natureza incoercível, são, juridicamente, relevantes, designadamente “o amor, a amizade, a consciência de se formar um grupo, a confiança, a lealdade, a vida em comum, a solidariedade, uma certa identificação com outros componentes do mesmo agregado, de que o Direito se não pode alhear, atribuindo-lhes efeitos jurídicos”⁸³².

Deste modo, o amor e o afeto são sentimentos a que é de “atribuir valor jurídico”⁸³³, “não se justificando o núcleo familiar sem a presença do afeto”⁸³⁴, sendo “traço dominante na evolução da família, a sua tendência para se tornar um grupo cada vez menos organizado e hierarquizado que cada vez mais se funda na afeição mútua”⁸³⁵, pelo que a presença da afetividade na consecução de projetos de vida, é, na era pós-moderna, a razão

⁸³¹ Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2007, 108 e ss. Em sentido diverso, Carlos Pamplona Corte Real e José Silva Pereira, *Direito da Família - tópicos para uma reflexão crítica*, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2011, 197 e ss. e 206.

⁸³² Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, 158.

⁸³³ Maria Berenice Dias, (coord.), *A família além dos mitos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008, 74.

⁸³⁴ Rodrigo da Cunha Pereira, *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*,..., citado, 188 e 189.

⁸³⁵ Orlando Gomes, *Direito de Família*, 11ª edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense Editora, 1999, 21.

de ser da existência da família⁸³⁶, com a consequente importância do conhecimento da verdade afetiva que fundamenta a construção das entidades familiares deste novo século.

A família, na sua concreta e natural existência no seio da vida social, contém, desde logo, uma ordenação íntima, que a lei não pode deixar de considerar⁸³⁷, procurando conformar as mutações dos paradigmas sociais ocorridos, em que se traduz a natureza institucional do Direito da Família, pois que a família, como facto cultural, é uma instituição que antecede a própria formação do Estado⁸³⁸, sendo “o discurso jurídico que deve captar as alterações ocorridas nas formas dos relacionamentos, e não os relacionamentos que se devem adaptar às categorias jurídicas”⁸³⁹.

Por seu turno, o Direito da Família é, particularmente, permeável às transformações de natureza social, à realidade social e às posições ideológicas, «lato sensu», incluindo visões políticas, religiosas ou concepções de vida laicas e apolíticas, comparativamente, ao que acontece com outros ramos de direito, repercutindo-se as alterações políticas sobrevindas, mais ou menos, rapidamente, em mutações legislativas, muitas vezes, até, em dianteira e ao arpejo do sentimento social reinante, reconduzindo-se o Direito Português atual, no que se refere ao modo da sua conexão com os valores, a uma matriz pluralista, em virtude de “admitir a relevância de diferentes ordens de dever-ser social, dentro de certos limites, que são normalmente definidos pelo pensamento da maioria”⁸⁴⁰.

A ordem jurídica nacional é, não obstante, confessadamente, biologista, entendendo-se o parentesco como entidade, estritamente, biológica, como uma espécie de vínculo, hierarquicamente, mais consistente do que o vínculo sócio-afetivo, porquanto se sustenta não ser possível uma aproximação entre o afeto e o Direito, pois que “à primeira vista, uma ligação estreita entre afeto e Direito da Família revela-se utópica, porque o afecto

⁸³⁶ Paulo Lôbo, Família e conflito de direitos fundamentais, *Lex familiae*, RPDF, Ano 8, nº 16, Jul/Dez 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 32.

⁸³⁷ Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, ..., citado, 159.

⁸³⁸ Luiz Edson Fachin, Família, Vicente de Paulo Barreto (Org.), *Dicionário de Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, 316.

⁸³⁹ Ricardo Lucas Calderón, *Princípio da Afetividade no Direito de Família*, Rio de Janeiro, Renovar, 2013, 19.

⁸⁴⁰ Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016, 53 a 57.

pertence ao íntimo, ao interior, enquanto o Direito visa regular o que é exterior, a vida em sociedade”⁸⁴¹.

XI.4. A qualificação das relações constitutivas de vida familiar pelo Conselho da Europa

O artigo 8º, nº 1, da CEDH, dispõe que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência, acrescentando o respetivo nº 2, que “não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

Com base neste normativo, o TEDH tem defendido que, para efeitos da sua aplicação, a noção de família abrange não, apenas, os laços familiares, «de iure», mas, também, os laços familiares, de facto, em consonância com a fórmula de que «parentesco e critério da efetividade dos laços interpessoais» são iguais a «vida familiar», ou pela combinação do «critério da efetividade dos laços interpessoais» com o «critério da aparência social de uma família»⁸⁴², conduzindo a um movimento de indeterminação, de dilatação e diluição da noção de «vida familiar»⁸⁴³.

Na verdade, a emergência de novas fórmulas de conjugalidade, em concorrência com o casamento, em especial, a união de facto, quer como fase experimental preliminar, quer como alternativa ao matrimónio, quer ainda como nova ligação subsequente ao divórcio ou à rutura de antecedente união de facto, as famílias

⁸⁴¹ Jorge Duarte Pinheiro, *Afecto e justiça no caso concreto no direito da família: utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos?* In: *Estudos em memória do prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Direito Privado, Processual e Criminal, Vol. II*, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Paulo Otero (orgs), Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 334.

⁸⁴² Frédéric Sudre, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'home*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, 20 e ss; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'home*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005, 427 e ss.

⁸⁴³ Frédéric Sudre, *Rapport Introductif – La «construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'home*, Frédéric Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002, 17 e ss.; Vincent Coussirat-Coustère, *La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission de la Cour européennes des droits de l' Home*, Internationalisation des droits de l' Home et évolution du droit de la famille, Dekeuwer-Défossez (avan-propos) /Marie-Thérèse Meulders-Klein (rapport de synthèse), Paris, LGDJ, 1996, 46.

monoparentais, as famílias recombinadas ou pluriparentais, as famílias avoengas, as famílias integradas por um transsexual, com o denominador comum da afetividade, ainda que sem destronar a família tradicional, constituída por pai, mãe e filhos, e assente no casamento, deu, progressivamente, lugar às famílias⁸⁴⁴.

Constituiu-se, assim, um conceito nebuloso de «vida privada e familiar», ao alargar-se, sobremaneira, o âmbito de aplicação do artigo 8º, da CEDH, garante da vitalidade desta disposição convencional⁸⁴⁵, quando, tendo como referência a tutela da vida familiar do casal unido pelo casamento legal e não fictício⁸⁴⁶, com exclusão dos casamentos por conveniência, com o intuito de obtenção da nacionalidade⁸⁴⁷, e dos filhos coabitantes nascidos dessa relação matrimonial, a qual, salvo circunstâncias excepcionais, não pode ser cortada⁸⁴⁸, os seus intérpretes estenderam as fronteiras de proteção deste normativo, afastando-a da singularidade do casamento.

Deste modo, em sintonia com a ideologia das novas ordens jurídicas dos Estados contratantes, o TEDH tem vindo a aderir, gradualmente, a outras formas de convivência afetiva constitutivas de vínculos familiares, para proteger, por exemplo, a «vida familiar» decorrente dos laços familiares factuais que unem uma família natural, em que duas pessoas vivem juntas, estavelmente, fora do casamento⁸⁴⁹, as ligações de paternidade biológica resultantes de uma relação monoparental⁸⁵⁰, biparental⁸⁵¹ ou adúltera⁸⁵², desde que sejam reais, efetivas e interpessoais, mas, também, a relação de um transsexual com a sua companheira e um filho nascido por inseminação artificial⁸⁵³, ou, ao invés, ao proceder a uma progressiva diluição da especificidade do conceito de «vida familiar», quando dispensa

⁸⁴⁴ Susana Almeida, *O Respeito Pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, FDUC, Centro de Direito da Família, n° 14, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, 158 e 159.

⁸⁴⁵ Jean-François Renucci, *Droit européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2002, 154.

⁸⁴⁶ Michel Levinet, *La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des Droits de L'Homme*, RTDH, 15º année, n° 60, 1º Octobre 2004, 889 e 890; Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandi c. Reino Unido, de 28-05-1985, A 94, § 62, www.coe.int

⁸⁴⁷ Decisão da Comissão, de 6-01-1992, sobre a queixa n° 18643/91 de Josefa Benes c. Áustria, www.coe.int

⁸⁴⁸ Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandi c. Reino Unido, de 28-05-1995, A 94, § 62, www.coe.int, em que o Tribunal julgou que, tendo havido casamento, a família merecia proteção, ainda que a vida em comum não tivesse podido estabelecer-se, plenamente.

⁸⁴⁹ Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26-05-1994, A 290, § 44, www.coe.int

⁸⁵⁰ Acórdão Marckx c. Bélgica, de 13-06-1979, A 31, www.coe.int

⁸⁵¹ Acórdão McMichael c. Reino Unido, de 24-02-1995, A 307-B, www.coe.int

⁸⁵² Acórdão Kroon e outros c. Holanda, de 27-10-1994, A 297-C, www.coe.int

⁸⁵³ Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22-04-1997, R97-II, www.coe.int

a tutela da vida privada e familiar de uma minoria que reclama o direito de ter um modo de vida tradicional⁸⁵⁴, ou quando o laço biológico não é suficiente para criar uma família de facto, que deve ser demonstrada por outros fatores⁸⁵⁵.

As relações estabelecidas entre as crianças e as famílias de acolhimento devem ser enquadradas na noção de «vida familiar», porquanto entre aquelas e estas se vão estabelecendo laços efetivos de afetividade, em especial, quando está em causa uma relação mantida durante um longo lapso de tempo⁸⁵⁶.

O TEDH tem certificado a efetividade e constância dos laços interpessoais, como relação constitutiva de vida familiar, em função de determinados fatores, desde logo, o elemento primordial da existência ou inexistência da coabitação⁸⁵⁷, face a um projeto sério de vida em comum, a uma decisão de conceção de uma criança e ao planeamento do casamento⁸⁵⁸, a um divórcio ou ao fim de uma vida em comum, mantendo-se o contacto regular entre pai e filho⁸⁵⁹, ou à falta de vida em comum entre os pais, no momento do nascimento dos filhos, ocorrendo este já depois de decretado o divórcio entre aqueles, com a expulsão do progenitor masculino⁸⁶⁰, à duração da relação⁸⁶¹, ao nascimento de filhos⁸⁶², à dependência financeira⁸⁶³, ao exercício regular do direito de visita ou, até, às simples tentativas da sua realização⁸⁶⁴, ao relacionamento contínuo entre o pai e os filhos nascidos fora do casamento⁸⁶⁵, à presença de outros fatores, para além do laço biológico existente entre o filho e o pai natural não coabitante⁸⁶⁶, às relações que unem os membros de uma

⁸⁵⁴ Acórdão Chapman c. Reino Unido, de 18-01- 2001, R01-I, www.coe.int

⁸⁵⁵ Acórdão Lebbink c. Holanda, de 1-06- 2004, R04-IV, § 37, www.coe.int

⁸⁵⁶ Acórdão Rieme c. Suécia, de 22-04- 1992, A 226-B, § 70, www.coe.int; Keir Starmer, *European human rights law: the human rights act 1998 and the European Convention on Human Rights*, London, Legal Action Group, 1999, 529.

⁸⁵⁷ Acórdão Johnston e outros c. Irlanda, de 18-12-1986, A 112, §§ 56 e 72, www.coe.int; Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 22-04-1997, R 97-II; Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 27-10-1994, A 297-C, § 40, www.coe.int

⁸⁵⁸ Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26-05-1994, A 290 § 45, www.coe.int

⁸⁵⁹ Acórdão Elsholz c. Alemanha, de 13-07-2000, R00-Viii, § 44, www.coe.int

⁸⁶⁰ Acórdão Berrehab c. Holanda, de 21-06-1988, A 138, § 21, www.coe.int

⁸⁶¹ Acórdão X. Y. e Z. c. Reino Unido, de 18-12-1986, A 112, www.coe.int

⁸⁶² Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27-10- 1994, A 297-C, www.coe.int

⁸⁶³ Acórdão Emonet e Outros c. Suíça, de 13-12- 2007, A 112, www.coe.int

⁸⁶⁴ Acórdão Gül c. Suíça, de 19-02-1996, R96-I, www.coe.int

⁸⁶⁵ Carlo Russo, Article 8, § 1º, in : *La Convention Européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article*, Pettiti, Decaux, Imbert (ed.), Paris, Economica, 1999, 305 a 321.

⁸⁶⁶ No Acórdão Haas c. Holanda, de 13-01-2004, R04- I, www.coe.int, afirmou-se que a mera paternidade biológica não supõe, por si só, a criação de vida familiar entre pai e filho, pese embora a presunção nesse sentido que resulta do laço jurídico, se não se demonstrar, adicionalmente, a existência de laços afetivos. Porém, no Acórdão LebbinK c. Holanda, de 1-06-2004, R04 – IV, www.coe.int,

família recombinada ou pluriparental⁸⁶⁷, ou à filiação resultante da utilização de técnicas de procriação artificial heteróloga para a fertilização «in vitro»⁸⁶⁸, mas não já, por exemplo, à filiação que decorre de o dador ter um ténue contacto com a criança, durante o seu período inicial de vida⁸⁶⁹.

Para além do fator primordial da coabitação, criador da relação constitutiva da vida familiar, recorre-se, igualmente, a fatores subsidiários, atinentes à mesma finalidade, já aludidos, designadamente, a duração e intensidade da relação⁸⁷⁰, o nascimento de filhos⁸⁷¹, a dependência financeira⁸⁷² e a tentativa da realização de visitas⁸⁷³.

A jurisprudência do TEDH tem enunciado um conjunto de princípios referentes ao estabelecimento da filiação, “em função dos interesses que latejam nos arestos, com primordialidade para o interesse da criança, e que exprimem um equilíbrio entre a «verdade biológica» e a «verdade sociológica»”⁸⁷⁴, quer defendendo que o simples laço de filiação entre a criança e o seu pai natural constitui, «ipso facto», vida familiar⁸⁷⁵, quer sustentando que o laço biológico não é suficiente para criar uma família de facto, cuja existência deverá ser demonstrada, por outros fatores⁸⁷⁶, como seja, no caso das famílias recombinadas, a coabitação do companheiro com a mãe do menor⁸⁷⁷, quer, por fim, considerando que a relação potencial emergente da adoção constitui vida familiar, sem coabitação ou a

decidiu-se, não obstante o requerente não ter perfilhado, nem vivido com a criança, que existia vida familiar entre o requerente e o filho biológico não reconhecido, porquanto estivera presente, na altura do nascimento, havia-o visitado e mudado fraldas.

⁸⁶⁷ Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28-10-1998, R98-VII, www.coe.int, em que o pai adotante, casado com a mãe biológica, desde os oito meses de idade da criança havia atuado como seu pai e sendo reconhecido por esta como tal.

⁸⁶⁸ Acórdão S.H. e Outros c. Áustria, de 1-04-2010, A 112, www.coe.int

⁸⁶⁹ Decisão da Comissão, de 8-02-1993, sobre a queixa nº 16944/90 de J.R.M. c. Holanda, www.coe.int

⁸⁷⁰ Muito embora a regra da coabitação seja o fator primordial da definição da relação constitutiva de vida familiar, é relevante saber-se se o casal vive junto e há quanto tempo, se demonstrou o seu compromisso pelo facto de terem filhos em comum ou por qualquer outro meio, como se afirma no Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22-04-1997, R97 – II, www.coe.int

⁸⁷¹ Sendo a regra da coabitação o fator primordial da definição da relação constitutiva de vida familiar, não é, porém, «conditio sine qua non» da mesma, como acontece com o facto de os requerentes, não coabitantes, terem quatro filhos, fruto da relação, como foi decidido pelo Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27-10-1994, A 297-C, www.coe.int.

⁸⁷² Numa interpretação restritiva do elemento “dependência”, que se não restringe à dependência emocional, exigindo o elemento material ou económico para aceitar a verificação do critério da vida familiar, encontra-se a decisão do Acórdão Emonet e Outros c. Suíça, de 18-12-2007, www.coe.int

⁸⁷³ No Acórdão Gül c. Suíça, de 19-02-1996, R96-I, www.coe.int, relevou-se como sinal do não rompimento da vida familiar a realização de visitas à Turquia, por parte do requerente, para ver o filho.

⁸⁷⁴ Susana Almeida, O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família, ..., citado, 193.

⁸⁷⁵ Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26-05-1994, A 290 § 45, www.coe.int, citado.

⁸⁷⁶ Acórdão Lebbink c. Holanda, de 1-06-2004, R04-Iv, § 37, www.coe.int

⁸⁷⁷ Acórdão K. e T. c. Finlândia, de 12-06-2001, R01 – VII, §§ 149 e 150, www.coe.int

existência de laços de facto, suficientemente, estreitos entre as crianças adotadas e os pais adotivos, em detrimento do critério da efetividade dos laços interpessoais⁸⁷⁸.

Para o TEDH, a vida familiar compreende não, apenas, a tutela da família nuclear, como, também, a da designada família alargada, desde que sustentada em laços reais, efetivos e profundos, mas com prevalência das relações familiares verticais sobre as horizontais⁸⁷⁹.

Assim, entendeu ser violador do princípio do respeito pela vida familiar, consagrado pelo já mencionado artigo 8º, da CEDH, o impedimento do pai biológico em reconhecer o filho que teve de mãe com casamento anterior não dissolvido, sendo que a lei nacional (holandesa) conferia, tão-só, ao marido da mãe legitimidade para a propositura da acção de impugnação de paternidade, considerando que a realidade biológica ou sócio-afetiva deveria prevalecer sobre a realidade jurídica - presunção legal -, em ordem à integração da criança na família⁸⁸⁰.

O TEDH decidiu ainda haver desrespeito pela «vida privada» quando o requerente se acha impedido de impugnar a presunção de paternidade, dois anos após o nascimento do filho, por não ter descoberto que poderia não ser pai da criança, filha de sua esposa, antes de expirado o prazo de um ano, durante o qual exerceu, inclusive, posse de estado sobre o putativo filho, conferindo prevalência à verdade biológica⁸⁸¹.

Porém, o TEDH não considerou haver violação do artigo 8º, da CEDH, a propósito da recusa da impugnação da presunção de paternidade do marido da mãe de uma criança, intentada pelo companheiro daquela, que com ela vivera e de cujo trato resultou a gravidez, antes do casamento com outro homem, na constância do qual viria a ocorrer o nascimento, considerando o tribunal que o requerente não tinha formado quaisquer laços emocionais, elaborando a sua construção com base no conceito de «vida privada» e não de

⁸⁷⁸ Acórdão Pini, Bertani e outros c. Roménia, de 22-06-2004, R04-V, §§ 146 e 148, www.coe.int

⁸⁷⁹ Donna Gomien, Short guide to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005, 83.

⁸⁸⁰ Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27-10-1994, A 297-C, www.coe.int; Pascaline Georgin, L' action en contestation de paternité au regard de l' article 8 de la Convention européenne des droits de l' home, Revue trimestrielle des droits de l' home, 7ème année, n° 26, 1er Avril, 183 e ss.

⁸⁸¹ Acórdão Shofman c. Rússia, de 24-11-2005; Acórdão Phinikaridou c. Chipre, de 20-12-2007, www.coe.int

«vida familiar», privilegiando a verdade sócio-afetiva, a segurança e estabilidade, em detrimento do estabelecimento da verdade biológica⁸⁸².

Voltou o Tribunal de Estrasburgo a rever-se no critério da verdade sócio-afetiva, em nome do melhor interesse do menor, quando negou ao progenitor de uma criança, nascida fora do casamento, a faculdade do seu reconhecimento voluntário, independentemente, do condicionamento do consentimento da mãe, mesmo após o óbito desta, considerando que a autoridade nacional sindicada não o privou, em absoluto, de estabelecer vida familiar com a criança, já, regularmente, integrada numa família e titular de um sobrenome determinado⁸⁸³.

Decidiu, no entanto, o TEDH, a favor da verdade biológica, por inexistir necessidade de certeza e segurança jurídica, e de proteção do interesse da criança, facultando a impugnação da paternidade em relação a um putativo filho, com 40 anos de idade, considerando que o sistema jurídico nacional havia ofendido a vida privada do autor e violado o artigo 8º, da CEDH.

Quando a criança se encontra, regular e estavelmente, integrada no seio familiar com o qual tenha consolidado laços de sócio-afetividade, deve dar-se preferência à “verdade sócio-afetiva” sobre a “verdade biológica”, ao passo que, se inexistir necessidade de protecção dos interesses da criança e de tutelar a certeza e segurança jurídica das relações familiares, dever-se-á privilegiar a “verdade biológica”.

XI.5. O critério de prevalência da parentalidade nas famílias recombinaadas ou pluriparentais da jurisprudência do TEDH

As famílias recombinaadas ou pluriparentais são o produto da reconstituição conjugal, após rutura do anterior vínculo, sendo constituídas por um casal, «de iure» ou de facto, com filho ou filhos, em que, pelo menos, um deles é filho, natural ou adotivo, de um dos seus membros.

O TEDH entendeu inexistir violação do princípio do respeito pela vida familiar, a que se reporta o artigo 8º, da CEDH, numa situação em que o pai biológico se opôs,

⁸⁸² Decisão sobre a admissibilidade da queixa nº 27110/95, de 29-06-1999, de Nylund c. Finlândia, www.coe.int

⁸⁸³ Acórdão Yousef c. Holanda, de 5-11-2002, R02-VIII, www.coe.int

improcedentemente, à decisão que decretou a adoção da sua filha pelo atual marido da mãe e sua ex-companheira, vivendo os três, desde os oito meses de idade, fazendo prevalecer os laços de «vida familiar», efetivos e afetivos, existentes entre a criança e o pai adoptante, sobre os laços de filiação sanguíneos existentes entre ela e o pai biológico.

A este propósito, o TEDH considerou existir vida familiar entre o pai biológico e a filha, muito embora a decisão que decretou a adoção se tenha pautado pela defesa do melhor interesse da criança, consolidando e formalizando os laços familiares de facto que a ligavam ao atual pai adotivo, que havia participado na sua educação e cuidado e era reconhecido como pai pela criança, não se mostrando desproporcionados os efeitos decorrentes da quebra das ténues relações antecedentes com o pai biológico⁸⁸⁴.

E foi, no mesmo sentido, «mutatis mutandis», a decisão do TEDH de rechaçar a oposição da mãe biológica à adoção de sua filha, meses antes de atingir a maioridade, pela atual esposa do pai, tendo a mesma sido decretada, com a vontade expressa da adotada, o envolvimento da adoptante e o escasso contacto com a mãe biológica, dissolvendo-se o casamento entre os pais biológicos quatro anos após o nascimento da filha, sendo a sua guarda atribuída, por acordo, ao pai, que teve dois filhos do seu casamento com a adotante⁸⁸⁵.

Face ao exposto, o TEDH, nesta área das famílias recombinadas ou pluriparentais, tem concedido manifesta preferência à consolidada parentalidade sócio-afetiva, em nome do superior interesse da criança, em detrimento da parentalidade biológica, quando esta tem subjacente ténues contactos com o progenitor biológico, limitando-se a formalizar os laços familiares de facto que ligam a criança ao pai ou mãe sócio-afetivos, de modo a qualificar como «vida familiar» a relação existente entre a criança, filha, apenas, de um dos membros do casal, e o outro consorte⁸⁸⁶.

XI.6. O critério da jurisprudência do TEDH no contexto da família homossexual e da família integrada por um transexual

⁸⁸⁴ Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28-10-1998, www.coe.int; No mesmo sentido, o Acórdão Eski c. Áustria, de 25-01-2007, e o Acórdão Chepelev c. Rússia, de 26-06-2007, www.coe.int

⁸⁸⁵ Decisão de 3-12-2005, sobre a queixa nº 64848/01 de Kuijper c. Holanda, www.coe.int

⁸⁸⁶ Susana Almeida, O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família, ..., citado, 217 e ss; Acórdão K. e T. c. Finlândia, de 12-06-2001, R01-VII, §§ 149 e 150, www.coe.int

XI.6.1. Da família homossexual

A matéria da sócio-afetividade coloca-se, também, no âmbito das relações familiares homossexuais.

O TEDH sustentou, no que concerne ao regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais do filho biológico concebido por inseminação artificial de um dos membros de união de facto lésbica, que esta relação não se incluía, no quadro do direito ao respeito pela vida familiar, inexistindo uma obrigação positiva decorrente do artigo 8º, da CEDH, que impusesse ao Estado demandado a concessão do seu exercício a uma mulher que vivia, conjuntamente, com a mãe da criança e esta própria, defendendo que, relativamente à questão das responsabilidades parentais, um casal homossexual não pode ser equiparado a um casal heterossexual em união de facto⁸⁸⁷.

Porém, mais, recentemente, o TEDH, num caso de adoção singular por uma candidata homossexual à adoção, considerou existir um trato discriminatório do Estado demandado, violador do disposto pelos artigos 14º e 8º, da CEDH, em razão da orientação sexual daquela⁸⁸⁸, numa manifestação de compreensão pela causa homossexual e de alguma abertura à aceitação do casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, e ainda de reconhecimento das relações sócio-afetivas paterno-materno-filiais.

Finalmente, o TEDH admitiu, pela primeira vez, que “uma relação de facto estável entre um casal do mesmo sexo coabitante, se enquadra no conceito de «vida familiar», à semelhança do relacionamento entre um casal de sexo diferente, na mesma situação”⁸⁸⁹.

A definição da verificação de laços familiares de facto entre pessoas sem vínculos decorrentes do parentesco, casamento ou adoção, portanto, entre pessoas sem laço biológico ou jurídico pré-existente, em resultado da combinação do «critério da afetividade dos laços interpessoais» com o «critério da aparência social de uma família»,

⁸⁸⁷ Decisão de 19-05-1992, sobre a queixa nº 15666/89 de Kerkhoven e Hinke c. Holanda, www.coe.int

⁸⁸⁸ Acórdão E.B. c. França, de 22-01-2008, www.coe.int, que reviu o entendimento constante do Acórdão Frétté c. França, de 26-02-2002, RO2-I, www.coe.int, que havia decidido, como fundamento da recusa de idêntica pretensão, por um lado, com o facto de o direito de adoção não figurar no elenco dos direitos e liberdades fundamentais contemplados na Convenção de Roma e, por outro lado, que a aplicação do artigo 8º pressupunha a pré-existência de uma família, não tutelando ainda o simples desejo de formar uma família.

⁸⁸⁹ Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria, de 24-06-2010, www.coe.int

ocorre, na hipótese das famílias recombinadas ou pluriparentais, e aconteceu, pela primeira vez, com o reconhecimento da existência de uma família sócio-afetiva, por força da tutela constante do artigo 8º, da CEDH, na relação estabelecida entre X., transsexual, submetido a cirurgia de reconversão sexual, até, então, sob a aparência física de um homem, apresentando nome masculino, Y., mulher com a qual X. vivia em sociedade, desde há cerca de vinte anos, como companheiro do sexo masculino, com quem coabitava, e Z., criança que Y. havia dado à luz, após a realização de uma inseminação artificial com dador, tendo X., desde o seu nascimento, atuado como pai⁸⁹⁰.

Consequentemente, a jurisprudência do TEDH entende inexistir vida familiar entre o pai biológico, dador de esperma, e a criança concebida por inseminação artificial com dador⁸⁹¹, ainda que este tenha mantido um esporádico contato com a criança, durante o período da sua vida inicial, sendo pai aquele que a regista, cria, educa e ama⁸⁹².

Duas orientações jurisprudenciais resultam das decisões do TEDH, ou seja, uma com base no critério da efetividade dos laços interpessoais, que pode qualificar a relação existente entre a criança, filha, apenas, de um dos membros do casal, e o outro membro do casal, como vida familiar, enquanto outra, com fundamento no superior interesse da criança, pode ditar a prevalência da paternidade sócio-afetiva sobre a paternidade biológica.

O aumento da monoparentalidade “terá provavelmente modificado o modo como se vem entendendo o conceito de interesse do filho, nesta matéria”, sendo que a sociedade atual parece aceitar “variações da monoparentalidade”⁸⁹³, procurando ultrapassar a concepção de que só a tradicional biparentalidade salvaguarda, suficientemente, o interesse da criança.

As uniões homossexuais, como nova espécie da realidade social assimilada a entidade familiar, sem terem a virtualidade genética da procriação, podem criar vínculos de

⁸⁹⁰ Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22-04-1997, R97 – II, www.coe.int

⁸⁹¹ Decisão da Comissão, de 8-02-1993, sobre a queixa nº 16944/90 de J.R.M. c. Holanda, www.coe.int

⁸⁹² Suzana Almeida, O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família, ..., citado, 217 e ss.

⁸⁹³ Guilherme de Oliveira, Transformações do Direito da Família, ..., citado, 775.

adoção ou permitir, pela via da reprodução livre, sem compromissos, o aparecimento de filhos biológicos⁸⁹⁴.

XI.6.2. Da família integrada por um transexual

O tema da sócio-afetividade familiar pode, igualmente, debater-se, no seio das famílias integradas por um transexual.

O TEDH entendeu, numa situação em que um transexual, submetido a uma cirurgia de reconversão sexual, que tinha vivido, nos últimos vinte anos, sob a aparência física de um homem e com um nome masculino, assumindo o papel de homem, como companheiro do sexo masculino de uma mulher, e tendo iniciado com esta um processo de concepção, por inseminação artificial com dador, acabando a última por dar à luz uma criança, com a qual aquele mantinha laços familiares de facto, confirmar a posição das autoridades do Reino Unido que, não obstante, recusaram que a mesma fosse registada, civilmente, pelo transexual convertido, por, apenas, o poder ser por um indivíduo do sexo biológico masculino, mas que qualificaram como o seu pai sócio-afetivo.

Com efeito, o TEDH aceitou inexistir um denominador comum europeu, relativamente à concessão de direitos parentais aos transexuais, considerando dever reconhecer-se ao Estado demandado uma ampla margem de apreciação, não impondo aos Estados contratantes uma obrigação positiva de registar, civilmente, um transexual operado, como pai da criança, mas que não é o seu pai biológico, por ser do interesse da sociedade, em geral, preservar a coerência de um conjunto de normas de Direito da Família que colocam o melhor interesse da criança, em primeiro plano, sendo certo que essa alteração poderia ter repercussões noutros domínios deste Direito, como fosse a de conduzir à incoerência de um transexual homem/mulher ser, legalmente, reconhecido como pai da criança e, contudo, permanecer mulher, perante a lei, para todos os demais efeitos^{895 896}.

⁸⁹⁴ Registe-se o caso do menino “Chicão”, que vivia com a cantora Cássia Eller e sua companheira Eugénia.

⁸⁹⁵ Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22-04-1997, R97-II, www.coe.int. Na sua declaração de voto concordante com o dispositivo final, o juiz Meyer sustenta que a “aparência de laços familiares” justificaria que o caso tivesse sido analisado sob o ângulo da «vida privada», pronunciando-se no mesmo sentido, Sylvain Grataloup, *Droit et liberté fondamentaux; vie familiale; élément constitutif; couple; transsexual; enfant; Conception; insémination artificielle; lien familial; père; exclusion*, Recueil Dalloz, Jurisprudence, 43er cahier, 4 Décembre 1997, 585.

Ora, a reviravolta do TEDH, ao impor aos Estados contratantes a obrigação positiva de reconhecer, juridicamente, a nova identidade sexual dos transexuais submetidos a cirurgia de reconversão sexual, bem assim como ao abandonar a referência ao critério do sexo biológico para definir os parceiros hábeis ao casamento⁸⁹⁷, não contemplou, paralelamente, a questão dos direitos parentais dos transexuais.

XI.7. A multiparentalidade e o direito de investigar a origem genética

A multiparentalidade diz respeito, «prima facie», à constituição de um vínculo sócio-afetivo entre os filhos de um anterior casamento e os atuais esposos ou companheiros dos pais, de modo a dele poder resultar a criação de laços afetivos e a reflexa ampliação familiar.

Trata-se da consequência natural da dissolubilidade do casamento civil ou do casamento canónico, operada no núcleo não reservado do CC⁸⁹⁸, e do reconhecimento da união de fato como entidade quase-familiar, em conjugação com a liberalização do padrão da moral sexual das últimas décadas, com repercussões significativas na disciplina e estatuto da filiação.

A realidade brasileira é um laboratório experimental de situações que exponenciam a multiparentalidade, como acontece com os pedidos de «adoção unilateral», em que um dos cônjuges adota o filho do outro, quando o pai biológico, por exemplo, faleceu ou não exerce a paternidade responsável, independentemente, de ter sido inibido das responsabilidades parentais, mas, também, no âmbito do Direito Previdenciário, quando o pai biológico e o padrasto rivalizam entre si no exercício dos poderes-deveres da paternidade para auferir os potenciais benefícios daí resultantes.

⁸⁹⁶ De todo o modo, a aludida incoerência legislativa terá desaparecido com a obrigação de conteúdo positivo que o Tribunal Europeu fez recair sobre os Estados membros, a obrigação decorrente do artigo 8º, da CEDH, de reconhecer, juridicamente, a nova identidade sexual do transexual submetido a cirurgia de reconversão sexual, Acórdão Christine Goodwin c. Reino Unido, e Acórdão I. c. Reino Unido, ambos de 11-07-2002, www.coe.int

⁸⁹⁷ Acórdão Christine Goodwin c. Reino Unido, e Acórdão I. c. Reino Unido, ambos de 11-07-2002, www.coe.int

⁸⁹⁸ Assinado o Protocolo Adicional à Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa, de 7 de maio de 1940, em 15 de fevereiro de 1975, o DL nº 261/75, de 27 de maio, revogou o artigo 1790º, do CC, permitindo que, daí em diante, pudesse ser requerido o divórcio, tanto nos casamentos civis, como nos casamentos católicos, celebrados desde 1 de agosto de 1940, desaparecendo, neste particular, o princípio da reserva da jurisdição eclesiástica.

Decorrem da dimensão da multiparentalidade dificuldades naturais em fazer constar do assento de nascimento o duplo estatuto de filho biológico e de filho afetivo ou a sujeição do filho a essa duplicidade das responsabilidades parentais, com reflexo nos institutos da representação legal ou da assistência.

Numa outra manifestação, a multiparentalidade contende com a situação das pessoas que, em determinado momento da sua vida, descobrem que o sujeito que consta como pai do seu assento de nascimento não é, afinal, o seu ascendente genético.

A filiação assente na sócio-afetividade encontra-se, particularmente, confrontada com o direito de descobrir a verdadeira ascendência genética, independentemente, do móvel que a determina, tendo conhecido soluções díspares na jurisprudência brasileira.

Assim, há decisões judiciais de admissibilidade da alteração do assento de nascimento, em ordem a, afastando a paternidade sócio-afetiva constituída, dele fazer constar o pai biológico, com todas as consequências daí derivadas, outras em que, não obstante a aceitação da investigação da herança genética, se consente uma nova menção da paternidade biológica ao assento de nascimento, mas sem a produção de quaisquer efeitos civis derivados, nomeadamente, sucessórios e, finalmente, outras ainda em que, tão-só, admitem a investigação da ascendência genética, mas sem que daí possam resultar outros efeitos, designadamente, a alteração do assento de nascimento⁸⁹⁹.

XI.7.1. A multiparentalidade como direito de personalidade com vínculo de filiação

O carácter equívoco da aceção jurídica «sócio-afetividade» gera, na realidade jurídica brasileira, situações de multiparentalidade com duplicidade de vínculos de filiação, o que implica o reconhecimento da existência simultânea de duas paternidades, isto é, a paternidade sócio-afetiva e a paternidade biológica, em condições de criação de um duplo efeito.

Neste contexto, tendo uma pessoa com sessenta anos, já avô, concluído que não era seu pai biológico aquele a quem, assim, sempre tratara e com quem mantinha um

⁸⁹⁹ Zulmira de Assis, *Filiação e Parentalidade Sócio-Afetiva, Um Estudo Comparativo Brasil-Portugal. Colocação do Problema no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Parentalidade Sócio-Afetiva: Portugal e Brasil*, FDUC, Almedina, 2012, 136 e 137.

forte relacionamento afetivo, descoberto o pai biológico, que o recebeu com afeto e introduziu na família, ambos os “progenitores” e o filho instauraram, com procedência, uma ação de retificação do assento de nascimento, nela se decidindo que o filho, apenas, herdaria do pai biológico, que passaria a constar como seu pai registral⁹⁰⁰.

A este propósito, decidiu-se ainda que, tendo o companheiro da mãe registado o filho desta como seu filho, embora ciente de não ser o seu pai biológico, como, aliás, era voz pública no círculo social de reconhecimento familiar, não se desenvolvendo convivência com o pai biológico, entretanto, falecido, sendo o filho chamado como herdeiro à sua sucessão, renunciou à mesma, em benefício de sua mãe, propondo ação de investigação de paternidade contra este e, muito embora inexistisse entre ambos um vínculo de filiação sócio-afetiva, seria imperativo desconstruir o vínculo constante do registo, fazer reconhecer a verdade biológica e proceder à alteração do registo, dispondo o filho de todos os direitos que o vínculo da parentalidade lhe concede para demonstrar que a sua pretensão de investigar a paternidade biológica era alheia a motivações de natureza financeira⁹⁰¹.

XI.7.2. A multiparentalidade como direito de personalidade sem vínculo de filiação

Noutro enquadramento da multiparentalidade, registre-se a situação do autor que, com quarenta anos de idade, mas, desde sempre, sabendo que o pai biológico não era o que constava do seu assento de nascimento, tendo conhecimento do seu vínculo biológico com pessoa diferente daquele, e concordando o autor e ambos os “progenitores” em desconstruir a filiação, decidiu-se em juízo reconhecer a paternidade biológica, com o averbamento ao registo, negando-se, porém, a alteração do nome e dos direitos hereditários decorrentes do reconhecimento, com o fundamento de se haverem desenvolvido laços de sócio-afetividade entre o pai registral e o filho, impeditivos de atribuição de efeitos à paternidade biológica reconhecida⁹⁰².

Noutra situação, declarou-se a paternidade biológica de um menor, com a manutenção no respectivo assento de nascimento da identidade do pai sócio-afetivo, que o

⁹⁰⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70022853089, www.tjrs.jus.com.br

⁹⁰¹ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70018765628, www.tjrs.jus.com.br

⁹⁰² Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70031164676, www.tjrs.jus.com.br

havia registado, sabendo não ser o seu pai biológico, estabelecendo o acórdão que o filho, uma vez atingida a maioridade, poderia, se o entendesse, alterar o registo, fazendo constar do mesmo o nome do pai biológico⁹⁰³.

Declinou-se, aqui, qualquer relevância à vontade individual dos dois envolvidos, preterindo-se ainda a verdade biológica, ante a presença da sócio-afetividade resultante de longa convivência, agora mais sedimentada com a paternidade constante do registo.

XI.8. A posse de estado de filho

Para além do valor constitucional absoluto do direito do filho ao apuramento da paternidade biológica, enquanto dimensão do “direito fundamental à identidade pessoal”, na vertente de saber de onde se vem, ou de quem se vem, a que se reportam os artigos 25º, nº 1 e 26º, nº 1, ambos da CRP, subsidiário do critério biológico da verdade do sangue, tem-se acentuado a importância da segurança e da estabilidade das relações familiares, da posse de estado e da parentalidade sócio-afetiva, como critério norteador do sentido das decisões judiciais⁹⁰⁴.

Na verdade, sem pretender preterir o sortilégio do critério biológico como modo de designação do estabelecimento da filiação, importa, igualmente, que o critério da sócio-afetividade familiar conheça a atenção do legislador, designadamente, em áreas como as da impugnação da paternidade presumida ou da impugnação da perfilhação, elencando-se determinadas restrições ao virtuosismo do primeiro, na hipótese de se verificar a situação da «posse de estado» de filho, ou, em caso de proteção das novas realidades sociológicas, constituídas pelas famílias recombinações os transexuais.

A posse de estado vem a consistir no exercício de facto de prerrogativas inerentes a um direito, independentemente, de se saber se se é ou não o seu verdadeiro

⁹⁰³ Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70029363918, www.tjrs.jus.com.br

⁹⁰⁴ O facto do estado civil do filho não apresentar correspondência social, familiar e afetiva com o progenitor que a realidade constante do registo representava como seu pai constituiu um dos fundamentos do julgamento de inconstitucionalidade da norma do artigo 1842º, nº 1, a), do CC, “na dimensão interpretativa que prevê um prazo limitador da possibilidade do progenitor e marido da mãe propor, a todo o tempo, ação de impugnação de paternidade, desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se que não era o pai biológico”, Acórdão do STJ, de 25-03-2010, Pº nº 144/07.8TBFVN.C1.S1, www.dgsi.pt

titular⁹⁰⁵, traduzindo-se, no que concerne à posse de estado de filho, no exercício das qualidades que integram a relação natural de filiação⁹⁰⁶.

Deste modo, sendo o estado de família suscetível de posse, a posse de estado constitui, apenas, presunção, «*tantum iuris*», não suficiente, para, por si só, atribuir a qualidade do estado correspondente.

O estado das pessoas vale, «*erga omnes*», quer perante os membros do grupo familiar, quer perante os estranhos ao mesmo, decorrendo de factos e atos jurídicos e de decisões da autoridade pública.

Porém, o decurso do tempo, por mais dilatado que seja, não permite que o estado de família se adquira, por prescrição aquisitiva, ou que se perca, por prescrição extintiva.

É quase universal o princípio de que a mãe é designada pelo nascimento, isto é, «*mater semper certa est*», segundo a formulação do Direito Romano, consagrada pelo artigo 1796º, nº 1, do CC, considerando-se que determinar a mãe pelo nascimento significa sinalizá-la pelo parto, que é um facto certo, material, apreensível pelos sentidos, e que pode provar-se, diretamente.

Contudo, a lei estabelece duas presunções de maternidade, ou seja, a posse de estado e o escrito da mãe, que valem, «*mutatis mutandis*», quer para a pretensa mãe, quer para o pretenso pai.

A posse de estado de filho consiste no facto deste haver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como seu filho pelo público, sendo, assim, três os elementos constitutivos do conceito, de natureza cumulativa, de acordo com o preceituado pelo artigo 1816º, nº 2, a), do CC, isto é, a reputação e o tratamento como filho pela mãe ou pelo pai, e a reputação como filho pelo público.

Trata-se de uma presunção, “*tantum iuris*”, que se considera ilidida, por força do estipulado pelo artigo 1816º, nº 3, do CC, mediante a contraprova da existência de dúvidas sérias sobre a maternidade.

No ordenamento jurídico nacional, a posse de estado de filho tem um valor indiciário do vínculo biológico⁹⁰⁷, “facto expressivo de uma probabilidade forte” da

⁹⁰⁵ Alex Weill, *Droit Civil*, Tomo I, volume 2, nº 93, Paris, Dalloz, 1972, 81.

⁹⁰⁶ Federico Puig Peña, *Tratado de derecho civil español*, Tomo II, volume II, 1947, 47.

⁹⁰⁷ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito de Família*, II, TI, ..., citado, 114.

presunção legal da paternidade⁹⁰⁸, destinando-se a facilitar a prova da maternidade ou da paternidade, constituindo uma presunção legal de paternidade, atento o disposto pelo artigo 1871º, nº 1, a), do CC, sendo, aliás, o primeiro facto-base da presunção legal de paternidade que o normativo legal em causa prevê, representando, de igual modo, uma outra manifestação do princípio do afeto, pois que, então, o vínculo que une o filho e o pretenso pai tem, de igual modo, natureza social e afetiva.

Ao contrário do direito nacional, em que o valor indiciário da posse de estado, releva, tão-só, na procura do vínculo de sangue, a doutrina e jurisprudência brasileiras apontam a posse de estado de filho, não como modo de comprovar a filiação biológica, mas, antes, como “o conceito gerador da filiação sócio-afetiva”, como “a via legal para alcançar a filiação sócio-afetiva”, ou seja, como modo de instituir a filiação, alargando o seu leque conceitual, em termos de abranger a sócio-afetividade⁹⁰⁹.

Porém, a posse de estado de filho, como veículo da paternidade afetiva, requer a presença de elementos que nem sempre são suficientes para consubstanciar a sócio-afetividade e criar o vínculo paterno-filial, dependendo da verificação de outras circunstâncias que condicionam a atribuição da paternidade/filiação sócio-afetiva.

Dispõe o artigo 1605º, corpo, e seu nº II, do CCB, que “na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito, quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.

Constitui, assim, segundo o direito brasileiro, meio de prova da filiação, juridicamente, admissível, a existência de presunção, «iuris tantum», resultante de facto já conhecido e certo que permita admitir outro como verídico, como acontece, se, “em companhia do casal há muito vive uma pessoa tida como filha, sabendo-se que os pais são casados e tiveram um filho, ter-se-á, então, a posse de estado de filho, e, nela baseada, a pessoa criada pelo casal poderá, apoiada em prova testemunhal, indicar em juízo o reconhecimento da sua filiação”⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 446 e 447.

⁹⁰⁹ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, ..., citado, 366; Caio da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, Volume V, Direito de Família, Rio de Janeiro, Forense, 2009, 375; Rolf Madaleno, Curso de Direito de Família, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2009, 366; Paulo Neto Lobo, Direito Civil. Famílias, S. Paulo, Saraiva, 2008, 211.

⁹¹⁰ Maria Helena Diniz, Código Civil Anotado, 11ª edição, revista, aumentada e atualizada, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10406, de 10-1-2002), São Paulo, Editora Saraiva, 2005, 1308 e 1309.

Com efeito, a posse de estado, traduzindo uma vivência sócio-afetiva, mesmo que desprovida de qualquer correspondência biológica, deverá prevalecer, a bem do interesse da estabilidade da vida familiar, sobre o interesse e direito do filho a investigar e estabelecer a verdade biológica, na ação de impugnação de paternidade presumida do marido da mãe e na ação de impugnação da perfilhação, excluindo-se a legitimidade ativa do perfilhante que realiza uma perfilhação, conscientemente, falsa e de qualquer outra pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na sua procedência, para obviar a que a identidade do perfilhado permaneça suspensa dos azares sentimentais da mãe, dos humores do perfilhante ou da ganância de um herdeiro potencial⁹¹¹.

XI.9. A adoção como instrumento de proteção da criança

O desenvolvimento social, cultural e económico, ou, em termos mais prosaicos, o desenvolvimento humano, meta, invariavelmente, indeclinável, em qualquer latitude, e por todos os Estados ou organizações políticas que o promovem, na execução de uma política, gradualmente, globalizante, não pode abdicar de uma visão estratégica, articulada e coordenada, que tenha como particular enfoque a família e o seu significado e importância, com vista ao crescimento saudável e equilibrado da criança e do jovem menor, em consonância com a letra e o espírito dos grandes instrumentos normativos internacionais sobre a matéria⁹¹², de que são expressão concreta, entre nós, os direitos e garantias fundamentais constantes da CRP e dos demais diplomas ordinários que se propõem conferir-lhes consagração prática, sem esquecer, precipuamente, os que constam do direito convencional internacional a que Portugal deve obediência interna.

Constitui, por isso, instrumento importante para a concretização dessa política global de proteção da criança e do jovem menor, desprovidos de um meio familiar natural, o instituto da adoção, devidamente, estruturado e, em sintonia com a realidade cultural e sociológica da comunidade política em que se enquadra e com os objetivos que lhe cumpre prosseguir.

A criança e o jovem menor são sujeitos autónomos de direitos e o seu desenvolvimento, harmonioso e integral, só é compatível com um ambiente de afeto e responsabilidade que, sem graves discontinuidades, seja propiciador de um crescimento

⁹¹¹ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, II, Tomo I, ..., citado, 186.

⁹¹² Nomeadamente, a CDC.

físico, intelectual e moral que lhes permitam atingir a maturidade que os tornem independentes.

Ora, a família, independentemente, do seu substrato biológico, célula natural da sociedade, constitui ainda um elemento essencial e um meio privilegiado de concretização desse direito fundamental da criança e do jovem menor ao desenvolvimento integral e harmonioso a que aspiram e que lhes é devido.

Efetivamente, a família vem assumindo, desde a antiguidade, o mais relevante papel no processo de desenvolvimento e socialização da criança, proporcionando-lhe as capacidades intelectuais, sociais, psicológicas e afetivas indispensáveis à maturação do ser humano⁹¹³.

A adoção surge, assim, na encruzilhada dos pressupostos histórico-culturais da família biológica com as necessidades de proteção da infância, tendo em consideração, nomeadamente, as crianças abandonadas ou em risco, como forma substitutiva da família natural por uma família afetiva, conferindo ao menor órfão, abandonado ou privado de um ambiente normal o direito a um projeto sustentável de vida familiar, reconhecido pelo artigo 69º, nº 2, da CRP.

Sendo ainda dominante, embora já não indiscutível, o primado da família biológica nuclear para a concretização, no seu seio, desse direito, num espaço de grande liberdade de opções educacionais e de vida, com garantia da reserva da intimidade privada, impõe-se que o Estado e a sociedade civil, sem intervencionismo ou regulação desproporcionados, sejam os criadores de condições que, em clima de igualdade e sem desfavorecimentos, individuais ou de grupo, viabilizem esse objetivo.

Contudo, quando circunstâncias de vária ordem não permitem, durante a menoridade, um quadro de estabilidade e equilíbrio emocionais, com carácter de continuidade e regularidade, ou provoquem a sua rutura, cria-se uma situação de risco grave para a criança ou jovem menor, que os seus outros familiares, em primeira linha, dada a estrutura, essencialmente, biológica do nosso Direito da Família, deverão procurar evitar e suprir, proporcionando uma relação sucedânea, o mais próxima possível daquela que, em princípio, é considerada a situação ideal, mas assumindo a sociedade, com urgência, as medidas

⁹¹³ Acórdão do TRG, de 17-12- 2003, www.dgsi.pt

garantísticas adequadas a proporcionar à criança ou ao jovem menor em risco essa relação substitutiva, na hipótese de inexistirem familiares próximos que possam assumir a função⁹¹⁴.

É que o Estado, vinculado, positivamente, pelos direitos fundamentais, incluindo os direitos, liberdades e garantias, tem o dever de proteger o interesse dos filhos, o desenvolvimento da sua personalidade, e bem assim como outros direitos fundamentais da criança e do jovem menor.

Trata-se da conceção que entende as crianças como sujeitos de direitos fundamentais⁹¹⁵, com expressão concreta na Reforma do Direito de Menores, que elegeu o modelo de justiça, que privilegia a defesa da sociedade, com respeito pelos direitos, liberdades e garantias das crianças e dos jovens menores, em detrimento do modelo de proteção, alicerçado na intervenção do Estado na defesa do interesse destes, mas sem que, formalmente, lhes reconheça o estatuto de sujeitos processuais⁹¹⁶.

Aliás, o artigo 69º, da CRP, no seu nº 1, estatui que “as crianças têm direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições”, acrescentando o respetivo nº 2 que “o Estado assegura especial proteção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal”.

Efetivamente, a proteção especial que o artigo 69º concede aos órfãos e abandonados não é mais do que o corolário da função subsidiária que os artigos 36º, nº 5 e 67º, nº 2, c), atribuem ao Estado e, também, difusamente, à sociedade, através do artigo 68º, nº 1, todos da CRP, quanto à educação das crianças em geral⁹¹⁷.

Ora, a adoção é, inquestionavelmente, uma das vias e, por certo, a mais segura, para, no quadro da constituição de uma família afetiva, permitir alcançar essa finalidade.

A adoção, instituto cujo renascimento conhece, hoje, generalizada expansão, depois de um longo período de esquecimento e desfavor, caída em desuso, desde o século XVI, centrada que foi na pessoa do adotante e dos seus propósitos de, através dela, perpetuar a família e transmitir o nome e o património de casais inférteis, encontra-se,

⁹¹⁴ Preâmbulo do DL nº 185/93, de 22 de maio.

⁹¹⁵ Rosa Martins, Poder Paternal vs autonomia da criança e do adolescente, *Lex Familiae*, RPDF, I, nº 1, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 65 e ss.

⁹¹⁶ Preâmbulo da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo; Santos Cabral, *A Alteração do Papel do Juiz no Processo Tutelar*, CJ (STJ), Ano VIII, T3, 17.

⁹¹⁷ Antunes Varela, *Direito da Família*, I, 3ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, 1993, 167.

atualmente, pelo menos, na filosofia do legislador e na letra da lei, ainda distante da vida real, no que contende com os interesses das crianças e dos jovens carecidos de um ambiente familiar normal.

De facto, a adoção não corresponde a um ato gerado por uma relação familiar biológica, representando antes um ato jurídico, um negócio jurídico unitário, ou melhor, um ato complexo, composto por um ato de direito privado, expresso na vontade dos interessados, e por um ato de direito público, traduzido numa decisão judicial, de natureza constitutiva, sujeita aos princípios da oportunidade, da equidade e da legalidade, que dominam o processo de jurisdição voluntária em que se desenvolve, fonte de relações jurídicas familiares, e que cria um vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas, independentemente, dos laços de sangue, se estabelece, legalmente, entre duas pessoas, nos termos das disposições combinadas dos artigos 1586º e 1973º, nº 1, ambos do CC.

Trata-se de um parentesco legal, não biológico, e, por assim dizer, para alguns, embora, impropriamente, mesmo fictício, mas que tem subjacente uma realidade individual, assente numa outra verdade, uma verdade afetiva e sociológica⁹¹⁸, diferente do facto biológico da procriação, mas tão real como este, cujo eixo gravitacional se deslocou da vontade do adotante para o interesse do adotado, e que o Estado incentiva, à luz das exigências sociais da comunidade, inserindo-se num amplo movimento geral de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens menores em perigo.

O regime legal da adoção visa, assim, proteger o interesse do adotando, mas sempre na perspetiva do interesse geral, já porque o interesse social torna inadmissível, em princípio, a adoção de maiores de 15 anos⁹¹⁹, já porque o interesse público impõe a intervenção constitutiva do tribunal, mas, ainda, porque, em nome da estabilidade do vínculo, não permite a revogação da adoção, nem sequer com base em mútuo consentimento do adotante e do adotado⁹²⁰, com ressalva da circunstância excecional em que se verifique alguma das ocorrências justificativas da deserdação dos herdeiros legitimários, sendo certo, outrossim, que a revisão da sentença que decretou a adoção só é admissível, sem prejuízo da

⁹¹⁸ Guilherme de Oliveira, *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade, 1984, 335 e ss.

⁹¹⁹ “Pode, no entanto, ser adotado quem, à data do requerimento, tenha menos de 18 anos e não se encontre emancipado quando, desde idade não superior a 15 anos, tenha sido confiado aos adotantes ou a um deles ou quando for filho do cônjuge do adotante”, nos termos do disposto pelo artigo 1980º, nº 3, do CC.

⁹²⁰ Ou não fosse o vínculo da adoção constituído, objetivamente, por sentença judicial (Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, V, ..., citado, 542).

sua impugnação, em sede de recurso ordinário, através do recurso extraordinário de revisão, previsto na lei processual civil, em circunstâncias taxativas delimitadas, como resulta do teor das disposições combinadas dos artigos 1989º, 1990º, 1991º, 2002º-B, 2002º-C e 2002º-D, todos do CC, e 696º e seguintes, do CPC.

A adoção, criadora de uma relação jurídica familiar, em tudo semelhante à filiação natural, e expressão acabada de integração social pela afetividade, de acordo com o princípio orientador da prevalência da família, consagrado pelo artigo 4º, g), da LPCJP, constitui, assim, uma das vias privilegiadas de intervenção para a promoção dos direitos e proteção das crianças e dos jovens menores em perigo.

Porém, não obstante a elevada quantidade de crianças institucionalizadas e sem projeto de vida delineado, é muito maior o número dos potenciais adotantes, ou seja, a procura é, em larga medida, superior à oferta disponível, o que, a não se estar perante um distorcido fenómeno macroeconómico, que determinaria a subida do preço do “produto”, não permite justificar um número de adoções tão, significativamente, baixo, a não ser devido a fatores que condicionam, negativamente, o bom funcionamento do «iter» do processo de adoção, deste o seu início até à prolação da sentença final, sejam eles de carácter legislativo, institucional, procedimental ou social.

Com o CC de 1966, a adoção assume já como principal objetivo “dar uma família a um filho sem família e não um filho a uma família sem filhos”, sendo certo que, desde então, até aos dias de hoje, muitas foram as alterações registadas, neste domínio, até se chegar ao RJPA, que consubstanciou o seu último aperfeiçoamento.

A adoção passa, assim, a ser fonte de relações jurídicas familiares estritas, em conjunto com o casamento, o parentesco e a afinidade, mas, também, no presente, com a união de facto e as situações de economia comum, pelo menos, em termos de natureza para-familiar, centrada na defesa e promoção do interesse da criança, que necessita, desde o nascimento e, especialmente, na primeira infância, de uma relação, minimamente, equilibrada com ambos os progenitores, enquadrando-se no conjunto de instrumentos, tradicionalmente, previstos para a proteção de crianças desprovidas de um meio familiar normal, permitindo a constituição ou reconstituição de vínculos semelhantes aos que resultam da filiação biológica.

As alterações introduzidas neste instituto, na sequência da entrada em vigor da CRP, podem ser explicadas pelas modificações ideológicas, culturais e sociais sobrevindas ao

25 de Abril de 1974, enfatizando-se que "a adoção não é pensada apenas enquanto meio eficaz de resolver as necessidades educativas e assistenciais da infância mais carenciada, mas sim, e cada vez mais, como forma de lhe oferecer um quadro familiar no caso de as famílias biológicas serem consideradas desadequadas", tornando-se, por isso, necessário encontrar uma família para uma criança desprovida, e não uma criança para uma família carecida.

Efetivamente, as revisões ordinárias de 1993 e de 1998 procuraram estabelecer "...as condições através das quais a adoção possa ser de facto uma alternativa positiva para as crianças em risco, contrariando uma lógica institucionalizante que remete a família para segundo plano"⁹²¹.

O artigo 36º, nº 7, da CRP, contempla, autonomamente, a previsão da adoção, impondo, como garantia institucional de que se trata, a preservação da sua existência e da sua estrutura fundamental, sem que o legislador ordinário a possa suprimir, desfigurar ou descaracterizar, essencialmente⁹²², remetendo, porém, para a lei ordinária a sua regulação e proteção, com uma larga margem de liberdade, que contende com a possibilidade da limitação do instituto da «adoção plena» a menores⁹²³, da exclusão da adoção por pessoas do mesmo sexo que vivam em união de facto ou da restrição da adoção pré-natal de embriões.

O direito fundamental do adotando a formar família, expressão de um direito universal de constituir família, mesmo quando não fundada no casamento, decorre, razoavelmente, do estipulado pelo artigo 36º, nº 1, não sendo afastado pela autonomização constitucional da adoção e pela garantia institucional que o mencionado artigo 36º, nº 7, ambos da CRP, contempla, especificamente, constituindo, apenas, uma das várias dimensões do estatuto jusfundamental da família adotiva⁹²⁴, muito embora sem impor um direito à adoção ou um direito a ser adotado⁹²⁵.

É, por isso, que, na hipótese de separação dos filhos dos pais, com base no estipulado pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, deve o Estado, no interesse daqueles e do seu direito a constituir família, favorecer a sua integração numa nova família, através, nomeadamente, do instituto da adoção⁹²⁶.

⁹²¹ Ana Teresa Santos, *Como se Fora seu Filho: Representação da Família e do Parentesco em Processos de Adopção em Portugal*, Lisboa, ICS. Sousa, 2000, 55.

⁹²² Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, ..., citado, 175.

⁹²³ Acórdão do TC nº 320/00, de 21-7-2000, Pº nº 135/2000, www.tribunalconstitucional.pt

⁹²⁴ Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, ..., citado, 423 e 424.

⁹²⁵ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, ..., citado, 566.

⁹²⁶ Acórdão do TRL, de 07-11-2000, CJ, Ano XXV (2000), T5, 82.

Aliás, é a própria família, enquanto instituição, e não as pessoas singulares que a compõem, «hoc sensu», que figura como sujeito do direito à proteção da sociedade e do Estado, face ao teor do artigo 67º, da CRP, como manifestação de uma típica garantia institucional que não pode ser suprimida ou desqualificada⁹²⁷.

Porém, a tutela constitucional do direito fundamental de constituir família não obsta a que, por aplicação de outras normas constitucionais ou ordinárias nelas fundadas, sejam proferidas decisões que impeçam ou comprometam a vida familiar, ponderado que seja o interesse da família, enfatizando-se que “as medidas que possam conflitar com o direito à vida familiar têm de ser justificadas por necessidades sociais imperiosas e, além do mais, devem ser proporcionadas aos fins legítimos prosseguidos”⁹²⁸.

Efetivamente, o direito à manutenção dos filhos, reconhecido pelo artigo 68º, nº 2, pressupõe o direito de audição dos pais biológicos sobre todas as questões fundamentais que a essa matéria respeitem, como seja, designadamente, a impossibilidade de ser proferida a decisão de adoção, sem o consentimento ou, pelo menos, sem a ponderação da posição de ambos, ainda que se trate de pais que não convivem, maritalmente, e que não têm a guarda do filho, sem prejuízo, porém, de a adoção poder vir a ser decretada contra a vontade destes, nos estritos limites do artigo 36º, nº 6, ambos da CRP.

De todo o modo, está consagrado um verdadeiro direito social das crianças à proteção, que tem como sujeitos passivos, com os correspondentes deveres de prestação ou de atividade, o Estado e a sociedade, isto é, os cidadãos e as instituições sociais, a começar na própria família, incluindo os progenitores, o que pressupõe um direito negativo daquelas a não serem abandonadas, discriminadas ou oprimidas, podendo justificar, no caso de crianças em determinadas situações, como sejam as órfãs e as abandonadas, ou, por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal, especiais medidas de discriminação positiva, como resulta do preceituado pelos artigos 36º, nº 5 e 69º, nºs 1 e 2, da CRP.

Este dever de especial proteção que contempla as crianças órfãs, abandonadas, ou, por qualquer forma, privadas de um ambiente familiar normal, tem em vista a tutela da criança ou do jovem menor em perigo, ficando a liberdade de conformação do legislador dependente da diversificação das situações relativas do caso concreto, muito embora existam

⁹²⁷ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP, Constituição da República Portuguesa Anotada, I, ..., citado, 561.

⁹²⁸ Acórdãos do TC nºs 181/97, de 5-3-1997, Pº nº 402/96; e 470/99, de 14-7-1999, Pº nº 535/98, www.tribunalconstitucional.pt, respetivamente.

sempre determinantes constitucionais que, com base na dignidade da pessoa da criança e no desenvolvimento da sua personalidade, colocam os seus interesses como parâmetro material básico de qualquer política de proteção, sem prescindir da consideração relevante do seu consentimento, quando dotadas de maturidade suficiente, em relação à intervenção pública proposta que as atinja.

Com efeito, as intervenções dos poderes públicos encontram-se, estritamente, vinculadas à prossecução dos interesses das crianças e jovens menores, devendo, também, ser submetidas a um rigoroso controlo de proporcionalidade.

Uma das finalidades prioritárias visadas pelas recentes reformas verificadas no instituto da adoção traduziu-se no estrangulamento dos mecanismos procedimentais que protelam o consentimento dos pais biológicos, um dos principais óbices do sistema legal tendente à concretização da eficácia da adoção, incluindo a sua conclusão, em tempo útil, alargando-se, igualmente, o âmbito das situações em que esse consentimento e o de outros interessados pode ser dispensado.

Na verdade, tendo sido decidida a confiança judicial ou a medida de promoção e proteção de confiança a pessoa ou a instituição com vista a futura adoção, torna-se dispensável o consentimento para a adoção das pessoas [pais, parentes ou tutor] que, em regra, o deveriam prestar, de acordo com o preceituado pelo artigo 1981º, nº 2, do CC.

Não obstante, continua a ser exíguo o número de adoções decretadas pelos tribunais portugueses, apesar da voracidade da procura de filhos adotivos e do contraponto das altas percentagens de crianças a viver o fascinante tempo da infância, dramaticamente, em lares e instituições de internamento.

Para além das alterações legislativas, exige-se uma flexibilização das práticas procedimentais rotineiras empreendidas, numa renovada abertura de espírito de todos os intervenientes no processo da adoção, conjugada com a segurança dos direitos fundamentais dos intervenientes envolvidos, sob pena de se deixar sair pela porta da maioria legal, com todo o cortejo de imprevisíveis consequências, aqueles a quem, na infância, não soubemos, verdadeiramente, acolher, proteger e preparar para o futuro.

Contudo, convém recordar que as medidas de promoção de direitos e de proteção da criança e do jovem em perigo têm, naturalmente, uma duração pouco alargada no tempo, visando, tão-só, a remoção do perigo real ou iminente que a criança ou o jovem menor estão a vivenciar, assumindo uma manifesta natureza cautelar, que a

respetiva situação exige, e não a sua estabilização e permanência, porquanto, para tal, existem medidas a decretar, no âmbito dos processos tutelares cíveis, competindo, então, ao MP ativar as providências tutelares mais adequadas que o caso concreto exija.

Assim, é de afastar a utilização indiscriminada dos processos de promoção e proteção, dotados de uma tramitação menos morosa do que a dos processos de confiança judicial, sempre que os menores não estão em perigo, só sendo de legitimar o recurso à nova medida da «confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção», consagrada pelo artigo 35º, g), da LPCJP, quando a criança se acha numa situação de risco e não se encontre pendente qualquer processo de confiança judicial, porquanto, caso contrário, pretendendo legalizar-se uma situação que se prolonga no tempo, deverá ser utilizado o processo tutelar cível, nomeadamente, o processo de confiança judicial do menor com vista à adoção.

Quer isto dizer que as medidas de promoção e proteção têm natureza subsidiária e residual, e não, meramente, alternativa, em relação ao processo tutelar cível de confiança judicial do menor.

A confiança judicial com vista à adoção representa, assim, não só a melhor, como a única forma de dar concretização aos comandos ínsitos nos artigos 3º, nºs 1 e 2 e 9º, da CDC, e 36º, nº 6, da CRP, que contemplam a possibilidade expressa de preterir o princípio da preferência da família biológica, em homenagem ao princípio, ainda mais importante, do superior interesse da criança e do jovem menor que, ao promover a adoção, acolhe ainda, de modo expressivo, o princípio da prevalência da família, como bem decorre do estipulado pelo artigo 4º, a) e g), da LPCJP⁹²⁹.

De todo o modo, a intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem menor em perigo deve obedecer ao princípio da responsabilidade parental, de modo a que os pais assumam os seus deveres para com eles, em adequação com o princípio da prevalência da família, favorecendo-se as medidas que os integrem nesta célula básica originária, ou que promovam a sua adoção, nos termos do preceituado pelo artigo 4º, f) e g), da referida LPCJP.

Contudo, a promoção da adoção deve ver esgotada a possibilidade de integração da criança e do jovem menor, na família biológica, e, muitas vezes, mesmo depois de uma

⁹²⁹ Acórdão do STJ, de 30-11-2004, Pº nº 04A3795, www.dgsi.pt

tentativa não sucedida de inserção na sua família alargada, não se podendo esquecer que a adoção é um meio de proteção alternativo, que, apenas, deve funcionar quando o menor não tem família biológica ou quando a recuperação desta, para a função parental a que, naturalmente, está vocacionada, não seja viável ou não o seja, em tempo útil, para o mesmo.

Como fonte criadora de uma relação jurídica familiar, paralela à filiação natural, mas substitutiva desta, com vista à promoção dos direitos e proteção das crianças e dos jovens em perigo que lhe compete, importa que a adoção veja agilizado e simplificado o seu percurso, em especial, durante a fase que se desenvolve, desde a formalização da candidatura até à apresentação da petição inicial, em tribunal, eliminando-se as diferenças que nada têm a ver com a essência dos respetivos institutos, privilegiando-se a família, com respeito pelos princípios do melhor interesse do menor e da dignidade da pessoa humana, até culminar com uma decisão judicial, em que a legalidade estrita seja norteadada pela prudência e o cuidado na procura da solução mais conveniente e oportuna, para o caso concreto, e, portanto, da decisão mais equitativa.

A tutela e promoção da criança e do jovem menor, no seio da família a que pertence, estão, pois, intimamente, ligadas aos valores mais essenciais do progresso das comunidades humanas.

Assim sendo, quando tal vier a acontecer, o reciclado regime jurídico da adoção acabará por corresponder ao espírito do legislador constitucional quando, através do artigo 36º, nº 7, da CRP, oriundo da revisão de 1982, situou o instituto, no domínio dos direitos fundamentais relativos à família e à filiação, como forma sublimada de uma efetiva realização dos direitos dos menores.

Depois de tudo o que se disse, vale a pena ainda concluir no sentido de que a resposta à questão ensaiada sobre a encruzilhada da adoção, no complexo âmbito dos direitos fundamentais, quer dos progenitores biológicos, quer dos menores carecidos de proteção, acaba, assim, como quase tudo o que acontece, nesta área tão sensível, mas, também, tão entusiasmante do Direito da Família e de Menores, por ser encontrada, tendo como bússola a característica endógena da fragilidade da garantia de que é portador, com base na prevalência do interesse superior da criança e do jovem menor, consagrado como receita terapêutica para uma situação, cuja etiologia, eventualmente, em nada foi determinada pela conduta comissiva ou omissiva dos seus progenitores.

Destruída a família biológica é, de novo, a recente família adventícia a principal realidade afetiva a relevar, para além dos progenitores adotivos e do próprio menor, no sentido de que para este é, ainda e sempre, a família o seu espaço privativo de realização e de afirmação pessoal, como ser independente, a caminho da maioridade, que se pretende livre e responsável.

A filiação legal de génese adotiva, não biológica, dotada de um vínculo familiar em tudo semelhante à paternidade de sangue, importa a completa integração jurídica do adotado na família do adotante, numa substituição deliberada da posição jurídica que ele ocupava no seio da família de sangue, não se tratando de uma ficção⁹³⁰, por não ter na sua base um ato de procriação, mas antes de uma realidade individual, sentimental e social, diferente da procriação, mas tão efetiva como este vínculo biológico.

E não se trata de uma ficção da lei, porquanto o que acontece é que a adoção assenta numa outra verdade, uma verdade afetiva e sociológica⁹³¹, mas distinta da verdade biológica em que se funda o parentesco natural.

Conhecendo o nosso ordenamento jurídico, apenas, o parentesco por consanguinidade ou parentesco natural, que é o verdadeiro parentesco, subestima o parentesco civil ou legal, proveniente da adoção, criado à semelhança daquele⁹³².

Porém, o CC distingue entre “filiação” e “adoção”, não considerando esta uma modalidade da primeira, porquanto, na aceção daquele diploma, a filiação é, tão-só, a filiação biológica, real ou, pelo menos, presumida.

No entanto, a adoção, como alternativa à filiação oriunda do parentesco por consanguinidade, e não, apenas, fonte de relações jurídicas familiares, é admitida pelo CCF, que consagra a filiação legítima [artigo 310º, nº 1 e seguintes], a filiação natural [artigo 334º, nº 2 e seguintes] e a filiação adotiva [artigo 343º e seguintes], e pelo CCB⁹³³, estando ainda na génese do parentesco civil que, igualmente, pode ter como causa a paternidade sócio-afetiva, fundada na posse de estado de filho⁹³⁴.

⁹³⁰ O Código Civil de Seabra de 1867 tinha ignorado a adoção, permanecendo esta omissão, até à entrada em vigor do CC de 1966, altura em que viria a ser consagrada.

⁹³¹ Guilherme de Oliveira, *Critério Jurídico da Paternidade*, Coimbra, Biblioteca Geral da Universidade, ..., citado, 335 e ss.

⁹³² Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, II, TI, ..., citado, 262.

⁹³³ O artigo 1593º, do CCB, dispõe que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulta da consanguinidade ou outra origem”.

⁹³⁴ Maria Helena Diniz, *Código Civil Anotado*, ..., citado, 1297, em anotação ao artigo 1593º, embora, estranhamente, esta autora considere a adoção como um “vínculo fictício de filiação”, obra citada, a folhas 1323.

A CEDH, no seu artigo 8º, ao referir-se à vida familiar, estipulando que “toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar...”, não pressupõe, necessariamente, que o menor seja filho do matrimónio dos pais⁹³⁵, nem sequer um vínculo biológico entre os interessados, muito embora, de todo em todo, a tutela dessas relações tenha subjacente uma convivência efetiva ou, pelo menos, justificadamente, projetada ou potencial, como acontece com a relação que se desenvolve entre o progenitor natural e o filho nascido fora do casamento⁹³⁶ ou entre os cônjuges cuja vida familiar não se encontra ainda, plenamente, consolidada, pelo menos, de acordo com as regras nacionais relativas à entrada e permanência de estrangeiros⁹³⁷.

XI.9.1. A adoção à brasileira

Por via de regra, em especial, na vigência do CCB de 1916, com o intuito de simular o parentesco dos filhos nascidos fora do casamento, com vista a defraudar a discriminação legal, os filhos das filhas solteiras eram registados como filhos dos avós maternos, a bem da proteção da honra da família.

Posteriormente, o fenómeno das falsas declarações no registo civil assumiu uma nova origem, vindo a contender com a situação de muitos homens que registavam como seus os filhos das suas companheiras ou namoradas, já não para tutelar a honra destas, mas antes no sentido de estreitar o seu relacionamento⁹³⁸.

A denominada «adoção à brasileira» configura a situação de um sujeito que, de forma espontânea, regista um filho como seu, bem sabendo ou desconfiando que não é progenitor do mesmo, hipótese em que a prevalência da tutela reconhecida à paternidade sócio-afetiva sobreleva o interesse da reposição da verdade biológica, preservando o vínculo paterno-filial que não corresponde à verdade biológica, mas retirando-se ao pai complacente

⁹³⁵ A exata compreensão da reconstrução do conceito de “vida familiar”, acolhido pelo artigo 8º, da CEDH, no sentido da insustentabilidade da distinção entre famílias “legítimas” e famílias “ilegítimas” foi, claramente, assumida, pelo Acórdão de 13-06-1979, no caso *Marcecks contra Bélgica*, Processo nº 6833/74, www.coe.int; F. Rigaux, *Le respect de la vie familiale d’après la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l’homme*, Festschrift für Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag am 2. Dezember 1976, Walter Habscheid, Hans Friedhelm Gaul und Paul Mikat (Hrsg.), Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1976, 813 e ss.; H. Denelius, *Reflections on Some Important Judgements of the European Court of Human Rights Regarding Family Life, Family Life and Human Rights*, Peter Lodrup and Eva Modvar (ed.), Oslo: Gyldental Akademisk, 2004, 153 e seguintes.

⁹³⁶ Acórdão de 29-06-1999, no caso *Nylund contra Finlândia*, Processo nº 27110/95, www.coe.int

⁹³⁷ Acórdão de 28-05-1985, no caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra Reino Unido*, Peocessos nºs 9214/80, 9473/81 e 9474/81, www.coe.int

⁹³⁸ Zulmira de Assis, *Parentalidade Sócio-afectiva: Portugal e Brasil,...*, citado, 124.

a faculdade da propositura de uma ação de anulação da perfilhação, conscientemente, falsa, por falta de correspondência à verdade biológica, com vista à sua restauração⁹³⁹.

Nos anos noventa do século passado, aconteceu uma surpreendente reviravolta no equacionamento jurisprudencial da questão, porquanto, configurando a «adoção à brasileira» um ato ilícito, não poderia prevalecer o registo falso, apesar dos propósitos altruístas que a envolviam, e, por isso, combatendo-se a falsidade ideológica da declaração como filho de quem não o é, que se sobrepunha à intenção de adotar uma criança, mesmo com o único propósito de garantir o seu futuro, recusou-se a conversão de um registo falso num ato jurídico válido, ainda que em benefício da mesma⁹⁴⁰.

Na transição do século, veio a modificar-se essa posição, desvalorizando-se a declaração falsa, enfatizando-se, agora, que o direito de conhecer a verdadeira ascendência genética é um valor superior ao da sócio-afetividade, quando o filho desconhecia a falsidade constante do seu registo de nascimento, não se admitindo que a sócio-afetividade se sobreponha à verdade biológica, nem à veracidade do registo, nem ao direito ao conhecimento da verdadeira ascendência genética⁹⁴¹.

Contudo, em ação anulatória de registo proposta pelo pai, com vista ao estabelecimento da verdade biológica, deu-se prevalência ao interesse sobreponente da criança, comparativamente, ao direito da mesma a ver preservado o seu estado de filiação.

O pai que regista uma criança como filha, sob alegada coação da mãe, com a qual nunca conviveu, apenas, se obrigando ao pagamento de uma prestação alimentar a favor daquela, viu indeferido o pedido de impugnação da perfilhação, mantendo-se a filiação, falsamente, declarada, aferindo-se a sócio-afetividade pelo simples ato de registo⁹⁴², pois que, inexistia qualquer convivência social e, muito menos, afetiva entre pai e filha.

⁹³⁹ Susana Almeida, *Parentalidade Sócio-afetiva: Portugal e Brasil*,..., citado, 47 e 48.

⁹⁴⁰ Tratava-se de pai separado de facto da esposa, que passou a viver em união estável com outra mulher e filha desta, registando-a como sua filha, bem sabendo que tal não correspondia à verdade, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 140.479, de 1998, www.stj.jus.com.br; Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp 40.690, www.stj.jus.com.br; e Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp 1690, www.stj.jus.com.br

⁹⁴¹ Decidiu-se no sentido da anulação do registo de nascimento de uma pessoa, após cinquenta anos de convivência com os pais registrais e sócio-afetivos, com a atribuição de todos os efeitos da filiação ao pai biológico, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp833.712 – em 17.05.2007, www.stj.jus.com.br

⁹⁴² “Afinal, por meio de uma gota de sangue, não se pode destruir o vínculo de filiação, simplesmente dizendo a uma criança que ela não é mais nada para aquele que, um dia declarou perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser seu pai”, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp932.692 – 2008, www.stj.jus.com.br

Com efeito, o reconhecimento da paternidade, no ato de registo, faz presumir que a manifestação de vontade expressa foi, livre e espontânea, sendo que esse reconhecimento estabelece uma filiação sócio-afetiva, com os mesmos efeitos da adoção, que, assim, se torna irrevogável⁹⁴³.

Efetivamente, a jurisprudência brasileira só vem dando prioridade ao critério biológico no reconhecimento da filiação, nas circunstâncias em que ocorre dissensão familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu, por não se poderem impor deveres de cuidado, carinho e sustento a alguém que, não sendo o pai biológico da criança, também, não é o seu pai sócio-afetivo, desconsiderando, «a contrario sensu», o vínculo biológico, para reconhecer a existência de filiação jurídica, quando pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, reveladora da persistência do afeto⁹⁴⁴.

Ainda que se sustente que não está em causa a legitimação da «adoção à brasileira», que persistiria um ilícito civil, mas antes a proteção do direito daquele que foi criado como filho e que não pode, sem o seu consentimento, ver modificada a sua situação, essa falsa declaração de filiação consubstanciaria uma «adoção de fato», ancorada na sócio-afetividade, e não uma adoção formal, propriamente dita.

XI.10. A tendência para o estabelecimento do equilíbrio e coexistência entre a verdade biológica e a verdade sociológica e o princípio da coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica

A importância do princípio biológico ou do sangue, como critério de vinculação da família, no âmbito do ordenamento jurídico nacional, onde, desde sempre, assentaram os vínculos familiares, acompanhando as mutações sócio-culturais e a emergência de novas

⁹⁴³ Tratou-se de um caso em que o pai que registara o filho, sob invocação de desconfianças da autoria da paternidade biológica, pelo que, terminado o relacionamento com a mãe, propôs acção de anulação do registo, requerendo a realização de exame de ADN, que lhe não foi concedido, por se ter considerado que o que estava em causa não era a realização de exame biológico, mas antes verificar a existência de sócio-afetividade que, no caso, se entendeu presumida pela manifestação da vontade, não tendo o registo sido anulado com o fundamento de que a declaração espontânea feita ao oficial do registo civil se equipara à adoção, Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 700009804642, ano de 2005, www.tjrs.jus.com.br; Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 70006979538, de 5-11-2003, www.tjrs.jus.com.br; Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 599277365, de 10-09-1999, www.tjrs.jus.com.br; Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 1.0672.00.029573-9/001 (1), ano de 2007, www.tjrs.jus.com.br

⁹⁴⁴ Decidiu manter-se o registo de nascimento contrário à paternidade biológica, por se considerar constituída a relação de afeto entre pai e filha e que a verdade biológica não poderia desconstruir, em acção proposta por outros filhos daquele, tendo o reconhecimento ocorrido pouco antes do falecimento do mesmo, que criara a filha da sua companheira como se sua filha fosse, desde o nascimento, Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp878.941, de 2008, www.stj.jus.com.br

formas de família, passou a co-existir, gradualmente, com o princípio da sócio-afetividade, como critério de vinculação familiar, e a afetividade e sua tutela a figurar, implícita ou explicitamente, na nomenclatura da lei nacional.

O critério que preside a toda a atividade do estabelecimento da filiação é de natureza, puramente, biológica, não cabendo ao tribunal apreciar a oportunidade ou a conveniência do modo da sua designação, mas, tão-só, julgar se os elementos reunidos se afiguram garantir a prova do vínculo biológico, com vista à necessidade da descoberta da identidade do progenitor, no interesse público da fixação do parentesco sanguíneo.

No âmbito do estabelecimento da filiação, eliminada a tradicional discriminação de regime entre filhos nascidos do casamento [filhos legítimos] e filhos nascidos fora do casamento [filhos «ilegítimos»], por exigência constitucional decorrente do estipulado pelo artigo 36º, nº 4, da CRP, a relevância da denominada verdade biológica⁹⁴⁵ conheceu um inegável impulso, após a Reforma de 1977.

A mudança operada com esta reforma constitucional introduziu, como uma das suas principais linhas de força, a ideia da prevalência da filiação real sobre a filiação fictícia, mesmo quando tal conduz ao afastamento de falsas legitimidades, ao contrário do que acontecia com o Código Napoleónico e com os subsequentes Códigos Civis, seus subsidiários, que consagravam numerosas ficções legais, ignorando-se, sistematicamente, as relações adulterinas ou incestuosas, como se verificava, em Portugal, na versão originária do CC de 1966.

De facto, o princípio da verdade biológica é um princípio estruturante do Direito da Filiação nacional, traduzindo-se na exigência de que a maternidade e a paternidade, juridicamente, estabelecidas correspondam, efetivamente, aos vínculos biológicos da maternidade e da paternidade.

No contexto do sistema de estabelecimento da filiação português, a exigência decorrente do princípio da verdade biológica traduz uma opção consciente do legislador no sentido de sacrificar outros interesses ou valores, nomeadamente, o concreto interesse do filho, o interesse de não perturbar a paz e tranquilidade familiares e a estabilidade sócio-

⁹⁴⁵ Francisco Pereira Coelho, *Filiação*,..., citado, 16 e ss.; Guilherme de Oliveira, *O Estabelecimento da Filiação: mudança recente e perspectivas*,..., citado, 91 e ss.

afetiva de uma relação que não tenha por base um vínculo biológico, ao altar da realização do fim da total e absoluta correspondência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, repercutindo-se a relevância desta, fundamentalmente, nas seguintes alterações legislativas:

[a] A divisibilidade do período legal presumido de concepção, com a consagração da ação judicial destinada à fixação da data provável da concepção, nos termos do disposto pelo artigo 1800º, do CC, de modo a obter-se um apuramento mais exato da época legal de concepção, em toda e qualquer gestação, por oposição à anterior regra da indivisibilidade desse período;

[b] A via da constituição do vínculo de maternidade, por simples menção ou declaração, vedando-se a perfilhação, com a inerente "fragilização" da presunção "pater is est... ", quer quanto aos filhos concebidos antes do casamento [artigo 1828º], quer depois de finda a coabitação dos cônjuges [artigos 1829º a 1831º], fazendo este último preceito legal renascer a presunção de paternidade "quando exista posse de estado de filho relativamente a ambos os cônjuges", na ocasião do nascimento, ou ainda quando a mulher casada faça a declaração do nascimento com indicação de que o filho não é do marido [artigo 1832º, nº 1], provando-se que, no período legal da concepção, existiram relações entre os cônjuges, que tornam verosímil a paternidade do marido [artigo 1831º, nº 1] e, por fim, no caso de concurso de presunções de paternidade [artigo 1834º], todos do CC;

[c] O afastamento da designação de «presunção de legitimidade» para se consagrar a denominação «presunção de paternidade» do marido da mãe, em relação aos filhos concebidos na vigência do matrimónio [artigo 1826º, do CC];

[d] O alargamento substancial do universo das pessoas dotadas de legitimidade ativa para a propositura da ação de impugnação da presunção de paternidade do marido da mãe [artigos 1839º a 1841º, do CC];

[e] A alteração do regime da própria impugnação da paternidade marital, no que toca aos fundamentos da ação, pois que se eliminaram as "causas determinadas" do pedido, admitindo-se que o autor deva provar que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido é "manifestamente improvável" [artigo 1839º, nº 2, do CC], fórmula

que difere, inclusive, da usada noutros ordenamentos⁹⁴⁶, para além do alargamento dos termos da legitimidade processual;

[f] A abertura do regime da ação de investigação da paternidade fora do casamento, transformando-se os outrora pressupostos de facto da admissibilidade de ação em meras presunções legais ilidíveis, com a consequente inversão do ónus da prova, nos termos do preceituado pelos artigos 1871º e 350º, do CC⁹⁴⁷, suplantando-se, v.g., os critérios legais francês e italiano, que não o alemão;

[g] Mas, especialmente, a consagração do princípio de liberdade dos meios de prova, estatuidando, a este propósito, o artigo 1801º, do CC, que "nas ações relativas à filiação são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados".

Com efeito, esta plenitude de liberdade probatória da investigação da paternidade, naturalmente, condicionada pelo valor científico dos meios utilizados, hoje em dia, com indiscutível rigor, e não, apenas, fundamentalmente, seguros quanto à negação da filiação⁹⁴⁸, é a expressão mais lídima do princípio da coincidência da verdade biológica com o vínculo jurídico da filiação, que afluía já, com alguma consistência, na versão primitiva do CC de 1966⁹⁴⁹, mas de que a Reforma de 1977 se encontra impregnada⁹⁵⁰.

A própria averiguação oficiosa da paternidade, para além de aproveitar ao menor, serve, fundamentalmente, o interesse público do estabelecimento da verdade biológica, que perdura depois da morte do perfilhado, sendo certo que, de acordo com o

⁹⁴⁶ Guilherme de Oliveira, O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas, ..., citado, 96; e Critério Jurídico da Paternidade, reimpressão, Coimbra, Almedina, ..., citado, 263 e ss.

⁹⁴⁷ Francisco Pereira Coelho, Filiação, ..., citado, 19 e 84 e ss.; e Guilherme de Oliveira, O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas, ..., citado, 97 e 98.

⁹⁴⁸ Guilherme de Oliveira, O estabelecimento da filiação: mudança recente e perspectivas, ..., citado, 100 a 102; e Critério Jurídico da Paternidade, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, ..., citado, 316.

⁹⁴⁹ Nomeadamente, a possibilidade de impugnação da perfilhação que não correspondesse à verdade [artigo 1836º, do CC], a possibilidade da perfilhação dos filhos adulterinos, como resultava, «a contrario», do disposto no artigo 1909º, nº 1, do CC, a possibilidade de menção no registo de nascimento da filiação materna, com o consequente estabelecimento da maternidade, independentemente, de reconhecimento pela própria mãe, quando feita a partir de declaração qualificada, como seja a do médico que assistiu ao parto ou a do diretor do estabelecimento oficial de saúde ou assistência onde haja ocorrido o nascimento [artigo 1843º, do CC] e a admissibilidade de averiguação oficiosa de paternidade, sem sujeição da ação aos limites do artigo 1860º [artigo 1848º, nº 4, do CC].

⁹⁵⁰ Isabel de Magalhães Collaço, A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois, ..., citado, 32 e 33.

disposto pelo artigo 1859º, nº 1, do CC, “a perfilhação que não corresponde à verdade é impugnável em juízo mesmo depois da morte do perfilhado”.

Porém, não obstante o ponto de partida para o estabelecimento da filiação ser o princípio da verdade biológica⁹⁵¹, a lei estabelece exceções ao mesmo, em nome do superior interesse da criança.

Assim, no âmbito da preocupação da tutela da relação sócio-afetiva entre o companheiro ou companheira da mãe ou do pai e a criança, prevê o nº 4, do artigo 1906º⁹⁵², do CC, que “o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”.

Por outro lado, na mesma linha principiológica, situa-se a proibição da impugnação da paternidade com fundamento em inseminação artificial, pelo cônjuge que nela consentiu, atento o disposto pelo artigo 1839º, nº 3, em casos de falta de coincidência entre a paternidade legal e a paternidade biológica, com a consequente recusa de legitimidade formal e plena ao progenitor biológico para impugnar a presunção de paternidade, em relação ao marido da mãe, cabendo a legitimidade para a impugnação da paternidade ao MP, a requerimento de quem se declarar pai do filho, se for reconhecida pelo tribunal a viabilidade do pedido, nos termos do disposto pelo artigo 1841º, nº 1, ambos do CC, razão pela qual deixou de repugnar à lei a solução de uma paternidade legal contrária à chamada filiação biológica, e, consequentemente, tratando-se de inseminação artificial homóloga consentida, por ambos os cônjuges, nenhum deles pode impugnar a paternidade

⁹⁵¹ A jurisprudência biológica está presente na decisão que confiou o menor aos seus progenitores biológicos que residiam em Portugal e com ele mantinham relações esporádicas, sem embargo de, até então, ter “vivido no Brasil com os seus avós adoptivos com quem estão estabelecidos laços fartos de afecto familiar, considerando-se que o seu regresso a Portugal não irá atentar de forma violenta contra a sua integridade psicossomática”, Acórdão do TRG, de 26-06-1999, Pº nº 1181/07 -1, www.dgsi.pt; jamais tendo ambos os progenitores coabitado com a filha, que vivia com a família de facto, foi entregue a um progenitor biológico que a desconhecia, considerando-se os laços de sangue decisivos na definição do conceito de interesse da criança, Acórdão do TRC, de 25-09-2007, Sumários de Acórdãos da Relação de Coimbra; criança cuidada, desde os 17 meses, por uma família de acolhimento, a quem tinha sido confiada, relativamente à qual foi ordenada a entrega à mãe biológica, de nacionalidade russa, que aguardava, em Centro de Acolhimento Temporário, a concretização da medida de expulsão para o seu país, considerando inexistir perigo na separação da criança, em relação à sua família de acolhimento, com base no princípio matricial da prevalência da família, Acórdão do TRG, de 24-04-2008, Pº nº 864-08-2, www.dgsi.pt

⁹⁵² Na versão introduzida pela Reforma de 2008.

do marido, alegando que não houve entre eles a relação de cópula fecundante do óvulo materno⁹⁵³.

Por sua vez, para o tribunal concluir, depois de ouvir, sempre que possível, a mãe e o marido, pela inviabilidade da ação de impugnação da paternidade, a requerimento de quem se declarar pai do filho, de acordo com o estipulado pelo artigo 1841º, nº 3, do CC, tem de ponderar, não só sobre a verdade biológica do nascimento, mas, também, sobre o interesse concreto da criança inserida na família composta pela mãe e pelo marido, o qual poderá opor-se à propositura e procedência da ação de impugnação da presunção de paternidade.

Nesta situação da ação de impugnação da presunção de paternidade, há que conceder relevância, por igual, aos interesses do pai biológico e do pai presumido, mas colocando o assento tónico no interesse da criança e, bem assim como, no impacto e consequências que terão na sua vida a perfilhação ou a manutenção da paternidade presumida e, portanto, legal, protegendo a família ao não permitir ao pai biológico o estabelecimento da paternidade.

Com efeito, o progenitor que nunca estabeleceu qualquer laço emocional com a criança e que, por tal facto, foi impedido pelo progenitor feminino de a contactar, viu, assim, a paternidade biológica ser suplantada pela paternidade relacional estabelecida com outro homem e companheiro daquela⁹⁵⁴.

Outra exceção ao princípio da tendencial coincidência entre o vínculo jurídico da filiação e a verdade biológica, a propósito da PMA, verifica-se com os dadores, que não são havidos como progenitores da criança que vai nascer, não se preservando o conhecimento da respetiva identidade biológica, não lhes cabendo quaisquer poderes ou deveres parentais, nos termos do preceituado pelos artigos 10º, nº 2, 20º e 21º, da LPMA⁹⁵⁵, sendo certo, por outro lado, que as pessoas nascidas em consequência de dádiva de gâmetas ou embriões, já não se encontram impedidas de obter informações sobre a

⁹⁵³ Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, V,..., citado, 190 e 191.

⁹⁵⁴ Nylund v. Finland, Recurso nº 27110/95, TEDH, 1999-VI, www.coe.int

⁹⁵⁵ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 17/2016, de 20 de junho.

identidade do dador, uma vez que o pai é aquele que regista a criança e que exerce o correspondente papel sócio-afetivo⁹⁵⁶.

Efetivamente, a lei nacional não deixa de ser sensível à tutela, em matéria de filiação, de “valores sociológicos”, consagrando limites à averiguação da verdade biológica, expressos na sujeição das ações de estado a prazos de caducidade [artigos 1809º, b), 1842º, 1866º, b) e 1867º], na exigência do assentimento do filho maior para a eficácia da perfilhação [artigo 1857º], na insusceptibilidade da averiguação oficiosa da filiação, quer da maternidade [artigo 1809º, a)], quer da paternidade [artigo 1866º, a)], se reveladora de um incesto, na proibição do estabelecimento da filiação biológica depois de decretada a adoção [artigo 1987º], na preclusão do direito de impugnar a paternidade presumida do marido da mãe com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu [artigo 1839º, n.º 3], e, por fim, no caso de consentimento da inseminação artificial heteróloga⁹⁵⁷, mas não já, hipótese em que volta a sobrelevar o valor da coincidência entre a verdade biológica e o vínculo jurídico da filiação, na impugnação judicial da paternidade, relativamente ao filho nascido ou concebido durante o matrimónio da mãe, em que a legitimidade para a ação é concedida ao marido e ao filho, podendo ainda o MP intentá-la, a requerimento de quem se declare pai do filho, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1839º e 1841º, todos do CC, devendo o autor demonstrar na ação que, de acordo com as circunstâncias, a paternidade do marido da mãe é, praticamente, improvável.

Em matéria de estabelecimento da filiação, aponta-se para a primacial valência da chamada “verdade biológica” e da plena liberdade probatória, muito embora, em variadas situações, se verifiquem recuos, designadamente, em áreas conexas com a

⁹⁵⁶ Acórdão do TC n.º 225/2018, P.º n.º 95/17, de 24-4-2018, DR n.º 87/2018, Série I, de 7-5-2018, que declarou “a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa;”.

Entretanto, o TC, na sequência de um novo Decreto da AR, de julho de 2019, que persistiu no regime que foi julgado inconstitucional, voltou a declarar a inconstitucionalidade do mesmo, através do Acórdão n.º 465/2019, de 18 de setembro, proferido no processo n.º 829/2019, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>

⁹⁵⁷ Guilherme de Oliveira, O estabelecimento da filiação, ..., citado, 98.

portabilidade do estado de filho "legítimo", ou com a denúncia do estado de filho incestuoso, ou, ainda, com a preservação da filiação constante de registo, tutelada e confirmada por posse de estado, ou, por fim, com a imposição de prazos de caducidade, de restrições à legitimidade, ou de condições de admissibilidade ou verosimilhança nas ações de estado.

Na verdade, nem sempre uma relação, meramente, biológica é, ao mesmo tempo, uma relação familiar, para efeitos do disposto pelo artigo 8º, nºs 1 e 2, da CEDH⁹⁵⁸, porquanto o mero vínculo biológico, desprovido de uma relação pessoal próxima da criança com o progenitor, não constitui uma relação familiar protegida⁹⁵⁹.

Com efeito, residindo o expoente máximo da verdade afetiva ou sociológica na adoção, esta consiste na expressão legal perfeita de um vínculo familiar, exclusivamente, fundado no critério sócio-afetivo, traduzindo, “não a identidade biológica ou genética, mas a verdade sociológica ou afetiva vivida pela criança”⁹⁶⁰, sendo objeto de garantia institucional, consagrada pelo artigo 36º, nº 7, tal como a maternidade e a paternidade biológicas, e a sua função parental está protegida pelo artigo 68º, nºs 1 e 2, ambos da CRP.

E, se os pais biológicos não demonstrarem, objetivamente, a qualidade e continuidade dos vínculos afetivos próprios da filiação com os filhos acolhidos por um particular ou por uma instituição, quebram-se, em definitivo, os laços de filiação biológica pré-existent, abrindo-se caminho, em nome do superior interesse da criança, para o estabelecimento de um novo vínculo de filiação, agora adotiva, assente no afeto, em conformidade com o estipulado pelo artigo 1978º, nº 1, e), do CC, enfatizando-se que “a família é um lugar de afeto, dependendo a qualidade do afeto da potencialidade afetiva da pessoa que cuida da criança no dia-a-dia, que acompanha os seus sonhos e vive as suas alegrias”⁹⁶¹.

⁹⁵⁸ “Toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar...”, sem que, em princípio, possa “haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão...”.

⁹⁵⁹ *Lebbink v. The Netherlands*, Recurso nº 45582/99, TEDH, de 1-09-2004, www.coe.int; Uma outra situação paradigmática de inexistência de uma relação familiar protegida, embora com reconhecimento da natureza familiar da relação de adoção, aconteceu num caso de adoção internacional, em que a adoção foi decretada na instância nacional, por sentença judicial, mas sem que nunca tenha havido qualquer contacto ou relação emocional entre os adoptantes e as crianças, com cerca de dez anos, mas que se recusaram a sair do país e do ambiente social em que viviam na instituição, *Pini and others v. Romania*, Recursos nº 78028/01 e nº 78030/01, TEDH, de 22-09-2004, www.coe.int

⁹⁶⁰ Acórdão do STJ, de 30-11-2004, Revista nº 04A3795, www.dgsi.pt; e SJ, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, nº 301, Janeiro/Março de 2005, Braga, 2005, 129.

⁹⁶¹ Acórdão do STJ, de 30-11-2004, Revista nº 04A3795, www.dgsi.pt

Outra manifestação do princípio da sócio-afetividade acontece ainda na definição do critério de formação do vínculo para-familiar da tutela, porquanto compete ao Tribunal de Família e Menores⁹⁶², em matéria cível, ouvido o conselho de família, nomear o tutor de entre os parentes ou afins do menor ou de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do mesmo ou tenham por ele demonstrado afeição, quando os pais não hajam designado tutor ou este não tenha sido confirmado, nos termos das disposições combinadas dos artigos 1931º, nº 1, 1923º, nº 1 e 1921º, todos do CC, e 6º, a), do RGPTC.

De igual modo, o cônjuge sobrevivente que, anteriormente, ocupava o quarto lugar da ordem dos sucessíveis legítimos, a seguir aos descendentes, ascendentes, irmãos e sobrinhos do falecido⁹⁶³, ascendeu, agora, à primeira classe de sucessíveis, com os descendentes, à segunda, com os ascendentes, ou à terceira, sozinho, inexistindo descendentes e ascendentes, de acordo com o disposto pelo artigo 2133º, nºs 1 e 2, do CC, como sintoma da relevância dos afetos, no campo sucessório, onde o vínculo matrimonial é equiparado ou assume mesmo primazia em relação ao elo sanguíneo⁹⁶⁴.

Tratou-se aqui de vencer a resistência imposta pela secular tradição da troncalidade do direito sucessório nacional, ou a recusa em considerar a mulher, em termos estatísticos, o cônjuge, maioritariamente, sobrevivente à dissolução do casamento por morte, como herdeira legitimária, com a inerente vocação para a transmissão dos bens do cônjuge pré-defunto, ao arripio do critério de sangue, como único elo, verdadeiramente, gerador do vínculo familiar⁹⁶⁵.

A relevância do afeto manifesta-se, também, no vínculo extra-matrimonial da união de facto, e, desde logo, com a Reforma de 1977, por força da qual aquele que vivesse com pessoa não casada ou separada, judicialmente, de pessoas e bens, há mais de dois anos, em condições análogas às dos cônjuges, tinha direito de exigir alimentos da herança do falecido, se os não pudesse obter através das pessoas obrigadas a alimentos, atento o

⁹⁶² Ou, às secções de família e menores da instância central do tribunal de comarca, na ausência de implantação territorial do Tribunal de Família e Menores.

⁹⁶³ Contudo, segundo a redação originária do artigo 2146º, do CC, “sendo a sucessão deferida aos irmãos ou seus descendentes...o cônjuge sobrevivente tem direito, como legatário legítimo, ao usufruto vitalício da herança”, o que permitia conjugar a garantia da satisfação das suas necessidades, ao nível dos alimentos, com a preservação do património na linha sanguínea do «de cujus».

⁹⁶⁴ Guilherme de Oliveira, O sangue, os afectos e a imitação da natureza, ..., citado, 9.

⁹⁶⁵ Isabel Magalhães Colaço, A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois, ..., citado, 39.

estatuído pelo artigo 2020º, nº 1, do CC, na redação, então, em vigor, tendo-se vindo a reforçar a tutela da união de fato, com a LUF, posteriormente, alterada, pela Lei nº 23/2010, de 30 de agosto.

Por seu turno, tal como acontece com a situação da confiança judicial do menor com vista a adoção, a falta de cuidados ou de afeição adequados ao mesmo pelos seus familiares consanguíneos, pode conduzir à limitação ou exclusão das responsabilidades parentais dos progenitores, em conformidade com o preceituado pelos artigos 3º, nº 2, c), da LPCJP, 1915º, nº 1 e 1918º, do CC.

Traduz, igualmente, um sinal da importância do afeto entre os membros da grande família, da “ligação afetiva e do auxílio mútuo entre as gerações”⁹⁶⁶, o direito ao convívio recíproco da criança com os avós e irmãos, consagrado pelo artigo 1878º-A, do CC, com vista ao desenvolvimento da sua personalidade e da formação sócio-moral da mesma⁹⁶⁷
⁹⁶⁸.

A posse de estado de filho, que constitui uma presunção legal de paternidade, atento o disposto pelo artigo 1871º, nº 1, a), do CC, representa outra manifestação do princípio do afeto, pois que, então, o vínculo que une o filho e o pretense pai tem, pelo menos, natureza social e efetiva.

A "verdade biológica" vai cedendo, hoje em dia, a alegados progressos científicos, no campo da inseminação artificial, ao mesmo tempo, que se buscam limites éticos, onde o Direito parece ter deixado de o ser, admitindo-se, mais ou menos, complacentemente, a inseminação artificial heteróloga consentida, homóloga ou com anonimato do dador e, até mesmo, a fecundação artificial, através do recurso a "mães de substituição", contornando-se os alicerces do edifício familiar, tradicionalmente, assente na procriação conjugal, que, outrora, apenas, conhecia a ressalva da família adotiva, e, mesmo esta, com base numa funcionalidade condicionada por semelhança.

⁹⁶⁶ Maria Clara Pereira Sottomayor, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, ..., citado, 194.

⁹⁶⁷ Acórdão do TRC, de 26-2-2008, Processo nº 50031-B/2000.C1, www.dgsi.pt

⁹⁶⁸ Há várias cidades, na Dinamarca, que criaram o «Sistema dos Avós Empréstados», em que os cidadãos seniores se oferecem a uma família específica para ser avós emprestados, Meik Wiking, Presidente do Happiness Research Institut, O Livro do Lykke, Os Segredos das Pessoas mais felizes do Mundo, 2017, Edições Zero a Oito, 177, que conclui no sentido de que “Num mundo perfeito, todos teríamos políticas familiares escandinavas e avós portugueses”.

É, hoje, pacífico que o reconhecimento jurídico do vínculo biológico já não constitui um fim prosseguido, em primeira linha, pelo legislador, que, agora, está mais preocupado com a situação de risco que essa situação, eventualmente, possa traduzir, acreditando mais nas virtualidades da adoção, a alcançar através da confiança judicial ou da aplicação da medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, do que no protelamento do processo de averiguação oficiosa da paternidade ou da maternidade.

A verdade biológica, como critério de estabelecimento da filiação, não se pode confundir com a realidade sociológica dos afetos, como critério do estabelecimento ou determinação da residência que respeite o direito da criança a viver num ambiente familiar.

Num sistema jurídico como o português, ainda tão enfeudado às virtualidades da verdade biológica dos vínculos da filiação, que se exprime em vários aspetos do seu regime legal, mas que se sintetizam no princípio angular da prova livre na investigação de paternidade, de acordo com o prescrito pelo artigo 1801º, do CC⁹⁶⁹, com a correspondente eliminação dos pressupostos ou condições objetivas de admissibilidade da ação de investigação de paternidade, anteriormente, existentes, ora convertidos em presunções legais de paternidade, face ao consagrado pelo artigo 1871º, ambos do CC, a primazia da revolução afetiva dos sentimentos, podendo constituir uma resposta política de ocasião, para uma comunidade social de interesses, tão heterogénea, embora, genuinamente, defensora dos ideais de promoção e da proteção dos menores e do combate a uma indefinição estratégica da sua situação, contribuiria, a curto prazo, para o desmoronar acelerado do ordenamento jurídico familiar, decorrente da reforma constitucional de 1977, em que aquele princípio da verdade biológica se solidificou.

Aliás, a LPCJP colocou o interesse superior da criança, como princípio orientador da intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo, em absoluto paralelismo com os princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família, constantes do respetivo artigo 4º, a), f) e g), como sinal inequívoco de que as realidades sociológica e biológica devem coexistir, sem qualquer prevalência entre si,

⁹⁶⁹ Segundo o qual “...são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”.

que não seja a do respeito pelo princípio da unidade do sistema jurídico, dentro do quadro dos valores legais dominantes.

Reconhecendo a existência de algumas brechas na muralha da verdade biológica, abertas pelos defensores da sociologia do afeto, em relação aquelas famílias que cumprem o seu papel afetivo e social, sem um substrato ou vínculo biológico, ou naqueles casos em que deve ser evitado o reconhecimento da filiação biológica, por se revelar inconveniente para a defesa dos interesses dos filhos menores, importa não esquecer que a primazia acrítica da verdade afetiva sobre a verdade biológica conduziria a uma alteração estrutural dos princípios fundamentais em que assenta a definição do estado das pessoas, sendo certo que as leis atuais constituem ainda um quadro jurídico de referência que permite prosseguir os objetivos fundamentais do ordenamento.

De igual modo, a prevalecer, sem mais, a verdade afetiva, em caso de concorrência com a verdade biológica, perder-se-ia, de imediato, a segurança e a certeza jurídicas, não ganhando, por certo, a justiça, nem a equidade, e, dificilmente, se assistindo ao triunfo dos interesses prioritários das crianças e jovens menores.

Finalmente, sendo a nossa ordem jurídico-familiar de génese, marcadamente, biológica, o Direito da Família regula as relações jurídicas entre as pessoas ligadas entre si pelos laços biológicos da procriação, ou ainda pelos vínculos legais do casamento, da afinidade e da adoção, estes últimos de carácter, manifestamente, não biológico.

De facto, no âmbito das relações jurídico-privadas reguladas pelo Direito da Família, que têm por fonte o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, como resulta do disposto pelo artigo 1576º, do CC, apenas, o parentesco se constrói com base em vínculos biológicos, ao contrário das restantes três, que assentam em vínculos sócio-afetivos.

Assim, o casamento “é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida [artigo 1577º], a afinidade “o vínculo que liga cada um dos cônjuges aos parentes do outro” [artigo 1584º], e a adoção “é o vínculo que, à semelhança da filiação natural, mas independentemente dos laços de sangue, se estabelece legalmente entre duas pessoas, nos termos dos artigos 1973º e seguintes” [artigo 1586º, todos do CC].

Deste modo, o casamento, e, por maioria de razão, a afinidade que nele se sustenta⁹⁷⁰, são vínculos legais independentes dos laços de sangue, característica esta de que, apenas, o parentesco natural é portador, em exclusivo.

É que, nem mesmo a adoção, que é um vínculo, em tudo semelhança à filiação natural, exceto nos laços de sangue, fonte, como já se disse, de relações jurídico-familiares, apesar da sua semelhança intrínseca, no plano normativo, com a filiação natural, o legislador quis incluir, no título III (Da Filiação), do Livro IV (Direito de Família), do CC.

E este, talvez, tenha sido o sinal mais exuberante que o legislador do CC de 1966 quis transmitir, deliberadamente, no sentido da sua menor condescendência com a verdade não biológica, desde logo, por abstrair, na constituição do vínculo entre adotantes e adotados, da existência de laços de sangue, ao invés do que sucede com o vínculo do parentesco, de acordo com o disposto pelo artigo 1578º, mas, também, especialmente, porque, tratando-se de um vínculo estabelecido por lei, por não possuir carácter instrumental, não pode já ser suprimido por lei, através da caducidade do consentimento para a adoção, que é irreversível, não sendo revogável e não se encontrando sujeito a caducidade, face ao prescrito pelo artigo 1983º, nº 1, ambos do CC.

Com efeito, afastada a possibilidade da revogação do consentimento para a adoção, por parte dos pais do adotando, que, assim, se torna irreversível, já não subsiste, presentemente⁹⁷¹, a hipótese da sua caducidade, isto é, do consentimento prestado fora do processo de adoção, a título precário, ou seja, da caducidade do consentimento prévio, porquanto, se, decorrido o prazo de três anos, após a sua prestação, a criança não tiver ainda sido adotada, nem confiada, por via administrativa, nem, finalmente, lhe tiver sido aplicada a medida de promoção e proteção de confiança com vista a futura adoção, em vez da anterior caducidade, «ope legis», deve, antes, o MP promover as iniciativas processuais, cíveis ou de proteção, adequadas ao caso, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1983º, nºs 1 e 2, do CC, e 35º, nº 1, g), da LPCJP.

⁹⁷⁰ Com a ressalva da situação do divórcio, porquanto a afinidade cessa com essa causa de dissolução do casamento, atento o preceituado pelo artigo 1585º, do CC.

⁹⁷¹ E tal acontece com a alteração da redação introduzida ao artigo 1983º, nºs 1 e 2, do CC, pelo RJPA.

Esta alteração teve em vista acelerar todo o processo de adoção, numa tentativa de dar uma nova família ao menor, no mais curto espaço de tempo possível, denegando aos pais biológicos o direito ao arrependimento, e motivando-os a tomar a decisão de prestar o consentimento prévio, de forma esclarecida, livre e ponderada⁹⁷².

Se as relações jurídico-familiares podem ter a sua génese no casamento, e, no limite das relações jurídicas para-familiares, na união de facto, ou numa relação mais ou menos esporádica, tudo situações de natureza não biológica, enquanto manifestações de maior ou menor afetividade, mas sempre desprovidas de conteúdo biológico, com ressalva, quanto a esta última fonte, da relação anómala do incesto, não é de excluir que o vínculo da parentalidade se possa constituir com base em relações de sócio-afetividade.

A isto acresce que a relação afetiva pode assumir foros de relação jurídico-familiar, com vista à subsunção da respetiva factualidade na norma do artigo 8º, da CEDH, nos casos em que os adultos mantêm laços afetivos estreitos, de tipo parental, com as crianças de quem cuidam, dependendo da natureza da relação dos pais biológicos entre si e do interesse e compromisso manifestados pelo pais, em relação à criança, antes e depois do nascimento.

A relação familiar, juridicamente, protegida deve ser, assim, uma ligação assente em laços de afetividade, consolidados pelo decurso do tempo, independentemente, dos vínculos biológicos ou outros, como sejam, os adotivos, pré-existentes.

Nos conflitos entre os pais biológicos que não exercem as responsabilidades parentais, nem cuidam da criança, e terceiros com a guarda de facto⁹⁷³, o critério decisivo resulta da perspetiva da criança, em relação à situação, e do seu interesse em não ser separada da família afetiva, que, de facto, se responsabiliza por ela⁹⁷⁴.

⁹⁷² Margarida Porto, O Direito a Uma Família Real, O Relevo do Consentimento dos Pais Biológicos na Constituição da Relação de Adopção, BFDUC, Volume LXXX, Coimbra, 2004, 865.

⁹⁷³ A guarda de facto é a relação que se estabelece entre a criança e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais – artigo 5º, b), da LPCJP.

⁹⁷⁴ Considerou-se que violou o disposto pelo artigo 8º, da CEDH, a decisão que confirmou a permanência de uma criança junto da família de acolhimento, suspendendo o acesso ao pai biológico, sem ter analisado a viabilidade de promover a reunião deste com a criança numa família, sem a verificação de circunstâncias excecionais justificativas, relevando-se, para tanto, a vontade inequívoca do pai, manifestada durante a gravidez, de assumir os cuidados da criança. Tratava-se de um caso em que a mãe biológica consentiu na adoção da criança, sem o conhecimento do pai biológico, de quem tinha estado

O que não pode acontecer é que a intervenção do Estado na família biológica, através de uma medida de proteção à criança, a pretexto da urgência que a situação reclama, seja, logo, no momento inicial, violadora dos direitos parentais, com a transferência da guarda para terceiros e a concomitante restrição do direito de visita e da relação de proximidade com os pais biológicos, consequências nefastas que o decurso do tempo se encarregará de corrigir ou mitigar, mediante a consolidação da integração da criança na família de acolhimento, a fim de evitar situações de facto consumadas propiciadoras de considerações pertinentes, em torno das contraindicações derivadas da desintegração da criança do seu ambiente e das suas relações afetivas principais⁹⁷⁵.

Porém, é admissível a previsão da faculdade da extensão do exercício das responsabilidades parentais, mediante prova da parentalidade sócio-afetiva, após avaliação concreta do superior interesse da criança, ao companheiro da mãe ou à companheira do pai, que a cuida e educa, após a rutura da relação formal ou de facto entre o casal onde aquela nasceu, desde que comprovada a existência de efetivos e consolidados laços de sócio-afetividade entre a criança e o parceiro ou parceira da mãe ou do pai.

A jurisprudência nacional tem vindo a atribuir, de forma crescente, a guarda a terceira pessoa, em especial, aos avós da criança, rejeitando a prevalência do vínculo biológico de parentalidade, mas atendendo ao critério da prestação de cuidados, mesmo que a mãe ou o pai biológicos não sejam incapazes, nem criem situações de perigo para os filhos⁹⁷⁶.

noiva, na altura da conceção, *Görgülü. v. Germany*, Recurso nº 74969/01, TEDH, de 26-05-2004, www.coe.int. Diferentemente, o Tribunal transformou a guarda de facto, a cargo dos avós, em guarda de direito, pois que estes demonstraram “grande apego e afeição pelo menor, proporcionando-lhe bem-estar e condições adequadas ao seu desenvolvimento”, Acórdão do TRL, de 31-01-2002, CJ, Ano XXVII (2002), Tomo I, 95 e 96; e Acórdão do TRP, de 10-01-1991, Pº nº 0225403, www.dgsi.pt

⁹⁷⁵ A colocação imediata do recém-nascido, no sistema público de proteção, com restrições ao direito de visita dos pais, violou o direito à vida familiar, protegido pelo artigo 8º, da CEDH, mas os pais biológicos não o podem invocar para requerer a entrega da criança, que vivia com uma família de acolhimento, desde os sete meses de idade, por tal ser susceptível de lesar a sua saúde e desenvolvimento, *K. and T. v. Finland*, Recurso nº 25702/94, TEDH, de 27-04-2000, www.coe.int; A não permissão do direito do pai à vida familiar com o filho, ao não ser dada execução coerciva ao direito de visita daquele, deixou de constituir uma violação do artigo 8º, da da CEDH, quando a sua guarda foi transferida para os avós maternos que tinham cuidado dela, a pedido do pai, após a morte da mãe, *Hokkanen v. Finland*, Recurso nº 19823/92, TEDH, de 23-09-1994, www.coe.int

⁹⁷⁶ Assim, a atribuição da guarda à avó materna que assumiu, ao longo dos últimos doze anos, todos os cuidados com os netos e a responsabilidade de orientação dos seus processos educativos, e com quem estes mantêm uma relação profunda de afeto, Acórdão do TRP, Pº nº 0635220, de 23-11-2006, www.dgsi.pt; no mesmo sentido, os progenitores viram limitado o exercício do poder paternal,

Esta solução jurisprudencial veio a ser adotada, pelo artigo 1907º, nº 1, do CC, na redação dada pela Reforma de 2008, ao consagrar que “por acordo ou decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa”, admitindo, implicitamente, que a criança seja entregue a terceiros, na ausência de perigo, se a solução se justificar, no estrito interesse da mesma.

Esta redação legislativa, ao pretender fazer face à noção demasiado restritiva de perigo⁹⁷⁷, defendida por alguns tribunais, permitiu o alargamento das situações de confiança a terceiros, podendo conflitar com o princípio da inseparabilidade dos pais em relação aos filhos, constante do artigo 36º, nº 6, da CRP, que garante que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles”⁹⁷⁸.

No âmbito do CE, a jurisprudência do TEDH retira ao princípio da verdade biológica o monopólio da qualificação das relações constitutivas da vida familiar, reconhecendo a importância da afetividade, para esse efeito, embora sem se referir, expressamente, à mesma, porquanto a vida familiar assenta sobre um conjunto de relações, de natureza física, jurídica e afetiva, assim como nas responsabilidades económicas e sociais⁹⁷⁹.

relativamente ao menor de sete anos, seu filho, confiando-se a criança à guarda dos avós maternos, ele com 73 e ela com 69 anos, encontrando-se o pai casado e a mãe a viver com outro filho e o companheiro, também, filho deste, sentença do 4º Juízo, 1ª secção, do Tribunal de Coimbra, de 23-02-1989, Pº nº 439/88, confirmada por Acórdão do TRC, não publicado.

⁹⁷⁷ Teria sido preferível a alteração do artigo 3º, da LPCJP, de forma a introduzir, na enumeração das situações de perigo, uma nova alínea que aditasse que “considera-se que a criança ou o jovem está em perigo quando, designadamente, se encontra numa das seguintes situações: d) Está aos cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação, e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais”, Dulce Rocha, *O Superior Interesse da Criança na Perspectiva do Respeito pelos Seus Direitos*, Lisboa, Instituto de Apoio à Criança, 2008, 20, ultrapassando-se o entendimento segundo o qual “encontrando-se os pais, os representantes legais ou de facto numa situação de incumprimento dos seus deveres funcionais (...), tal não basta para que, desde logo, se verifique uma “intervenção” das entidades competentes para defesa e/ou protecção da criança/jovem”, Beatriz Marques Borges, *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, Coimbra, Almedina, 2007, 36.

⁹⁷⁸ Defendendo a inconstitucionalidade da norma, Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s),...*, citado, 166 e 167.

⁹⁷⁹ Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, 240.

Consolidando-se a afetividade sócio-familiar, sob a forma de posse de estado, durante um determinado lapso de tempo, ainda que o mero ato de reconhecimento não faça presumir a existência de uma realidade sócio-afetiva, não se deverá, sem mais, admitir a impugnação da perfilhação, privilegiando a verdade biológica, desde que tal não corresponda ao interesse do filho.

Com efeito, se a destruição do vínculo de filiação assente na sócio-afetividade é suscetível de conduzir a consequências desvantajosas para o filho, nomeadamente, a nível emocional, ou, mesmo, a nível patrimonial, por poder ser privado da prestação de alimentos ou de uma expectativa sucessória, a manutenção de um falso vínculo de filiação conservará uma paternidade que não é biológica, nem sócio-afetiva, mas que se aceita poder vir a ser destruída, desde que corresponda aos interesses do filho na prossecução do princípio da descoberta da sua identidade biológica.

O direito constitucional à identidade, sem distinguir entre as situações de investigação e as de impugnação, ou seja, «sempre que uma questão de filiação é colocada»⁹⁸⁰, tem subjacente a natureza, predominantemente, moral e pessoal do estado civil, com larga repercussão de interesse geral.

De todo o modo, sem embargo destas aparentes inflexões na linha enfática do afeto, com a transição do paradigma da entidade familiar tradicional para a entidade familiar afetiva, desviou-se a finalidade da instituição familiar, do ponto de vista económico e patrimonial para o afetivo, relevando a família-função, em nome da realização dos direitos de personalidade dos seus membros, atento o preceituado pelo artigo 67º, nº 1, da CRP, que privilegia a afetividade como garantia da sua permanência.

Esta nova realidade da família, enquanto lugar de igualdade e de realização pessoal, alicerçada no afeto, resultante da mutação do quadro de valores em curso, originou múltiplas e profundas alterações sócio-demográficas e legislativas, no domínio da família ocidental, e criou, no seu âmago, a família desinstitucionalizada.

⁹⁸⁰ Acórdão do TC nº 609/07, de 11-12-2007, Processo nº 563/2007, DR, IIª série, de 7 de março de 2008.

A afetividade invadiu a ciência jurídica, para além das vertentes psicológica e sociológica, de modo que a família afetiva ficou imbuída dos mesmos propósitos da família biológica.

Em sentido adverso, fora deste mesmo enquadramento da orientação da relevância sócio-afetiva, registre-se que as pessoas nascidas, em consequência de processos de PMA, com dádiva de gâmetas ou embriões, não estão já impedidas de obter informações sobre a identidade do dador, não obstante o pai ser aquele que regista a criança e que exerce o correspondente papel sócio-afetivo.

Assim, à luz das conceções correntes acerca da importância do conhecimento das próprias origens, enquanto elemento fundamental da construção da identidade pessoal, a previsão constante do artigo 15º, nºs 1 e 4, da LPMA, ao estabelecer como regra, ainda que não absoluta, o anonimato dos dadores, no caso da procriação heteróloga, e, bem assim como, o anonimato das gestantes de substituição, mas, no caso destas, como regra absoluta, mereceu censura constitucional, por constituir uma afetação, indubitavelmente, gravosa dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, consagrados no artigo 26º, nº 1, e do princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 18º, nº 2, ambos da CRP, afigurando-se desnecessária tal opção, mesmo no que respeita à salvaguarda de outros direitos fundamentais ou de valores, constitucionalmente, protegidos, que sempre poderão ser tutelados, de maneira adequada, através de um regime jurídico que consagre a regra inversa, isto é, a da possibilidade do anonimato dos dadores e da gestante de substituição, apenas, quando haja razões ponderosas para tal, a avaliar, casuisticamente⁹⁸¹.

A isto acresce que o artigo 1990º-A, do CC, na redação introduzida pelo RJPA, sob a epígrafe «acesso ao conhecimento das origens», estabelece que “às pessoas adotadas é garantido o direito ao conhecimento das suas origens, nos termos e com os limites definidos no diploma que regula o processo de adoção”, designadamente, conforme resulta do respetivo artigo 4º, quanto ao carácter secreto do processo de adoção, o qual, nos termos do seu nº 2, “incluindo os seus preliminares, pode ser consultado pelo adotado depois de atingida a maioridade”, e do artigo 6º, nºs 1 e 3, do mesmo diploma legal, que permite ao adotado, a partir dos 16 anos, ou com autorização dos pais adotantes, no

⁹⁸¹ Acórdão do TC nº 225/2018, Pº nº 95/17, de 24-4-2018, DR n.º 87/2018, Série I, de 7-5-2018, e Acórdão do TC nº 465/2019, de 18 de setembro, ..., citados, na nota (953).

decurso da menoridade, ter acesso ao conhecimento das suas origens, devendo os dados correspondentes ser conservados, durante, pelo menos, 50 anos, após a data do trânsito em julgado da sentença constitutiva do vínculo da adoção.

XII. A DESCODIFICAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DA FAMÍLIA E A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA PLURAL

XII.1. O pluralismo jurídico no Direito da Família

O ordenamento jurídico nacional atravessa um período de profundas alterações paradigmáticas, constatando-se um processo de descodificação e de constitucionalização dos institutos, nas variadas esferas normativas, em especial, no âmbito do Direito da Família, que agora interessa considerar.

A visão do fenómeno jurídico, sob o ângulo da descodificação, conduz a uma leitura interdisciplinar do direito, em tributo ao pluralismo jurídico, o que significa que o direito positivo concorre com ordens independentes, o que importa a articulação, intercomunicação e interpenetração entre estes diversos ordenamentos normativos⁹⁸².

O denominado instituto jurídico da constitucionalização do direito, que consiste na deslocação para a esfera constitucional da tutela das relações jurídico-privadas⁹⁸³, relativamente a matérias, outrora, só reguladas pelo CC, representa uma das transformações fundamentais do sistema de direito civil clássico, ao permitir, v. g., que a família, antes hierarquizada, passe a ser igualitária, no plano interno, ou que a família se torne plural quanto à sua origem, ou que o casamento não seja a única fonte da filiação⁹⁸⁴.

A constitucionalização do Direito Civil impõe ao julgador que os institutos jurídico-privados sejam renovados, através de uma releitura do texto constitucional, com base no princípio da hermenêutica aberta, que consagra a interpretação evolutivo-prospetiva, de uma hermenêutica axiológica e principiológica, de natureza constitucional, sempre equacionando as instâncias teórico-constitucionais da hermenêutica⁹⁸⁵ jurídica com

⁹⁸² Carmem Lucia Silveira Ramos, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*,..., citado, 13.

⁹⁸³ Silvana M. Carbonera, *Guarda de filhos na família constitucionalizada*,..., citado, 34.

⁹⁸⁴ Carmem Lucia Silveira Ramos, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*,..., citado, 10 e 11.

⁹⁸⁵ Atualmente, o discurso da hermenêutica é o que mais se desenvolve nos círculos teológicos, filosóficos, literários e jurídicos.

as exigências fácticas da sua concretização judicial, de modo a possibilitar um diálogo constante entre o ordenamento jurídico e a evolução da realidade social, adequando a norma ao caso concreto, respeitando, assim, os princípios e valores fundadores da sociedade, por forma a alcançar a justiça, a paz e o equilíbrio sociais.

Com efeito, assiste-se, no presente, a uma interdisciplinaridade do conhecimento científico, ao cruzamento de diferentes disciplinas, designadamente, a Hermenêutica Jurídica, a Filosofia do Direito, o Direito Civil, o Direito Constitucional, a Teoria do Direito, a Metodologia Jurídica, a Teoria da Argumentação Jurídica, a Teoria da Comunicação, a Semiótica, a Retórica, a Tópica, cada uma com as suas diversas variantes de aplicabilidade aos sistemas filosóficos e jurídicos.

Os princípios constitucionais do Direito Civil, designadamente, a protecção da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre o homem e a mulher, passaram a vincular todos os níveis do poder estatal, definindo um quadro axiológico-normativo que condiciona a interpretação de cada uma das áreas em que aquele direito se sub-divide⁹⁸⁶ e que entrou em rota de colisão com um conjunto de normas que regulamentavam as relações familiares, inspiradas e criadas com base num modelo patriarcal, hierarquizado e formatado no matrimónio, diametralmente, opostas e incompatíveis com o novo ordenamento jurídico-constitucional⁹⁸⁷.

A diversidade de tipos de organizações familiares que, sequencialmente, têm vindo a revestir estatuto constitucional não permite arquitetar um único modelo de família, inexistindo já espaço para a distinção ou o estabelecimento de uma escala de valores entre essas várias espécies de «entidades familiares».

XII.2. A pluralidade social e as «entidades familiares»

O processo de urbanização determinou uma radical modificação de hábitos e mentalidades, com o desaparecimento da grande prole e a redução significativa do número de filhos, o que possibilitou um maior convívio e estreitamento das relações entre as

⁹⁸⁶ Gustavo Tepedino, As relações de consumo e a nova teoria contratual, in “Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”, coordenação de Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 203.

⁹⁸⁷ Nesse mesmo sentido, temos o exemplo da divisão dos papéis conjugais fundados em critérios sexuais, Silvana M. Carbonera, Guarda de filhos na família constitucionalizada,..., citado, 35.

peçoas, permitindo que a afetividade fosse erigida em elemento base da família, traduzindo uma alteração do modelo tradicional da constituição familiar⁹⁸⁸.

Estes aspectos contribuíram para que se instalasse uma dessintonia entre o discurso jurídico e a pluralidade social, que se impôs ao Direito como realidade incontornável e, simultaneamente, impulsionadora de uma mobilização dos núcleos familiares para fórmulas alternativas de uma maior proteção dos seus interesses e dos respetivos membros.

Diante de um número crescente de questões familiares controvertidas, face ao desfasamento da legislação ordinária com a realidade social emergente, o legislador constituinte estabeleceu um tratamento igualitário entre homens e mulheres, entre filhos nascidos do casamento e provenientes de pessoas não unidas pelo mesmo, evoluindo-se no sentido do reconhecimento da composição dos novos arranjos familiares, «as entidades familiares», sejam elas nucleares, sejam monoparentais, sejam recompostas, de modo que “a verdade social não se ateu à verdade jurídica e os factos afrontaram e transformaram o Direito”⁹⁸⁹.

A conceção jurídica tradicional da família, gradativamente, construída, mudou de paradigma, transitando-se de um modelo desigual, formal e patrimonial, para um figurino pessoal e igualitário, tendo as novas ideias norteadoras da mudança familiar recebido ampla proteção constitucional, figurando entre os mais marcantes valores constitucionais orientadores o princípio da dignidade, o princípio da igualdade dos cônjuges entre si e dos progenitores na educação e manutenção dos filhos, o princípio da não discriminação entre filhos nascidos dentro ou fora do casamento, o princípio da inseparabilidade destes dos seus progenitores, o princípio da proteção da família, o princípio da infância, o princípio da paternidade e da maternidade e o princípio do fim da tendencial perpetuidade do matrimónio, em consequência da admissibilidade do divórcio, em qualquer forma de casamento⁹⁹⁰.

Os princípios constitucionais do Direito da Família podem dividir-se, em dois grandes grupos, compreendendo um, que aqui interessa, a proteção dos direitos da pessoa, no sentido tradicional, que não desaparece pelo facto de se encontrar integrada numa

⁹⁸⁸ Silvana M. Carbonera, O papel jurídico do afecto nas relações jurídicas, in “Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo”, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, 283.

⁹⁸⁹ Silvana M. Carbonera, O papel jurídico do afecto nas relações jurídicas, ..., citado, 290.

⁹⁹⁰ Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, I, ..., citado, 157 a 179.

unidade familiar, carecendo antes de ser ampliada, face à situação de maior proximidade com outras pessoas que a podem por em risco, destacando-se, nomeadamente, a igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos, a atribuição aos pais do dever de educação dos filhos e a inseparabilidade dos filhos dos seus progenitores.

Conjugando o direito de constituir família com o direito de contrair casamento, em condições de plena igualdade, o artigo 36º, nº 1, da CRP, não admite, porém, a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é, à família matrimonial, a que acresce, impressivamente, o princípio constante do respectivo nº 4, segundo o qual “os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objecto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação”.

Como assim, o conceito constitucional de família não abrange, apenas, a família matrimonial, impondo-se, portanto, uma abertura constitucional, se não mesmo uma obrigação de conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares «de facto»⁹⁹¹.

Paralelamente, ao esforço de constitucionalização dos institutos do Direito Civil, assiste-se a uma reformulação do conteúdo funcional dos papéis dos vários titulares que integram a referência familiar e à prevalência da tutela das pessoas, sinalizando-se uma “nova tábua de valores”⁹⁹², em que a proteção da dignidade humana se “reflectiu directamente nos valores fundantes das relações parentais e familiares”⁹⁹³.

A família contemporânea, fundada nos valores dominantes da classe média, ligada por laços de afetividade, e, sobretudo, dotada de garantias de igualdade entre seus membros, passa a ter como principal parâmetro legal de referência a CRP.

O grupo familiar, originário no vínculo matrimonial, já não é o único destinatário do reconhecimento da tutela jurídica, porquanto, para além da exigência do vínculo jurídico, importa proteger a formação humana que apresente as condições de estabilidade e responsabilidade social necessárias ao desenvolvimento das potencialidades de cada um dos seus membros e ao incremento da educação dos filhos.

Levando-se em consideração as especificidades dos institutos em jogo, a leitura e a interpretação constitucionais possibilitam uma intensa atividade criativa, indispensável à

⁹⁹¹ Gomes Canotilho e Vital Moreira, CRP, Constituição da República Portuguesa, Anotada, I, ..., citado, 561.

⁹⁹² Gustavo Tepedino, A disciplina civil-constitucional das relações de família, ..., citado, 48.

⁹⁹³ Silvana M. Carbonera, Guarda de filhos na família constitucionalizada, ..., citado, 36.

garantia da efetiva proteção da dignidade e dos direitos fundamentais dos indivíduos inseridos nos vários tipos de formações familiares.

XII.3. O núcleo inalienável da essência estrutural da família

O direito pessoal da família, sendo uma categoria jurídica integrada por matérias, fortemente, conexas com o ser humano e as suas singularidades, contende com causas em que a prioridade reside nos sujeitos, em detrimento do seu património, como forma de privilegiar, na procura da solução mais justa, um conhecimento mínimo do funcionamento psicológico do homem, nas suas relações sociais e familiares⁹⁹⁴, sendo portador de conhecimentos oriundos de outras disciplinas, tais como, a sociologia, a antropologia, a psicanálise e a psicologia, que oferecem subsídios valiosos para a compreensão da família e da sua dinâmica, com manifesta relevância no enquadramento social do crescente aumento do número de dissociações conjugais, com a consequente implicação na reorganização familiar, designadamente, em matéria de responsabilidades parentais⁹⁹⁵.

Com efeito, o direito pessoal da família transporta a noção de poder-dever ou poder-função, no qual ocorre a dissociação entre titularidade do poder e titularidade do interesse, noções que se afastam do conceito de direito subjetivo, como sendo o direito do seu titular, porquanto o titular é, aqui, “obrigado a exercê-lo pelo interesse que serve, pela função do direito que atende ao interesse de outrem: não sendo poucos os deveres impostos que surgem sob a máscara de direitos”⁹⁹⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista do Direito da Família, proibiu qualquer designação ou discriminação negativa relativamente à filiação, para fins de identificação do indivíduo, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos do casamento ou fora dele e aos filhos advenientes do vínculo da adoção.

A família natural, como sendo a comunidade formada pelos progenitores, ou, por qualquer um deles e seus descendentes, a família substituta ou de acolhimento, destinada a viabilizar a colocação transitória de crianças e adolescentes, a família

⁹⁹⁴ Eliane Michelini Marraccini e Maria Antonieta Motta, Determinação da guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas,..., citado, 347.

⁹⁹⁵ Waldyr Grisard Filho, Guarda compartilhada, Um novo modelo de responsabilidade parental,..., citado, 157.

⁹⁹⁶ Maria Berenice Dias, Manual do Direito das Famílias,..., citado, 35.

monoparental, e, também, porque pode adotar, plenamente, a pessoa não casada com mais de trinta e não mais de sessenta anos, à data em que o menor lhe tenha sido confiado, nos termos do estipulado pelo artigo 1979º, nºs 2 e 3, do CC, são outros tantos exemplares do conceito de família, cada vez mais afastados da estrutura e do modelo constitutivo do casamento.

A evolução no sentido da extensão à união de facto heterossexual e à união de facto homossexual da proteção concedida às relações familiares, e o casamento como contrato celebrado entre duas pessoas, independentemente, do sexo, nos termos do disposto pelo artigo 1577º, do CC, podendo contribuir para a realização do indivíduo, esquecem outras funções sociais, nomeadamente, a da procriação, que a sociedade sempre exigiu à família, nos termos do «contrato social»⁹⁹⁷, em contrapartida da tutela que lhe concede.

Hoje, tal como, aparentemente, acontece com a evolução do Direito Português, a proteção concedida à família, como espaço de desenvolvimento e realização pessoal dos seus membros e, secundariamente, de promoção das suas funções sociais, não interfere com a liberdade dos cônjuges, que desenvolverão ou extinguirão as relações pessoais que estabeleceram, sem visíveis contrariedades.

Porém, a chave para a compreensão da interação entre o desenvolvimento pessoal e a mudança social reside na família, mas, cada vez mais, esta tem menor significado como forma de realização social, perdendo as suas funções tradicionais, que são transferidas para a sociedade e para o Estado.

O ataque à família-instituição confessional, ainda que não, propriamente, à família-instituição laica, atendendo à sua unidade estrutural e dinâmica específica, põe em causa o equilíbrio e as funções de controlo social da família, quer de defesa dos seus membros, quer de natureza assistencial, quer de carácter económico, com a acentuação da divisão social do trabalho.

Parece ter sido a função reprodutiva, de procriação e sociabilização, nos seus primeiros anos de existência, afinal, o núcleo central e inalienável da essência estrutural da família.

Mas, mesmo estas funções, ditas nucleares e inalienáveis, se encontram, hoje, em declínio, atendendo à escassez do tempo disponível dos progenitores para assegurar a

⁹⁹⁷ Jean-Jacques Rousseau, *Do Contrato Social*, Publicações Eutopa-América, Abril de 1999.

educação das crianças, que são confiadas, desde tenra idade, a infantários e creches, seguindo-se a escolaridade obrigatória e as múltiplas solicitações da vida social, tornando-se reduzido o tempo de convívio com os pais, sendo que, até a função da procriação, já não é, na atualidade, um monopólio da mulher e do homem, enquanto parceiros naturais hábeis para a perpetuação da espécie humana, atendendo aos métodos de procriação artificial, medicamente, assistida, entretanto, desenvolvidos.

A própria assistência emocional, moral e psicológica entre os seus membros, na vida quotidiana e nas épocas de crise, tem vindo, progressivamente, a ser assumida fora da família.

A possibilidade do divórcio e do estabelecimento de novas formas de convivência afetiva, a aceitação da existência de outras «entidades familiares» e a faculdade do reconhecimento dos filhos nascidos fora do casamento realizaram uma verdadeira transformação do conteúdo do conceito tradicional da família.

Assim, é necessário ter uma visão pluralista da família que compreenda os mais diversos arranjos familiares, devendo identificar-se o elemento que permite aglutinar, no conceito de «entidade familiar», o relacionamento de duas pessoas, sendo que o desafio da atualidade consiste, assim, em individualizar a linha diferenciadora das estruturas interpessoais, de modo a permitir a sua inserção no Direito da Família.

Porém, este ponto de identificação só pode ser encontrado no reconhecimento da existência de um vínculo afetivo, porquanto é o envolvimento emocional que permite subtrair uma determinada relação do âmbito do Direito das Obrigações, cujo núcleo é a vontade, dos Direitos Reais, cujo núcleo são as coisas, ou do Direito das Sucessões, cujo núcleo é o património hereditário, para a integrar no seio do Direito da Família, cujo elemento estruturante é o sentimento do amor, o elo afetivo que funde os seres e confunde os teres – patrimónios -, fazendo gerar responsabilidades e vinculações, comprometimentos e cumplicidades mútuos.

Essa nova realidade sociológica da família, também, se impõe nas relações de filiação, sendo que as transformações mais recentes por que passou a família, deixando de representar uma unidade de carácter económico, social e religioso, para se afirmar,

fundamentalmente, como um grupo de afetividade e de convívio cordial, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade⁹⁹⁸.

A mudança dos paradigmas da família reflete-se na identificação dos vínculos de parentalidade, conduzindo ao aparecimento de novos conceitos e de uma linguagem que melhor retrate a realidade atual da filiação social, da filiação sócio-afetiva e da posse de estado de filho.

Todas essas expressões nada mais significam do que a consagração, igualmente, no campo da parentalidade, do mesmo elemento que passou a fazer parte do Direito da Família, pois que, tal como aconteceu com as «entidades familiares», também, agora, a filiação veio a ser identificada pela presença de um vínculo afetivo paterno-filial.

O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que se pretende prevalecente sobre a verdade biológica e a realidade legal.

A filiação sócio-afetiva corresponde à realidade existente, sendo certo que jurisdicionarizar a verdade aparente pode garantir a estabilidade social.

As denominadas “uniões homo-afetivas”⁹⁹⁹ constituem-se da mesma forma que as ortodoxas uniões hetero-afetivas, sedimentadas pela presença de um vínculo de afeto entre duas pessoas conducente a um comprometimento mútuo, cuja ligação de vidas, de forma continuada, configura uma «entidade familiar».

Nestas relações entre pessoas do mesmo sexo, por vezes, um ou ambos os consortes ou unidos são oriundos de relacionamentos heterossexuais pretéritos, de onde resultou o nascimento de filhos, os quais, após a separação dos pais, ficam à guarda de um deles, que resolve assumir a sua orientação sexual, passando a viver com alguém do mesmo sexo, não sendo o seu companheiro ou companheira o pai ou a mãe dos filhos, cuja convivência gera, porém, um vínculo de afinidade e de afetividade, participando, inclusive, na sua formação e criação, zelando pelo seu desenvolvimento e educação, podendo, até, assumir o seu sustento.

Quando esse convívio é gerador de um forte vínculo de afetividade, o pai ou a mãe da criança e o seu companheiro ou companheira passam a exercer, em conjunto, a função parental, tornando-se imperioso constatar a presença de uma relação de filiação

⁹⁹⁸ João Baptista Vilella, *Desbiologização da Paternidade*,..., citado, 404.

⁹⁹⁹ Neologismo adotado por Maria Berenice Dias, in “União Homossexual: o preconceito e a justiça”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, 17.

sócio-afetiva que ultrapassa, à sua maneira, a ideologia da família parental, de origem patriarcal, onde o que importa, para que exista família, é que haja um homem e uma mulher, um pai e uma mãe¹⁰⁰⁰.

XII.4. O registo de filiação simultâneo por mais de duas pessoas

No atual estágio da sociedade, não mais se questiona a origem da filiação, porquanto, perante as potencialidades dos métodos de PMA, é, hoje, possível a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho, independentemente, de ser casada, viver em união de facto, manter uma situação de concubinato, envolver-se numa esporádica relação sexual, ou até, de ser homem ou mulher, realidade essa de que, nem os casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva autónoma, estão excluídos.

Uma das possibilidades, cada vez mais comum, consiste no uso de bancos de material reprodutivo, que permitem que um dos membros de conviventes do mesmo sexo, casados ou unidos de facto, seja o pai ou a mãe biológicos, o cônjuge ou companheiro que assume a paternidade, enquanto o outro fica garantido pelo anonimato, sendo essa uma das hipóteses em que opera a presunção de paternidade¹⁰⁰¹.

Se o casal homossexual utiliza os mesmos métodos reprodutivos de um casal heterossexual, impedir ao companheiro do pai biológico ou à companheira da mãe biológica o estabelecimento de um vínculo jurídico com o filho procriado, por mútuo consenso, seria assumir uma posição contraditória com a realidade científica e construir a perspetiva jurídica dos vínculos familiares, a partir de uma visão não compreensiva, mas discriminatória, do fenómeno sociológico.

De acordo com as regras gerais, a filiação, relativamente à mãe, resulta do facto do nascimento, cabendo a maternidade à mulher que tem o parto, como decorre do disposto pelos artigos 1796º e 1803º a 1825º, todos do CC.

O estabelecimento da maternidade, com menção no registo de assento de nascimento, resulta da declaração de nascimento do respetivo autor, que deve identificar a mãe, nos termos do preceituado pelos artigos 1803º, nºs 1 e 2, do CC, e 112º, do CRC.

¹⁰⁰⁰ Sérgio Resende de Barros, A ideologia do afecto, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, Síntese, Jul-Ago-Set. de 2002, vol. 14, 9.

¹⁰⁰¹ O Código Civil português não criou novas presunções, nas hipóteses de inseminação artificial, homóloga e heteróloga.

Porém, a LPMA, em vez da expressão “estabelecimento da maternidade”, adotada pelo CC, a propósito da declaração de maternidade, usa o termo “determinação da filiação”, ou, agora, “determinação da parentalidade”, em lugar de “determinação da paternidade”, constante da sua versão inicial, por ter introduzido a hipótese do estabelecimento da dupla maternidade, deixando de falar da “presunção da paternidade”, prevista pelo artigo 1826º, nº 1, do CC.

Efetivamente, no quadro da PMA, a mulher que teve o parto pode registar a maternidade biológica da criança, que, também, será havida como filha da outra mulher, com quem era casada ou unida de facto, porquanto a mesma, conjuntamente, com a pessoa beneficiária, veio a consentir no recurso à aludida técnica, nos termos do prescrito pelo artigo 14.º, que pode registar a maternidade fundada no consentimento para a utilização das técnicas de PMA, dentro do par, e na vontade de assumir, igualmente, um estatuto legal de mãe, determinando-se a parentalidade, que ficará a constar do ato de registo, nos termos do disposto pelos artigos 20, nºs 1 e 2, da LPMA, 102º, nºs 5 e 6 e 1º, nº 1, b), do CRC.

Neste caso, o estabelecimento da paternidade, ou, melhor, «a determinação da parentalidade», consoante a nova terminologia conceitual, não resulta de uma presunção de paternidade do marido, de acordo com o preceituado pelo artigo 1826º, nº 1, do CC, nem de outros modos da sua designação, nomeadamente, a perfilhação, a averiguação oficiosa, ou o reconhecimento judicial, mas antes, nos termos do preceituado pelo artigo 20º, nº 1, da LPMA, do conhecimento da identidade da pessoa que está casada ou que vive em união de facto com a beneficiária, e que, conjuntamente, com esta, consentiu na utilização das referidas técnicas de PMA.

Por seu turno, na hipótese de «gestão de substituição», quando esta for, devidamente, autorizada, a maternidade jurídica pertence à mulher que não pôde gerar e que beneficiou do serviço de gestação gratuito proporcionado por outra mulher, afastando as regras gerais que, a serem aplicadas, conduziriam a que a maternidade ficasse a caber à mulher que teve o parto, em conformidade com o disposto pelo artigo 1796º, nº 1, do CC, restando, então, à mulher que queria ter o filho o mecanismo da adoção, por acordo com a gestante, mas com a dificuldade suplementar de ter de afastar as normas que rejeitam a «adoção consensual» ou «intuitu personae»¹⁰⁰².

¹⁰⁰² Guilherme de Oliveira, Manual de Direito da Família, ..., citado, 458.

O Direito Português, durante a vigência da versão originária da LPMA, proibiu a prática da inseminação «post mortem», subentendidamente, devido à incomodidade de fazer nascer uma criança que não haveria de ter ou conhecer pai vivo, muito embora, depois da sua reforma¹⁰⁰³, a proibição tenha perdido o seu sentido inicial, porquanto a lei admitiu que, em caso de acesso da mulher ao sémen depositado do marido ou unido de facto falecidos, em benefício do casal, para fins de inseminação, durante o período estabelecido para a sua conservação, em violação da proibição legal, de que resultasse a gravidez da mulher inseminada, a criança que viesse a nascer seria havida como filha do falecido, exigindo o respeito devido pela verdade biológica que este fosse considerado como o pai jurídico da mesma, atento o prescrito pelos artigos 22º, nºs 1 e 2 e 23º, nº 1, da LPMA.

A solução só divergiria, no que concerne à inseminação «post mortem», mantendo-se a ilicitude da violação da proibição, quando, à data da inseminação, a mulher tivesse contraído casamento ou vivesse há, pelo menos, dois anos, em união de facto com outro homem que não o depositante do sémen, porquanto, nesta hipótese, o pai jurídico será esse outro homem, não podendo os subscritores do acordo de inseminação impugnar a paternidade, assim, determinada, aplicando-se, então, o disposto pelo artigo 1839.º, nº 3, do CC, nos termos do estipulado pelo artigo 23º, nº 2, da LPMA.

Porém, diversamente, é a situação da transferência «post mortem» de embriões, para permitir a realização de um projeto parental, claramente, estabelecido por escrito, antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão, que é lícita, nos termos do estipulado pelo artigo 22º, nº 3, da LPMA, porquanto a morte sobrevém quando já há um embrião formado, sendo que a implantação permite o seu desenvolvimento.

Importa, neste particular, trazer à colação o procedimento levado a cabo por um casal homossexual masculino, que utilizou o sémen de ambos para fecundar uma mulher que se dispôs a engravidar, sem qualquer acordo de «gestão de substituição», aliás, inadmissível, atento o teor do artigo 6º, nº 1, da LPMA, e que veio a dar à luz dois gémeos dizigóticos. Tratando-se de mulher solteira, e tendo sido lavrado registo de nascimento dos gémeos, apenas, com a maternidade estabelecida, deveria proceder-se à averiguação oficiosa da paternidade, nos termos do disposto pelos artigos 1864º e 1865º, ambos do CC, podendo a paternidade ser determinada, quer por perfilhação singular de, apenas, um dos

¹⁰⁰³ Através da Lei nº 32/2016, de 26 de julho.

membros do casal homossexual masculino, quer em consequência de reconhecimento, por sentença judicial condenatória, a proferir na correspondente ação de investigação, tão-só, em relação ao pai biológico, mas, em qualquer circunstância, conduzindo-se a averiguação oficiosa da paternidade na procura de um dos dois progenitores possíveis, e propondo-se a ação oficiosa ou a ação ordinária de investigação de paternidade, eventualmente, contra ambos os potenciais progenitores biológicos, em caso de dúvida fundamentada sobre o sujeito passivo da relação material controvertida, um, a título principal, e o outro, a título subsidiário, em sede de pluralidade subjetiva subsidiária, nos termos do disposto pelo artigo 39º, do CPC.

Sendo, porém, casada a mulher fecundada pelo sémen dos dois membros do aludido casal homossexual masculino, pode fazer a declaração do nascimento com a indicação de que o filho não é do marido, o que determina a cessação da presunção da paternidade marital, momento a partir do qual, é, desde logo, viável ser aceite o reconhecimento voluntário da paternidade biológica de ambos os gémeos, apenas, por um dos membros do casal homossexual masculino, atento o estipulado pelos artigos 1826º e 1832º, nºs 1, 2 e 3, independentemente, se tal não acontecer, do eventual percurso da averiguação oficiosa e da ação de investigação de paternidade, a que aludem os artigos 1864º e seguintes, todos do CC.

Diversamente, tratando-se de um casal homossexual feminino que, com recurso às aludidas técnicas de PMA, decide ter um filho com o óvulo extraído de uma das parceiras, que, fertilizado «in vitro», é implantado no útero da outra, que dá à luz uma criança, no estado civil de solteira, esta é, também, havida como filha da companheira, à qual se encontrava unida de facto, se a mesma tiver consentido no recurso à técnica em causa, sendo determinada a respetiva filiação, no ato de registo, sob pena de, se, apenas, teve lugar o consentimento da pessoa submetida aquela técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, ser lavrado o registo de nascimento, tão-só, com a sua filiação estabelecida, sem necessidade de ulterior processo de averiguação oficiosa, de acordo com o previsto pelo artigo 20º, nºs 1 e 3, ambos da LPMA.

Mas, se a parceira gestante do aludido casal homossexual feminino, com recurso às técnicas de PMA, se encontrar no estado civil de casada com indivíduo do sexo masculino, face à presunção de paternidade que recai sobre este, de acordo com o prescrito pelo artigo 1826º, nº 1, do CC, a mesma pode fazer a declaração do nascimento com a

indicação de que o filho não é do marido, com a inerente cessação da presunção de paternidade (parentalidade).

Neste caso, o filho é, também, havido como filho da companheira, à qual se encontrava unida de facto, se esta tiver consentido no recurso à técnica em causa, sendo determinada a respetiva filiação, no ato de registo, sob pena de, se, apenas, teve lugar o consentimento da pessoa submetida a técnica de PMA, nos termos do artigo 14.º, ser lavrado o registo de nascimento, tão-só, com a sua filiação estabelecida, sem necessidade de ulterior processo de averiguação oficiosa, de acordo com o preceituado pelo artigo 20º, nºs 1 e 3, ambos da LPMA.

Finalmente, se aquela parceira gestante do aludido casal homossexual feminino, com recurso às técnicas de PMA, se encontrar já casada com a companheira, a criança nascida é, também, havida como filha desta, se tiver consentido no recurso à técnica de PMA em causa, sendo determinada a respetiva filiação, no ato de registo, sob pena de, se, apenas, teve lugar o consentimento da pessoa submetida à aludida técnica, nos termos do artigo 14.º, ser lavrado o registo de nascimento, tão-só, com a sua filiação estabelecida, sem necessidade de ulterior processo de averiguação oficiosa, de acordo com o previsto pelo artigo 20º, nºs 1 e 3, ambos da LPMA.

Com efeito, pode afirmar-se, numa perspetiva sócio-afetiva, que estas crianças têm dois pais [casal homossexual masculino] ou duas mães [casal homossexual feminino], as quais não devem ser afastados da companhia de quem as considera, ama e cuida como filhos, sob pena de violação dos princípios constitucionais do direito à liberdade e do respeito pela dignidade da pessoa humana, conjugados para a defesa do melhor interesse da criança, que tem direito à convivência familiar, independentemente, de a realidade constante do registo poder não ter subjacente a verdade biológica da filiação, reconhecendo-se, assim, a existência de uma filiação socio-afetiva da criança, em relação à parceira não gestante do aludido casal homossexual feminino.

Constituindo um inequívoco princípio biológico de que há, apenas, um pai e uma mãe, com expressão nos textos legais dos artigos 1826º, nº 1, 1834º, nº 1 e 1864º, todos do CC, que fazem referência ao pai e à mãe e ao pai como “marido da mãe”, sem menção à paternidade ou à maternidade múltipla, considerando a realidade da existência de novas formações familiares, têm-se realizado tentativas no sentido de consagrar a solução de que ambos os membros dos casais do mesmo sexo possam vir a constar do registo da

filiação das crianças concebidas, por técnicas de PMA, com vista a dar cobertura ao princípio sociológico de que “mãe há só duas”¹⁰⁰⁴ ou “pai há só dois”.

Contudo, a reiterada aceitação pelo legislador nacional de que a criação da família sócio-afetiva pode resultar da relação íntima que se estabelece com o convívio entre as pessoas, não significa o reconhecimento, no texto da lei, de todas as múltiplas formas de constituição da família, muito menos, a consagração, em sede de registo, de uma realidade que a Biologia não reconhece, nem o Direito, fora dos limites da ficção legal presumida, consente.

Se, para a Biologia, os filhos são concebidos por um homem e uma mulher, e o registo do nascimento foi arquitetado para que dele, apenas, conste, no limite, um homem e uma mulher, já existe a possibilidade de um outro homem, sem vínculo biológico com a criança, passar a ocupar, no registo, o lugar do pai biológico, através da adoção, nos termos do disposto pelo artigo 1980º, nº 1, b), do CC, hipótese em que o ciclo biológico é pulverizado, para passar a ser reconhecido o vínculo afetivo daquele, ao lado do vínculo biológico da mãe, outrotanto, podendo acontecer com a mãe biológica, substituída pela mulher-mãe adotante de filho biológico do marido.

A jurisprudência brasileira tem-se posicionado no sentido do reconhecimento da filiação, por duas mães ou por dois pais, em resultado da aceitação das famílias compostas por pessoas do mesmo sexo que desejam criar filhos comuns, nomeadamente, quanto ao pedido de adoção unilateral de menor pela companheira da mãe biológica do adotando, vivendo ambas em união estável, e, também, sendo o menor fruto do planeamento do casal, que acordou na inseminação artificial heteróloga, por dador desconhecido¹⁰⁰⁵.

Na verdade, ambas as mulheres são consideradas mães, uma biológica e afetiva e a outra afetiva não biológica.

Será viável, porém, a ação em que se formule o pedido de reconhecimento judicial da maternidade sócio-afetiva, em aditamento a uma maternidade biológica já consagrada no registo civil, com manutenção da identidade desta, permanecendo no assento do nascimento as duas mulheres que, aliás, se não conhecem, como mães, ao lado

¹⁰⁰⁴ “Mãe há só duas” é o título de uma série espanhola da «Netflix», que retrata a realidade correspondente.

¹⁰⁰⁵ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de dezembro de 2012, nº 1281093/SP, Terceira Turma, [www.http://stj.jus.br](http://stj.jus.br)

do pai registado, numa situação de dupla maternidade, também, afetiva, uma das quais, apenas, é biológica, numa “dupla existência de verdade”¹⁰⁰⁶?

Com efeito, a ação com pedido de declaração da filiação sócio-afetiva, com vista à obtenção do reconhecimento simultâneo de outra paternidade ou maternidade, será, juridicamente, inviável quando do assento de nascimento da filiação já consta uma outra paternidade ou maternidade, previamente, inscritas.

Tratando-se de duas maternidades afetivas, uma com vínculo biológico e outra sem ele, tal não significa, igualmente, o reconhecimento das duas maternidades, quando, v. g., o vínculo da maternidade biológico-afetiva for interrompido, de forma involuntária, pelo falecimento da respetiva consorte, e vier a ser substituído pelo pretense reconhecimento da maternidade afetiva, não biológica, ocorrido, posteriormente.

O reconhecimento da existência de duas maternidades, uma biológica e afetiva e outra afetiva, não biológica, não se tratando de um casal, com a manutenção do nome do pai, constitui um novo desafio que decorre da dinâmica das relações sociais.

Efetivamente, devem ser muito ponderadas as razões suscetíveis de permitir a menção, no registo de assento de nascimento, de duas mães [duas mulheres] ou de dois pais [dois homens], juntamente, com a presença de uma terceira pessoa, homem ou mulher, respetivamente.

Na verdade, a posição da lei naturalística, não, necessariamente, biológica, de que os filhos, apenas, podem ser registados por duas pessoas e não por três, porque, tão-só, por duas foram concebidos, um homem e uma mulher, ou porque só duas – dois homens ou duas mulheres - são os parceiros hábeis para a constituição de uma relação de parentalidade, está a ser confrontada com a dinâmica das novas famílias e a tensão dialética existente entre a verdade biológica e a verdade afetiva, no âmbito do Direito da Família.

Mantém, porém, a lei portuguesa, como princípio inscrito no seu ordenamento, uma declarada sobrevalorização do critério biológico de definição do vínculo parental sobre o critério afetivo, como decorre, enfim, do teor do artigo 1796.º, em conjugação com o artigo 1801.º, ambos do CC, sendo notória a dificuldade em superar o preconceito biologista, ou seja, a ideia subjacente da complementaridade heterossexual, ou, pelo menos, do binómio afetivo da relação a dois, com vista a um adequado exercício da função parental.

¹⁰⁰⁶ Fernando Pessoa, Livro do Desassossego, nº 207, composto por Bernardo Soares, Ajudante de Guarda-Livros na Cidade de Lisboa, Richard Zenith, 3ª edição, Companhia das Letras.

XIII. SÍNTESE CONCLUSIVA FINAL

A – Do princípio da proteção da unidade familiar e da instituição matrimonial ao princípio da proteção dos filhos

A história político-constitucional da Idade Antiga e da Idade Média foi a história da família, e daí o interesse público que revestia e a justificação da sua tutela por normas do Direito Canónico, integradas nos fins e métodos do Direito Público, convertidas em normas do Estado ou, pelo menos, por este aplicadas.

A tendência para reduzir o núcleo significativo da família ao vínculo conjugal, no sentido de uma família individualista, já vinha ao encontro da doutrina da Igreja, anteriormente, ao Feudalismo, que este movimento social e político, entretanto, fez retardar, valorizando a Igreja a vertente contratual do casamento, que se autonomiza e privatiza, constituindo uma das causas do individualismo contemporâneo.

Aliás, o individualismo está na génese do fenómeno da privatização da família e, de igual modo, do Direito da Família que a regula.

Com efeito, o individualismo moderno, iniciado nos séculos XII e XIII, continuado no Renascimento e prosseguido com o Luteranismo, conduziu à procura da liberdade, que se substituiu à Justiça, e que, na procura da felicidade desvinculada, abalou a estabilidade do casamento e o mito deste como união perpétua, alicerçada no amor romântico, tornando periclitante o controlo que a Igreja e o Estado exerciam sobre o mesmo, auto-limitando-se, assim, o Direito Público da Família, que dá lugar ao Direito Privado da Família, integrado no Direito Civil, o Direito dos Iguais.

O Direito da Família deixa de ser público para se transformar em Direito Civil, como conjunto de normas que garantem, tendencialmente, a liberdade individual dos membros da família, limitadamente, coatíveis, sendo, muitas vezes, uma jurisdicionalização de preceitos morais, reduzindo-se ao campo da reserva da Moral e dos costumes.

Esta transformação coincide com o fim do casamento como união, em princípio, indissolúvel, a que se sucede o casamento como contrato entre duas pessoas, não, necessariamente, do mesmo sexo, livremente, revogável, imbuído da mística do divórcio, em

qualquer das suas modalidades, expressão de um princípio geral de desinstitucionalização e contratualização da organização da vida privada.

No século XIX, já se verifica a oposição entre a família e o Estado, deixando, a partir de, então, aquela de ser um grupo aberto à comunidade, um elemento da ordem pública e social e o lastro da sociedade e do Estado, embora ainda sem perder boa parte do seu caráter institucional, que se mantém, e donde decorre a permeabilidade das normas que a regulam pelas flutuações sociais.

No século XIX e princípios do século XX, assiste-se a uma aliança entre a família e o indivíduo, em substituição da antecedente ligação família-sociedade-Estado.

O núcleo tradicional do Direito da Família tem vindo a recuar, na sua dimensão e eficácia, sendo constituído, na sua maioria, por normas imperativas, no âmbito das relações familiares pessoais.

Na década de setenta do século XX, tem lugar, no Direito da Família, um movimento de «descodificação do direito civil», deslocando-se o seu centro de gravidade do Direito Privado para o Direito Constitucional.

Por outro lado, o Direito da Família conhece um novo recorte de publicização, através de uma alargada tutela estadual da criança abandonada ou desprotegida, com expressão, designadamente, nos institutos da confiança pré-adoptiva, adoção, adoção internacional, assistência educativa e apadrinhamento civil e na criação dos tribunais de competência especializada de família e de menores ou crianças.

A aceleração das ruturas no processo de desagregação da estrutura da organização familiar, iniciada há vários séculos, está associada, em particular, ao incremento do individualismo moderno do século XIX.

A resignação histórica da mulher constituía a base de sustentação do casamento, cuja indissolubilidade ruiu quando aquela conquistou o estatuto de independência económica que a atividade profissional não doméstica lhe granjeou, e se afirmou como sujeito de desejo.

Foi a vitória do princípio da liberdade dos sujeitos do casamento sobre o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial, sob o efeito da mudança paradigmática e estruturante do Direito da Família, que conduziu a que a família tivesse deixado de ser, essencialmente, um núcleo económico e de reprodução, para se transformar numa realidade em que impera o amor, o afeto, a emancipação económica e o companheirismo.

O homem trabalha, na fábrica ou na empresa, absorvido pela sua profissão e, em épocas de crise, preocupado com a segurança do emprego, e a mulher, cada vez mais, fora do lar, sai do âmbito fechado da casa de morada de família [gineceu], conquistando valores de individualidade e de dignidade que a tornam menos permeável aos sentimentos do matrimónio, fugindo os casais à função geneonómica, que se traduz no perpetuar da espécie humana.

Os filhos já não são educados no lar, mas na creche ou infantário, ao mesmo tempo que se prolonga a escolaridade obrigatória, não sendo, agora, a família quem acolhe os parentes necessitados, acidentados ou inválidos, mas antes instituições oficiais de assistência ou previdência social ou instituições particulares de solidariedade social, convertendo-se a família, apenas, ao fim de cada semana, num lugar de refúgio da intimidade pessoal contra a massificação da sociedade de consumo, constituindo um centro de restauração semanal da personalidade do indivíduo contra o anonimato da rua.

Nestes termos, verifica-se uma tendencial substituição do modelo institucional pelo modelo individualista e hedonista da família, que privilegia o sentimento dos cônjuges, como acontecia com a «*affectio maritalis*» do Direito Romano, enquanto fundamento da existência e estabilidade da sociedade conjugal.

Depois do século XIX, a história das relações entre o público e o privado, nas sociedades industrializadas mais avançadas, está marcada por uma tensão permanente entre uma regulação, de tipo normativo, e uma regulação, de tipo social, parecendo assumir, esta última, um lugar dominante, no seio da «Welfare State»¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁷ B. Guibert, E. Renaudat, L' intervention de L' État dans l' obligation alimentaire, Annales de Vaucresson, 1987, n° 27, 123 a 158.

Todas estas mudanças estão associadas ao declínio do paternalismo e do patriarcalismo que, por sua vez, assentam as suas raízes históricas mais remotas, na Revolução Francesa e na Revolução Industrial, que determinaram um novo ciclo da história da humanidade – a Idade Contemporânea.

A partir de, então, acentua-se a decadência do paternalismo e recrudescer o movimento feminista, como a grande revolução do século XX.

Da função institucional, na qual a verdade biológica, o patriarcado, a hierarquia, na veste do «paterfamilias» e do chefe de família, e o património eram figuras centrais, a família, perdendo função após função, acabou por encontrar a sua própria, que se traduz numa função de intimidade, dirigida à colaboração e aperfeiçoamento mútuos dos cônjuges e à educação dos filhos, assistindo-se, hoje, a uma tendência para a valorização acrescida do bem-estar da criança e do jovem menor, com especial incidência, na sua proteção integral, demonstrando-se, neste particular, que, se o século XIX foi o tempo do império do homem, desde o casamento à paternidade, o século XX foi o tempo do domínio da mulher, em especial, na sua segunda metade, após a rutura conjugal, já o século XXI será, seguramente, o tempo da afirmação das crianças e dos jovens menores.

Disfuncionalizada da missão política que assumia no Direito Romano, quando se estruturava sobre o parentesco agnático, assente na ideia de subordinação ou sujeição de todos os seus membros ao «paterfamilias» [família patriarcal], da missão económica de unidade de produção e consumo, com o desaparecimento do mundo rural e da economia de subsistência, que teve na época Medieval [família comunitária], das funções educativa, assistencial e de segurança que lhe competiram durante a estruturação institucional do agregado familiar e que transitaram, paulatinamente, para o monopólio do exaurido Estado-Providência [família solidária], e, finalmente, da função de suporte de um património familiar a conservar e transmitir, íntegro e unitário, de geração em geração [família unidade patrimonial], a família é, ainda hoje, e, cada vez mais, um espaço aberto de ideias, mas, também, de contradições, escolhas e projetos, em que a capacidade afirmativa dos progenitores, enquanto veículos preferenciais de transmissão de cultura e de valores, se confronta com as exigências concorrentes da sociedade e do Mundo, mediatizadas pela comunicação social, sendo, por isso, a presença, o exemplo e o diálogo daqueles, enquanto

companheiros mais velhos do grupo, ainda os melhores antídotos, senão os únicos, contra a desestruturação tendencial, mas não inevitável, a que se assiste.

Com efeito, a família, em relação a muitos, já não é encarada com a mesma ternura, admiração e respeito, como o aconchego das pessoas do mesmo sangue, ligadas pelo vínculo da unidade familiar, que se vai como que esbatendo e esquecendo, pois que as mulheres e os homens começam a revelar outras aspirações, querem mais liberdade de pensamento e ação e menos responsabilidade de supervisão, mais desafogo material e menos preocupações de ordem moral e espiritual.

O casamento é, por vezes, perspectivado como um manancial de embaraços à ânsia de movimentos livres, uma fonte de sacrifícios e inibições, encargos e dissabores, em vez de potenciar uma aspiração louvável, uma finalidade que seduza, pelo que tem de superior e encorajador na luta pela vida, um meio de manutenção e assistência mútua e uma fonte de constituição de relações jurídicas familiares.

Por outro lado, a partir de meados dos anos setenta do século passado, Portugal inicia o seu percurso de entrada definitiva na modernidade demográfica, seguindo a cadência das mudanças legais e sociais, implicadas pelo 25 de Abril, em que o “triumfalismo familiar”¹⁰⁰⁸ cede lugar a novos desenhos do domínio familiar, traçados pela entrada massiva da mulher no mercado do trabalho, pela afirmação do fim do princípio da tendencial perpetuidade do casamento, pelo desenvolvimento da coabitação informal, por uma alargada indiferenciação dos papéis de género e por um maior recentramento na qualidade das relações e nas suas recompensas afetivas.

Emergiram, entretanto, novas «entidades familiares», uma denominada pluralização limitada de trajetórias familiares, com especial destaque para as famílias monoparentais e para as famílias recompostas, sendo certo que ambas as figuras colocam inúmeros problemas novos, também, ao Direito, nomeadamente, quanto à articulação entre os conceitos de família e residência, mas, igualmente, quanto à resolução dos conflitos sobrevivendo a essas novas estruturas familiares.

¹⁰⁰⁸ Bernardette Bawin-Legros, *Familles, mariage, divorce: Une sociologie des comportements familiaux contemporains,...*, citado, 213.

Na verdade, a questão marcante, no atual Direito da Família, traduz-se na deteção do grau da efetiva superação do dogma institucional da estabilidade familiar, face à pletórica exaltação hodierna do individualismo e do direito de cada um à felicidade, em que ambos os cônjuges participam com a expectativa máxima e um individualismo sem precedentes, constituindo um novo modelo de «família relacional», que adere ao protótipo da «mentalidade de compromisso».

E, assim, o esvaziamento do conteúdo legal dos deveres jurídicos conjugais, fruto da nova ideologia da igualdade dos dois parceiros da relação, em conjugação com a privatização do amor e com o estiolamento das referências exógenas oriundas dos ordenamentos normativos tradicionais, como sejam, a religião, a Moral, os costumes e a vizinhança, permitem o aparecimento de uma inevitável margem de indefinição, em conexão com a volatilidade da “*affectio conjugalis*”, que descarateriza a relação jurídica conjugal, expressão de uma crescente complexidade da articulação entre os valores individuais e os supra-individuais.

O casamento encerra, em si mesmo, como ato jurídico transcendente, uma contradição insanável, pois que, sendo dotado de relevância, na ordem jurídica, se e enquanto, autenticamente, querido, ultrapassado que foi o princípio da sua indissolubilidade, por força da acelerada laicização, secularização e diminuição da influência da conceção sacramental, de inspiração católica, a que se assiste, verifica-se, em termos de inerência imediata, a sua concorrência com as «famílias de facto», assentes na convivência «*more uxorio*», que, esvaziando o ato matrimonial, se assemelham, em razão do seu conteúdo, ao estado conjugal, a ponto de, em virtude da sua ascensão, social e jurídica, serem niveladas, num contexto de ordem sociológica e axiológica, ao vínculo conjugal “*quae tale*”.

A ideia do casamento como relação pura, baseada no compromisso privado, que contém, em si mesma, a possibilidade antecipada da sua dissolução, torna injustificada a definição de deveres conjugais imperativos, conduzindo os sistemas jurídicos a uma regulamentação minimalista do regime do divórcio, de competência e decisão, tendencialmente, para-administrativas.

Trata-se já de um verdadeiro prenúncio do aparecimento do modelo do «divórcio sem culpa», assente na constatação da rutura do matrimónio, indiciada por causas objetivas, ou, no acordo dos cônjuges, através do mútuo consentimento ativo ou do consentimento passivo do cônjuge que não se opõe ao pedido de divórcio formulado pelo outro.

A definição do regime normativo do divórcio depende das conceções sociais e culturais, historicamente, adotadas pelo legislador sobre o casamento, em função da sua maior ou menor incidência contratual ou institucional, em sintonia com os três conceitos-modelo distintos sobre a sua natureza jurídica, isto é, o do «divórcio-sanção», o do «divórcio remédio» e o do «divórcio como simples constatação da rutura do casamento».

A ultrapassagem do modelo do «divórcio-sanção» e a adesão ao conceito-modelo do «divórcio-constatação da rutura conjugal» significa uma nova realidade destinada a ser o instrumento para a obtenção da felicidade de ambos os cônjuges, pelo que, sempre que um deles entenda, mesmo numa perspetiva egoística, que, pelo menos, para si, essa felicidade já não pode ser alcançada pelo casamento celebrado, tem legitimidade para requerer o divórcio, ainda que a responsabilidade pela falência do matrimónio lhe possa ser imputada, em exclusivo.

É a consagração da conceção do divórcio unilateral e potestativo, em que um dos cônjuges pode por termo ao casamento, por simples declaração de vontade singular, sem que haja lugar à apreciação da culpa ou à aplicação de sanções, o que acaba por significar que o fundamento da rutura se traduz na inexistência de uma plena comunhão de vida entre os cônjuges, a que alude o artigo 1577º, do CC, isto é, numa expressão mais redutora, quando a «*affectio conjugalis*» e a cumplicidade entre os cônjuges baixou ao grau zero de satisfação para um deles, em que a lei já não pode sobrepor-se ou substituir-se à vontade do cônjuge que pretende a dissolução do seu casamento.

Com efeito, a Reforma de 2008 encontra-se em linha coerente com a crescente propensão para a “privatização” do casamento, subtraído, gradualmente, à intervenção tutelar do Estado, como contrato, tendencialmente, denunciável, cada vez mais, próximo da disciplina dos contratos em geral, de cujo tronco comum, outrora, já fez parte.

A forma como o legislador regula o divórcio está, diretamente, relacionada com a concepção que tem do casamento, pois que, se considera o matrimónio como uma verdadeira instituição familiar, para além de um simples contrato, as causas de divórcio serão mais restritas, mas se, ao invés, lhe reconhece mera natureza contratual, então, o divórcio tenderá a ser simplificado, o que pode conduzir à descaraterização do instituto do casamento, sem, diretamente, ser tocada a essência do seu regime.

E, se a nova lei pretendeu a não eternização de casamentos inviáveis, poderá, com a liberalização do divórcio instituída, não ter tornado, propriamente, o casamento como um ato sujeito a uma maior reflexão preparatória, mas antes contribuído para a diminuição da sua frequência, porquanto, não se tutelando já o investimento da confiança dos cônjuges na sua celebração e tendencial perpetuidade, os afetos daqueles que, com essa motivação, o procuravam, podem muito bem alcançar-se fora dele.

A existência de menos casamentos é, também, um sinal da menor dependência económica da mulher, face à sua entrada no mundo do trabalho não doméstico, mas, também, da tendencial menor estabilidade e durabilidade do vínculo, isto é, do fim do casamento assistencial, enquanto «seguro de vida».

Trata-se da simplificação do casamento como o último reduto do sistema, a fim de evitar relações para-familiares, de tipo anarquizante, como que restringido ao casamento-forma, enquanto derradeiro vestígio do matrimónio institucional, que ainda resiste, ao mesmo tempo que o Estado, apelando à família, chama a si, em primeira linha, e não já, subsidiariamente, o que constitui um recuo com o passado não intervencionista, a regulamentação dos institutos da assistência educativa e da confiança de menores, o controlo do exercício das responsabilidades parentais, a redefinição do seu conteúdo e a admissão de novas formas de família, de base, estritamente, afetiva ou sociológica, como acontece com a adoção e o apadrinhamento civil.

Mas, se o casamento, enquanto relação pessoal a dois, pelo menos, nos ordenamentos jurídicos de genuína inspiração ocidental, se transforma, jurídica e, socialmente, num contrato a médio prazo, embora, eventualmente, de prazo incerto, entregue à vontade de ambos cônjuges, ou, tão-só, de um deles, então, a sua constituição e dissolução sairão, largamente, do mundo do Direito, ficando, apenas, como questão a

resolver a das relações patrimoniais entre os cônjuges, reduzindo-se, deste modo, a sociedade conjugal a uma mera sociedade económica, sob a forma civil, e restringindo-se o Direito da Família aos regimes de bens matrimoniais, permanecendo o casamento confinado à sociologia, à história e à psicologia, o que implicará o tendencial desaparecimento do Direito da Família.

Toda a recente evolução da legislação europeia, no domínio da constituição e dissolução do casamento, representa uma demonstração expressiva da crescente neutralidade do Estado na determinação das componentes familiares, sendo as situações de união de facto, cada vez mais, assimiladas ao casamento, quase se identificando os respetivos institutos, do ponto de vista dos direitos sociais reconhecidos.

Por outro lado, a crescente propensão para a “privatização” do casamento, subtraído, gradualmente, à intervenção tutelar do Estado, como contrato, tendencialmente, denunciável, pese embora ainda a sua mítica vocação de perpetuidade, as tentativas atuais da sua desconstrualização, pela sua assimilação a outras fórmulas de comunhão de vida, e descontextualização, pela alteração do binómio natural das pessoas, originariamente, hábeis a contraí-lo, associadas à desformalização e simplificação do divórcio e à sua redobrada frequência, longe da sua natureza publicista e sacramental antecedentes, são novas realidades a tomar em consideração, nomeadamente, na abordagem da questão do divórcio e da questão subsequente do exercício das responsabilidades parentais.

Do poder-dever da autoridade parental transita-se para a pura função, sujeita a um forte controlo externo, de natureza publicística, em que o interesse dos filhos suplanta, hoje, o ultrapassado «interesse superior da família».

A filiação é a mais importante das relações de natureza pessoal que surgem com a formação da família, sendo, hoje, o filho menor o protagonista indiscutível da instituição familiar, onde se destaca o exercício das responsabilidades parentais e, em consequência deste poder-dever, o instituto da guarda ou da determinação da residência dos filhos e a própria figura do guardião ou residente.

Assiste-se, atualmente, a uma alteração do paradigma do Direito da Família, em que o valor da estabilidade da instituição cede perante a tutela dos interesses dos

indivíduos, quer quanto às relações intersubjetivas, quer no que concerne aos direitos fundamentais de cada um dos seus membros, especialmente, os filhos menores.

Trata-se de um modelo axiológico novo, objetivado na funcionalidade da família, na medida em que conduz ao desenvolvimento da personalidade dos seus membros, impondo-se a sua preservação como instrumento de tutela da dignidade da pessoa.

A família é, antes de ser um grupo natural, apenas, constituído pelo homem, mulher e os filhos, um grupo cultural, dotado de uma estruturação psíquica, onde cada um dos seus membros ocupa um lugar, exerce uma função, independentemente, das ligações biológicas que lhe estejam subjacentes.

Efetivamente, a lógica da proteção exclusiva do núcleo familiar contrapõe-se à lógica que permitiu reconhecer, numa perspetiva pós-moderna, dois princípios, eventualmente, considerados antagónicos, ou seja, o princípio da proteção da unidade familiar e o princípio da proteção dos filhos, na sua individualidade concreta.

Assim sendo, os filhos nascidos de progenitores casados, de progenitores que viveram em união de facto ou que, pura e simplesmente, não conviveram, ocupam, em princípio, o mesmo «status» jurídico, recebendo, conseqüentemente, idêntico tratamento legal, sob pena de diverso entendimento constituir uma situação denunciadora da violação do princípio constitucional que proíbe a discriminação dos filhos nascidos fora do casamento, de acordo com o preceituado pelo artigo 36º, nº 4, da CRP.

Numa sociedade de patriarcado implícito, em que o conceito de mãe é definido pela relação da mãe com o pai da criança, e a situação da mãe solteira ainda é considerada como um modelo desviante, em consequência da tradicional distinção, não, totalmente, postergada, entre filhos “legítimos” e “ilegítimos”, sendo a relação entre o homem e a mulher que define os vínculos familiares, dependendo do facto de os pais serem ou não casados, a estrutura monoparental das famílias é objeto de preconceitos, sendo prejudicial às crianças, e está, necessariamente, associada à pobreza, em virtude da diminuição do rendimento obtido pelo guardião ou residente, do baixo montante dos alimentos decretados e da alta taxa de não cumprimento da respetiva prestação.

B – Do poder paternal ao exercício conjunto das responsabilidades parentais

A partir dos primórdios da velha «patria potestas», seguiu-se uma noção de poder paternal, como símbolo de um poder total, refletida nos códigos civis do século XIX e de grande parte do século XX, em que o pai era o ator e, simultaneamente, o árbitro inquestionável do interesse da família, pois que, só quando o seu comportamento se revelava grave e, extremamente, perigoso para a educação moral e a saúde dos filhos lhe era retirado [autoridade parental], chegando-se à atualidade com a ideia de um poder paternal, como responsabilidade dos pais na orientação e preparação dos filhos menores para a vida [responsabilidade parental], isto é, de um «poder paternal», enquanto «responsabilidade parental», de acordo com a nova terminologia adotada pela Reforma de 2008.

Até meados do século XVIII, o poder paternal, caracterizado pelo autoritarismo masculino, era vital para a manutenção de uma sociedade hierarquizada, elevando-se a obediência a princípio fundante da estrutura familiar, porquanto a intensa pressão social não permitia qualquer espaço para a afirmação de outros sentimentos.

Em confronto com a antecedente postura, padronizada e distante, inexpressivamente, afetiva, os homens procuram um contacto diário com os filhos, realizando-se tentativas de uma nova representação masculina, de acordo com a reavaliação das normas do sistema tradicional, a fim de que nela seja possível reconhecer e incorporar, igualmente, as noções complementares da sensibilidade e da emotividade, de conteúdo ainda algo estranho para a mentalidade dos homens em geral.

O modelo do pai-provedor, cuja principal função se exercia no espaço público, longe dos filhos, representante da autoridade e da lei, mais temido do que respeitado, e, menos ainda, amado, foi sendo construído, ao longo da história, e consolidou-se como património da família nuclear, burguesa e patriarcal.

Paradoxalmente, com a entrada das mulheres-mães no mercado de trabalho, os pais foram chamados a ocupar-se das atividades relacionadas com os cuidados dos filhos, até, então, da exclusiva competência daquelas, a maior parte das vezes, por indispensabilidade, e, noutros casos, por expresse desejo masculino, ampliando o seu envolvimento na criação dos descendentes.

A ocupação de espaços públicos de reserva masculina, uma maior liberdade para o exercício da sexualidade, as conquistas referentes aos direitos do trabalho e reprodutivos, por parte da mulher, favoreceram, de certa forma, e, de algum modo, contraditoriamente, uma determinada participação masculina na esfera do lar e no cuidado dos filhos, alterando os arranjos domésticos e instituindo outras formas de relação entre homens e mulheres e entre adultos e crianças.

Mostrando-se o homem-pai disponível para assumir uma participação efetiva na vida diária dos filhos, e não garantindo o regime de visitas, por mais flexível que seja, a manutenção da convivência e da continuidade do relacionamento com os mesmos, a rutura dos progenitores priva o pai de voltar a exercer uma influência concreta, marcante e decisiva, na sua educação, e os filhos da manutenção de uma «relação de grande proximidade» com aquele.

Assim sendo, é seguro afirmar que o exercício conjunto rompe com a certeza decorrente da experiência forjada numa certa convicção generalizada de que a guarda exclusiva é o melhor desfecho possível, ou, em termos menos encomiásticos, é o mal menor para a situação da realidade posterior à rutura conjugal ou afim.

No modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, as decisões respeitantes às questões de particular importância da vida dos filhos menores são tomadas, de comum acordo, por ambos os progenitores, enquanto no que concerne às decisões sobre questões normais ou usuais, salvo quando a lei, expressamente, exija o consentimento de ambos os pais, o que mal se concebe não caber naquela primeira categoria de atos, vigora o princípio da presunção do acordo do outro progenitor, quando forem praticados atos que integrem o exercício das responsabilidades parentais, como decorre das disposições combinadas dos artigos 1901º, nºs 1, 2 e 3 e 1902º, nº 1, ambos do CC, porquanto, cada um deles, por via de regra, pode agir, por si só, ressalvadas as duas situações-limite de imperatividade, isto é, sendo caso de consentimento expresso dos dois progenitores ou tratando-se de ato de particular importância para a vida do filho.

Dissolvido o casamento, por divórcio, interrompido o vínculo matrimonial, em consequência de separação judicial de pessoas e bens, ou declarada a nulidade ou a anulação do casamento, as responsabilidades parentais são, por imposição legal, desempenhadas, em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na

constância do matrimônio, não se deixando aos mesmos a possibilidade de acordarem, irrevogavelmente, sobre o seu exercício, com ressalva da situação dos alimentos devidos aos filhos e a forma de os prestar, mas, também, aqui, em termos não absolutos, como acontecia no regime anterior, estatuinto-se, de imediato, o exercício conjunto, no que concerne às questões de particular importância, com exceção dos casos de urgência manifesta ou, subsidiariamente, instituindo-se o exercício unilateral, pelo progenitor a quem forem cometidas as responsabilidades parentais, nas questões de particular importância e nos atos da vida corrente, quando aquele exercício conjunto for considerado contrário aos interesses do menor, podendo o mesmo agir, sozinho, mas devendo prestar informações ao outro, logo que possível, em conformidade com o disposto pelos artigos 1906º, nºs 1 e 2 e 1905º, ambos do CC, com ressalva da situação dos pais, entretanto, reconciliados, que continuem a manter uma plena comunhão de vida e que chamem a si o exercício em comum das responsabilidades parentais dos filhos.

Em termos práticos, porém, no modelo do exercício conjunto, as decisões pertencem, quase, exclusivamente, ao progenitor que reside, de modo habitual, com o menor, o que torna flexível a atividade de representação legal dos filhos, permitindo um exercício individual e indistinto das responsabilidades parentais, um mandato tácito recíproco que possibilita a cada um dos pais atuar, sem o consentimento do progenitor passivo, com dispensa de obtenção do acordo deste e de o demonstrar perante terceiros, agindo, sozinho, livremente, desde que o outro não manifeste, previamente, o seu desacordo, o qual não é, contudo, oponível a terceiro de boa-fé, exceto se este conhecesse ou devesse presumir a oposição do progenitor que não interveio na prática do ato.

O critério da capacidade educativa, como base da decisão que determina o progenitor a quem deve ser confiada a residência do menor, é o máximo denominador comum dos demais princípios, refletindo, por assim dizer, a «especialidade do generalista», porquanto, tendo sempre como referência o interesse do menor, na base do acordo dos pais e da disponibilidade por eles manifestada para promover relações habituais do filho com o outro, no sentido da manutenção de “uma relação de grande proximidade com os dois progenitores”, garante a qualidade e consistência das relações afetivas da criança com os mesmos e a continuidade das suas relações afetivas precoces, implica a não separação dos irmãos, respeita a preferência do filho e não empola o binómio constituído pelo princípio da

preferência maternal «versus» idade reduzida do filho, tendendo, naturalmente, a identificar-se com a regra da figura primária de referência da criança e do jovem menor.

O equilíbrio entre a capacidade educativa e a capacidade afetiva, que devem estar interligadas, permite ao tribunal encontrar um padrão de excelência no critério de determinação do progenitor a quem deve ser confiada a residência da criança e do jovem menor, idóneo a proporcionar o seu desenvolvimento futuro.

O critério da figura primária de referência, neutro em relação ao sexo, mas centralizado na determinação de qual dos progenitores cuidou, predominantemente, da criança, é uma regra objetiva e funcional, adequada à realidade social, e aplicável a crianças de tenra idade ou a crianças mais velhas, relacionada com a realização das tarefas concretas quotidianas prestadas ao menor, constituindo a solução mais conforme ao interesse da criança, porquanto, permite promover a continuidade do ambiente e das relações afetivas próprias daquela, e respeitar a sua vontade e sentimentos, correspondendo à realidade social.

Passa pelo imaginário social o preconceito de que as decisões judiciais possam conferir um valor negativo ao interesse do pai que reclama o exercício conjunto, por tal poder indiciar uma atitude relutante em assumir, na plenitude, os deveres e responsabilidades que implica a paternidade, sendo, contudo, mais desfavorável a valoração sobre a intenção da mãe em estabelecer a mesma modalidade, uma vez que se considera, embora, erroneamente, tal atitude como a demonstração de um desejo encoberto e inconfessado de abdicar do estatuto de residente com os filhos.

Na verdade, ainda de acordo com esta leitura subentendida do comportamento dos progenitores, o pai que expressa o desejo de compartilhar o exercício conjunto demonstra a intenção de que não quer pagar a prestação de alimentos para a subsistência dos filhos, enquanto a mãe, com idêntico objetivo, estaria a abrir mão de um atributo natural da condição feminina e, portanto, revelador de uma faceta inconcebível, suscetível de uma relativa desconfiança do decisor em deferir-lhe o estatuto de residente com os filhos.

Devendo o juiz fundamentar a decisão de não decretar, mesmo em sede homologatória, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, tão-só, o pode fazer, independentemente, da impossibilidade de obter o acordo dos pais nesse sentido, quando o mesmo for julgado contrário aos interesses dos menores, embora a recusa de um dos progenitores funcione como presunção, «tantum iuris», de que falta aos pais a capacidade de cooperação indispensável para por em prática o respetivo exercício colegial.

Se ao conflito, subsistente e arrastado, enquanto ex-cônjuges ou ex-membros da união de facto, se somar a sua oposição à solução do exercício conjunto, este afigura-se-á contraproducente e com reduzidíssima margem de sucesso.

Assim sendo, apenas, deverá ser proferida sentença ou decisão judicial, meramente, homologatória, a consagrar ou reconhecer a modalidade do exercício unilateral, em questões de particular importância, desde que, devidamente, fundamentada, quando for indiscutível que o exercício conjunto é contrário aos interesses dos filhos, com base no preceituado pelo artigo 1906º, nºs 1 e 2, do CC, inexistindo qualquer presunção natural favorável ao exercício exclusivo e unilateral das responsabilidades parentais.

O que não podia, manifestamente, acontecer, antes da Reforma de 2008, era a atribuição da confiança do menor a um dos progenitores e a manutenção, na ausência do acordo de ambos, do exercício conjunto das responsabilidades parentais, para evitar as constantes intromissões do progenitor não guardião, sem prejuízo do direito de vigilância que a este competia e do direito de visita do menor.

A solução legislativa comparada de permitir a imposição do exercício colegial das responsabilidades parentais é a mais consentânea com os poderes discricionários tradicionais do juiz, em matéria de determinação da residência, porquanto o requisito da imprescindibilidade do acordo dos progenitores pode ser utilizado como um mecanismo de pressão ou de chantagem sobre o progenitor que deseja o exercício conjunto, bastando, para afastar a solução colegial, a recusa, ainda que sem fundamento, de um deles em exercer em conjunto as responsabilidades parentais.

Com efeito, no âmbito da tensão dialética do conceito poder paternal/responsabilidades parentais, só pode falar-se, verdadeiramente, em responsabilidades parentais, no quadro do seu exercício conjunto, posto que o exercício

unilateral representa uma expressão ainda com os contornos do antigo «poder paternal», bem mais distante do poder compartilhado da nova ideologia parental, constituindo, de algum modo, uma contradição nos seus próprios termos, a utilização promíscua da expressão corrente «exercício unilateral das responsabilidades parentais».

Por seu turno, a mera discordância ideológica do juiz ou do MP, em relação ao acordo dos pais, não lhes permite impor ou propor uma solução diferente, como que uma «terceira via», entendida como mais favorável aos interesses da criança, por tal constituir uma violação do direito dos pais à educação dos filhos, consubstanciando uma ilegítima intervenção do Estado na área reservada da soberania da família.

No modelo do exercício conjunto, todos os filhos têm um contacto regular com ambos os progenitores, enquanto que, em relação ao figurino da guarda única, tão-só, uma percentagem de 50% vêem o progenitor não guardião, razão pela qual, conseqüentemente, o nível de conflitualidade dos pais, em exercício conjunto voluntário, é inferior ao dos pais, em guarda única imposta.

Ao contrário da guarda única, que desencoraja o envolvimento do progenitor não guardião, o exercício conjunto reafirma a sua consciência, responsabilidade e preocupação com o bem-estar dos filhos, permitindo-lhe atingir níveis mais altos de satisfação, evitando os incidentes de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais.

Numa perspetiva de longo prazo, não ocorrem diferenças marcantes na personalidade dos adultos, filhos de pais divorciados, quando se efetue a comparação entre aqueles que viveram e cresceram, sob a modalidade do exercício conjunto, e os que foram criados e educados, de acordo com o modelo da guarda unilateral, sendo certo, outrossim, que, em qualquer das situações em confronto, se manifestam dificuldades de compromisso nas relações afetivas, com receio de rejeição, traição, fracasso ou perda repentina.

O artigo 1905º, do CC, na redação atual, reserva o acordo dos pais, nas situações de divórcio e assimiladas, para a questão dos «alimentos devidos ao filho e forma de os prestar», embora sujeito a recusa de homologação, se não corresponder ao interesse do menor, subtraindo, portanto, o «destino do filho», ou seja, a «guarda» ou a «confiança à

guarda», ou, ainda, mais, precisamente, a «questão da residência do menor», ao sistema da auto-composição dos progenitores, não obstante o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro sejam, entre outras «circunstâncias relevantes», fatores a considerar no sentido da determinação da residência do menor e, conseqüentemente, da modalidade e subespécie do exercício das responsabilidades parentais, conforme flui do estipulado pelo artigo 1906º, nº 5, do mesmo diploma legal.

Quer isto dizer, por outras palavras, que o sistema da auto-composição dos interesses dos progenitores, independentemente, da recusa de homologação judicial do acordo, por falta de correspondência ao interesse do menor, já não tem aplicação na questão do destino, confiança à guarda, guarda ou residência deste e na questão da relação de grande proximidade com ambos os progenitores e outros parentes próximos, mas, tão-só, na questão dos alimentos e forma procedimental de os prestar.

Assim sendo, é, hoje, o tribunal quem determina, autonomamente, a questão da guarda do menor, ou melhor, da sua residência, sendo de relevar o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro, e não estes quem apresenta um acordo sobre as responsabilidades parentais a submeter, irrevogavelmente, a eventual decisão de homologação judicial, porquanto, o regime arquitetado pelo legislador é o de que as questões de particular importância para a vida do filho são exercidas, em princípio, em conjunto, por ambos os progenitores, nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, em conformidade com o preceituado pelo artigo 1906º, nº 1, do CC.

Certamente, que a questão dos alimentos devidos ao filho e a forma procedimental de os prestar não deixou de constituir uma questão de particular importância, antes, pelo contrário, continua a ser um tema vital para aquele, só que, neste âmbito, o legislador manteve o princípio da autonomia de vontade da decisão dos progenitores, reservando ao juiz o controlo, «a posteriori», da sua legalidade e conformidade com os interesses do menor, de acordo com o estipulado pelo artigo 1905º, do CC.

O regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais decorre de uma preferência legal, que tem subjacente o direito da criança à continuidade dos contactos com ambos os progenitores, na hipótese da falta de acordo destes, sendo,

facilmente, afastada pela demonstração de poder implicar contrariedades para a mesma, ou de uma presunção legal, independentemente, do consenso dos pais, sendo certo que, em caso de acordo, a aludida presunção equivale, praticamente, ao decretamento da medida, em correspondência com o aludido regime-regra.

É que a presunção legal, a favor do exercício conjunto, ainda que desacompanhada do acordo dos progenitores, apenas, é ilidível, mediante prova em contrário, ou seja, da demonstração da existência de fatores excepcionais que a tornem lesiva para os interesses da criança, o que significa uma menor liberdade investigatória e decisória do juiz no apuramento de uma realidade adversa a essa presunção legal, comparativamente, ao que acontece quanto à hipótese da preferência legal.

O progenitor que se recusa a exercer, colegialmente, as responsabilidades parentais, no que contende com as questões de particular importância para a vida do filho, deveria apresentar um plano fundamentado das razões da oposição e da contrapartida que entenda justificar-se, sob pena do restabelecimento do regime-regra do exercício conjunto, a menos que outros fundamentos, desde logo, evidenciáveis, permitam desencorajar a solução, a bem dos superiores interesses do filho.

C - Do princípio da igualdade dos progenitores ao princípio da inseparabilidade dos filhos

Depois do regime patriarcal do poder marital dos alvares do CC de 1966, com a manifesta contradição que decorria da simultânea atribuição da titularidade do poder paternal a ambos os progenitores, imediatamente, neutralizada pela enumeração dos poderes especiais do pai e dos poderes especiais da mãe, que reduziam a autoridade desta a uma diminuta parcela do seu âmbito total, e, assim, pulverizavam a substanciação dos conflitos, verifica-se, após a Reforma de 1977, nas situações posteriores ao divórcio, o regresso à guarda unilateral, só porque os progenitores não se encontram de acordo quanto ao seu desempenho colegial, privilegiando-se, uma vez mais, o princípio da unidade da direção do poder paternal, em detrimento do princípio da igualdade dos progenitores na manutenção e educação dos filhos, ou seja, a eficácia e praticabilidade do sistema, em relação à sua democraticidade, em face da opinião da vontade divergente de ambos os progenitores, exatamente, quando mais era de exigir a consensualidade, por maiores serem os receios dos eventuais efeitos funestos da rutura familiar, em relação ao quotidiano da vivência do menor.

E isto ainda na ressaca dos primeiros dez anos de vigência do CC de 1966 e da herança que este recebeu do Código Civil de Seabra, com o objetivo de terminar com a situação de falta de coincidência entre a prestação de cuidados aos filhos, que cabia à mãe, e os poderes de representação, educação e decisão, que pertenciam ao pai, como chefe de família, de modo a que o cuidado coincidisse com o exercício das responsabilidades parentais, obviando as interferências do pai na vida familiar, nas situações posteriores ao divórcio e equiparadas, o que conferia à mãe a plenitude dos poderes paternos, nomeadamente, a decisão isolada sobre saídas ao estrangeiro, o modelo e o regime de ensino ou a forma de educação religiosa.

Na verdade, se a lei já não discriminava entre os poderes especiais do pai e os poderes especiais da mãe, distinguia, embora no quadro do exercício exclusivo do poder paternal, flagrantemente, os poderes especiais do guardião, em relação aos interesses e expectativas do não guardião.

Efetivamente, se o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges na manutenção e educação dos filhos implicou a consagração do exercício em comum do poder paternal, durante a constância do matrimónio e na vigência da sociedade conjugal, realidade bem diversa acontecia, depois da Reforma de 1977, no concernente às situações posteriores ao divórcio e assimiladas, por, então, passar a vigorar o sistema oposto, isto é, o do exercício unilateral do poder paternal, o que constituía, de certo modo, um regresso ao passado, ou seja, ao sistema dos poderes especiais do pai como chefe de família, embora já sem o desfasamento anacrónico do princípio do poder marital e das manifestações autoritárias neste contidas.

Porém, uma vez mais, a posição paritária dos progenitores determinou constrangimentos, a que a Reforma de 1977 procurou fazer face, ou seja, facultando-se o recurso a uma terceira entidade, o juiz, nos termos do disposto pelo artigo 1901º, nº 2, frustrada a auto-regulação entre os cônjuges ou os progenitores, na vigência do casamento, e, em questões de particular importância, que, assim, surge como decisor e, simultaneamente, intérprete do interesse do menor no conflito sobrevivendo, embora com subordinação à observância de determinados critérios legais de valoração da situação concreta.

Por outro lado, em caso de ato normal integrante do exercício das responsabilidades parentais, funcionava a aplicação da presunção legal de que o progenitor

atuante procedia de acordo com o outro, sendo que a falta de acordo não é oponível a terceiros de boa-fé, atento o disposto pelo artigo 1902º, nºs 1 e 2, ambos do CC, e, nos casos de divórcio e afins, atribuía-se o poder paternal, em exclusivo, ao cônjuge a quem a guarda do filho fora confiada, reservando-se ao não guardião, numa solução redutora de constitucionalidade controversa, face ao estatuído pelo artigo 36º, nºs 5 e 6, da CRP, o poder-dever de vigilância não presencial da educação e condições de vida do filho, de acordo com o prescrito pelos artigos 1905º e seguintes, também, do CC.

Assim sendo, como contrapartida do direito a uma comunidade de vida concedida ao detentor da guarda, em relação ao menor, oferecia-se, na altura, ou seja, após a Reforma de 1977 e até à Reforma de 2008, ao não guardião o direito de visita, enquanto o direito de educação ativa conferido ao primeiro tinha os seus antípodas no direito de vigilância não presencial que a este último pertencia.

Deste modo, ou os pais estavam de acordo na regulação do exercício do poder paternal dos filhos menores, ou, ao menos, no seu destino ou guarda, e nada impedia o tribunal de homologar o respetivo regime da guarda conjunta, ou, então, inexistindo esse consentimento dos progenitores, o artigo 1906º, nº 2, do CC, impunha o regime da guarda única.

Assim, no que respeitava às situações posteriores ao divórcio e congéneres, em oposição total ao que se passava na constância do casamento, desapareceu a presunção de acordo dos pais, relativamente à prática de atos usuais, e a exigência legal do consentimento expresso de ambos os progenitores para a realização de quaisquer atos respeitantes à pessoa do menor, operando-se uma concentração do exercício de todos estes poderes-deveres, na pessoa do progenitor que detinha a guarda, mesmo tratando-se de questões de particular importância, enfatizando-se, assim, a figura do guardião e dos poderes especiais do mesmo.

O fim do patriarcado anuncia uma paternidade, completamente, diferente, evidenciando-se a necessidade da presença das crianças com o pai, nos dois primeiros anos de vida, em contraponto com a constatação, até, então, efetuada pela escola psicanalítica, que considerava a imprescindibilidade da vinculação da díade mãe-filho para a estruturação psicológica do sujeito, sendo o papel do pai reivindicado para um momento posterior do desenvolvimento da criança.

Por seu turno, o princípio da presunção maternal constitui um precedente, insuficientemente, fundado, assente em valorações pessoais, lesivo do princípio da igualdade dos sexos, constante do artigo 13º, nº 2, do princípio da igualdade dos cônjuges na manutenção e educação dos filhos, ínsito no artigo 36º, nº 3, e dos valores sociais eminentes da maternidade e da paternidade, consagrados pelo artigo 68º, nº 2, todos da CRP.

Sendo as consequências da ausência paterna tão graves quanto as da materna, só, recentemente, foram estudadas, em profundidade, muito embora, mesmo com a necessidade de uma divisão mais equilibrada das tarefas quotidianas entre pai e mãe, em relação aos cuidados reclamados pela criança, seja frequente a existência de uma rivalidade no casal, situada na esfera individual, em função, em primeiro lugar, da dificuldade que o homem tem em assumir a paternidade, e, em segundo lugar, da dificuldade sentida pela mulher em ceder parte desse seu «lugar de poder», determinando que a «posse» do filho se torne, por vezes, um campo de disputa, mais do que um espaço de união e afirmação.

A mãe e o Estado usurparam, cada qual a seu modo, o essencial das funções paternas, sendo questionado o papel que estaria reservado ao pai, tendo-se admitido, durante certo tempo, que a qualidade paterna poderia ser medida, preferencialmente, pela capacidade de prover à família, mais do que pelo estabelecimento de qualquer laço de envolvimento afetivo.

A ascensão das mulheres ao patamar de uma relativa igualdade de oportunidades no mercado do trabalho com os homens confronta-se com a desigualdade de género na esfera privada, onde conflituam dois desejos distintos, por vezes, contraditórios, isto é, o de partilhar com os homens as responsabilidades familiares, por um lado, e o de não abrir mão de um dos espaços de poder – o poder maternal - que as mesmas mantêm, por outro.

Porém, o princípio subjacente à atribuição da guarda única, indissociavelmente, ligado à ideia do divórcio-sanção e à inerente consideração da culpa na sua declaração, contende com a primazia da mãe como educadora dos filhos, no que se poderia designar como «uma tendência limite de confiança à mãe»¹⁰⁰⁹, e com a estabilidade destes numa só residência, no quadro de um conceito de «definição geográfica de estabilidade», traduzindo

¹⁰⁰⁹ Helena Gomes Melo e outros, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, ..., citado, 2009, 27 e nota (17).

uma conceção de incapacidade de cooperação dos pais, de acordo com a presunção de que, finda a sociedade conjugal, inexistente espaço para uma relação positiva entre eles.

A sistemática atribuição unilateral da guarda tem subjacente, quer no plano jurídico, quer no cultural, uma ideia de repartição subsequente à separação, isto é, a lógica de que os filhos seriam bens materiais objeto de distribuição, mas como não têm natureza divisível, optar-se-ia pela solução da sua designação exclusiva a um dos progenitores, no pressuposto indemonstrado da incapacidade funcional da estrutura familiar subsequente à dissolução do casamento.

Sendo, assim, as principais características distintivas da atribuição da guarda exclusiva estão catalogadas em duas proposições, remetendo a primeira para a exclusão da viabilidade de o pai manter uma convivência contínua com os filhos, uma vez que não detém a guarda, em detrimento da mãe, que é o progenitor com maior disponibilidade de tempo para cuidar da criança, ao passo que a segunda reflete a situação do progenitor não guardião, que se reserva para o exercício da função de supervisão da educação dos filhos, como forma de evitar a marginalização do seu poder-dever parental.

E isto, sem esquecer que a guarda unilateral significa, em princípio, uma violação do direito fundamental de um dos pais à educação dos filhos e do correspondente direito das crianças e jovens menores à manutenção de relações pessoais e contactos diretos regulares com ambos os progenitores.

Esta deriva sexista do sistema da guarda exclusiva, em benefício da mulher, mais do que pela função que exerce, está na origem das desvantagens que lhe estão associadas, e que se traduzem num desequilíbrio de poderes, na imposição de um desvio sistemático da sua abordagem pelo tribunal, na deturpação da imagem da mãe, na desvalorização generalizada da imagem e da função do pai, na desestabilização dos menores, pela perda frequente de um dos pais, e no envolvimento do tribunal nas decisões familiares, por vezes, sem o «know-how» suficiente para intervir, em termos passíveis de, contraproducentemente, estimular o conflito familiar em curso.

O princípio da igualdade não tinha expressão no Direito da Família, porquanto o legislador dos movimentos de codificação entendeu sacrificar a liberdade e a igualdade, em prol da manutenção da unidade e da perenidade da família, cujo fundamento assentava, assim, no estabelecimento de desigualdades nas relações conjugais [poder marital] e nas

relações com os filhos [pode paternal], institutos caracterizados pelo autoritarismo e pelo paternalismo.

A par do casamento e da família, em si mesmos considerados, as relações entre pais e filhos aparecem, hoje, constitucionalmente, consagradas, sob três aspetos fundamentais, ou seja, a igualdade dos cônjuges e dos progenitores não casados, quanto à manutenção e educação dos filhos, o direito-dever natural dos pais à sua educação e o direito dos filhos a serem educados pelos pais [artigos 36º, nº 5 e 67º, nº 2, c)], reconhecidos pela afirmação da maternidade e da paternidade como «valores sociais eminentes» [artigo 68º, nº 2], como o direito conferido aos pais e às mães de realizarem essa «insubstituível ação em relação aos filhos», com o auxílio não substitutivo e a cooperação e proteção da sociedade e do Estado [artigo 68º, nº 1, todos da CRP], e o direito dos pais à companhia e à coabitação com os filhos menores, dos quais só podem ser separados, por prévia sentença judicial, em «ultima ratio», excecionalmente, face à imprescindibilidade da reserva de jurisdição [artigo 36º, nº 6], perante razões sérias e, devidamente, fundamentadas.

Na verdade, a aplicação da medida jurisdicional da separação dos filhos, em relação aos pais, ou, apenas, a um dos progenitores, constitui uma providência, particularmente, gravosa, subordinada, sempre, à exigência de uma especial justificação, traduzida no não cumprimento, por parte destes, dos seus deveres fundamentais para com os filhos, garantindo-se, por seu turno, a estes últimos o direito à proteção do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, nomeadamente, contra o exercício abusivo da autoridade na família [artigo 69º, nº 1, da CRP].

Os poderes-deveres constitutivos do «poder paternal» integram “o direito geral de personalidade dos pais, nomeadamente, os direitos à sua estrutura sentimental e ao desenvolvimento da sua personalidade”, “podendo originar responsabilidade civil de terceiros quando sejam atingidos interesses dos pais”¹⁰¹⁰, em concretização de um dos mais importantes valores da sua personalidade, enquanto direito de educar e preparar os filhos para a vida adulta.

Por outro lado, a aplicação da medida estatal da separação dos pais, em relação aos filhos, com base no princípio geral do «favor minoris», só se preenche quando o interesse destes esteja, objetivamente, em perigo, não se tratando, apenas, de

¹⁰¹⁰ Rabindranath Capelo de Sousa, Teoria Geral do Direito Civil, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 186 e nota (451).

comportamentos culposos dos progenitores, antes se impondo uma especial justificação, consistente no incumprimento pelos mesmos dos seus deveres fundamentais para com os filhos, em casos de extrema irresponsabilidade, negligência ou de prática de condutas dolosas.

Está-se, assim, perante um verdadeiro poder-dever dos pais de educar e manter os filhos e não de um simples direito subjetivo ou de uma garantia institucional ou norma programática que integre as denominadas responsabilidades parentais, como obrigação de cuidado parental, ao lado de um direito subjetivo dos pais a não serem separados dos filhos e de um direito subjetivo destes a não serem separados dos respetivos progenitores.

Este princípio geral da inseparabilidade dos filhos, em relação aos seus progenitores, não radica no direito à educação que a estes pertence, mas antes nas responsabilidades parentais, em geral, que entroncam no jus-naturalismo, razão pela qual os pais só podem ser privados do seu exercício, mas não da sua substância ou titularidade, a não ser na situação excecional da sua perda, por conduta que envolva violação do direito natural da paternidade.

Não obstante o normativo constitucional referente às relações familiares de filiação consagrar o princípio da igualdade entre os progenitores, independentemente, de serem ou não casados entre si, a guarda dos filhos era, invariavelmente, atribuída à mãe, ainda que o discurso jurídico se tivesse mantido, sem discrepância, subsidiário da ideia da prevalência do interesse do menor, o que, de certo modo, até permitia, singularmente, subestimar a importância doutrinária do princípio, quase de direito natural, da preferência maternal, consistentemente, presente no «subconsciente ativo» dos decisores judiciais.

A instituição do princípio da igualdade dos cônjuges na educação e manutenção dos filhos pressupõe que ambos os progenitores têm idêntica intervenção no exercício das responsabilidades parentais, eliminando-se a tradicional preponderância do pai sobre a mãe.

Encontrando-se consagrado o exercício em comum do poder paternal, durante a constância do matrimónio, na sequência da Reforma de 1977, volvidos cerca de trinta anos, foi ocasião de o legislador assumir mais, convictamente, os interesses das crianças e dos jovens menores, colocando-os como verdadeiros destinatários das responsabilidades parentais que incidem sobre os seus progenitores, de modo a que o reconhecimento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres no casamento corresponda a

uma verdadeira igualdade de facto, em consonância com a consideração da maternidade e da paternidade, como valores sociais eminentes, atento o estipulado pelo artigo 68º, da CRP, cuja plena concretização é necessário promover.

Efetivamente, se a igualdade perante a lei contém, em si mesma, a imposição da igualdade de facto e, portanto, a necessidade de o Estado adotar uma postura positiva na sua implementação, a alteração introduzida pela Reforma de 2008 não é o resultado das exigências de uma conceção hodierna, social, do princípio da igualdade, pois que o conceito de género está, desde sempre, pressuposto no artigo 1906º, nº 1, do CC, como uma inerência à natureza dos dois progenitores responsáveis pelo ato da conceção do novo ser vivo, ou não fosse o género uma característica universal, porquanto, todos os seres humanos são homens ou mulheres, pelo menos, perante a realidade jurídica nacional.

A igualdade de género, como conceito operacional, que melhor poderia designar-se, por “equidade entre géneros”¹⁰¹¹, não colheu relevância especial, na atual redação do artigo 1906º, nº 1, do CC, segundo a qual “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores...”, porquanto, nada acrescenta à previsão do artigo 13º, da CRP, que consagra o princípio de que “todos são iguais perante a lei” [nº1], pois que “ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de...sexo...” [nº2].

O Comité de Ministros do CE prevê que “a igualdade dos progenitores deve ser...respeitada e não deve ser feita qualquer discriminação...” e que “em caso de dissolução do casamento ou separação dos progenitores, a autoridade competente...deve tomar as medidas apropriadas, por exemplo, dividindo o exercício das responsabilidades parentais entre os dois progenitores ou, caso os progenitores consentam, decidindo que as responsabilidades devem ser exercidas conjuntamente”.

Por isso, a exclusão do progenitor não guardião da educação dos filhos, contra a sua vontade, sem quaisquer poderes decisórios perante estes, sem participar na sua educação ativa, afronta o princípio constitucional da igualdade dos pais, e não só o princípio constitucional da igualdade dos cônjuges, face à suficiência da filiação, juridicamente, estabelecida, na educação e manutenção dos filhos, e o correlativo princípio, também, constitucional, da inseparabilidade daqueles, em relação a estes, “salvo quando não

¹⁰¹¹ Luísa Neto, O Direito e a Igualdade de Género,..., citado, 162.

cumpram os seus deveres fundamentais para com os mesmos, e sempre mediante decisão judicial”, gerador de um clima propício à conflitualidade entre os progenitores e à instrumentalização dos filhos, um contra o outro, incentivando disputas em redor destes.

Com efeito, o artigo 36º, nº 5, da CRP, consagra o princípio da atribuição aos pais do poder-dever de educação dos filhos, e o respetivo nº 6, o princípio da inseparabilidade destes dos seus progenitores, enquanto princípios de direito natural, constituindo autênticos direitos fundamentais, no sentido clássico de direitos da pessoa humana, ou de direitos de personalidade, direitos subjetivos dos pais, que se completam e interagem, de modo a impedir que o Estado afaste os filhos dos pais, fora das condições, legalmente, previstas.

Porém, o que importa, para além da análise valorativa da absolutização do princípio da igualdade dos progenitores, é antes o grau de relevância, no âmbito da igualdade da posição entre ambos, da regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

A questão não está em saber e, também, em demonstrar se o exercício conjunto confere ao homem e à mulher igualdade de direitos, sem a correspondente igualdade de deveres, em virtude de as crianças continuarem a residir com a mãe que, por elas, se sacrifica, diariamente, mas, ao invés, em indagar se, antes e para além da eventual desigualdade entre aqueles, não estará, prioritariamente, em crise o interesse dos filhos, cuja relação com os progenitores, ao contrário do matrimónio ou da união destes, não terminou, mas que agora requer cuidados suplementares, isto é, a finalidade da ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais não se destina a alcançar a igualdade entre os progenitores, a equilibrar os pratos da balança entre ambos, mas antes a realizar o direito das crianças ao afeto e à estabilidade.

Assim sendo, o exercício conjunto, no que respeita às questões de particular importância, tem como finalidade a proteção do interesse do menor e, apenas, reflexamente, a promoção da igualdade entre ambos os progenitores, isto é, entre homem e mulher.

Contudo, terminando, após o divórcio ou separação, o exercício em comum das responsabilidades parentais, com o fim do casamento, a igualdade entre ambos os progenitores quanto à educação dos filhos é destruída, de forma dolorosa, porquanto são postos em causa direitos adquiridos, particularmente, os do menor que, aliás, lhe estão

reconhecidos, pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, sem esquecer que pode ocorrer, não, dispicientemente, contra as expetativas e à revelia de qualquer conduta censurável do não residente e, portanto, independentemente, de culpa deste, o qual, muitas vezes, tudo investiu em prol da família intacta.

Com efeito, como já se disse, trata-se de uma igualdade dos cônjuges, em nome dos superiores interesses dos filhos, e só, reflexamente, também, em benefício próprio dos progenitores, mas que deixa de ser verdadeira igualdade se e quando, por força da dissolução do casamento, ou da extinção da união de facto, os filhos se separam dos pais e estes dos filhos.

Se, na decisão de casar, apenas, pontifica o princípio da autonomia da vontade, já, na decisão de por fim à comunidade conjugal, importa, igualmente, atender ao interesse dos filhos menores na manutenção da família, em contraponto com o direito potestativo dos cônjuges de requererem o divórcio.

Contudo, a lei ordinária contenta-se com a tomada em consideração do interesse dos cônjuges na manutenção ou dissolução do casamento, aliás, na lógica da conceção totalitária do poder absoluto que, em conjunto, lhes é reconhecido, ao qual se têm de submeter os interesses dos filhos menores e da sociedade na continuação do matrimónio e na defesa de uma certo entendimento da estabilidade social, ainda que possa ser, ridiculamente, caprichosa a motivação daqueles.

Ora, se a manutenção da comunidade familiar é basilar para o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos, e se aos pais cabe a promoção deste desenvolvimento, não pode ser ignorado pelo legislador o interesse daqueles nessa continuação, sob pena de subordinação discricionária e injusta dos interesses dos menores aos dos adultos, seus pais, muito embora estes sejam os supremos árbitros dos interesses dos filhos, exceto quando, com a sua conduta, ponham em causa a saúde, a segurança, a formação moral ou a educação destes.

A nova terminologia dos preceitos dos artigos 1901º, nºs 1 e 2 e 1906º, ambos do CC [exercício em comum das responsabilidades parentais], tem subjacente a ideia de que o interesse dos filhos é uma questão de interesse público, que não pode ficar na livre disponibilidade dos progenitores, sujeito ao seu livre arbítrio, mas antes que estes se devem manter comprometidos com o seu desenvolvimento, com vista a concretizar o objetivo de evitar que o divórcio ou a separação provoquem o afastamento de um dos progenitores em

relação ao filho, debilitando o respetivo relacionamento afetivo, atento o pressuposto em que assenta de que a partilha de responsabilidades já era, consensualmente, aceite na constância do casamento.

É que não existe, por via de regra, separação sem danos, porquanto os progenitores, raramente, terminam os seus dissídios com o processo judicial, assistindo-se a um desgaste contínuo e arrastado da relação que fere, indelevelmente, a criança.

Hoje, tal como, aparentemente, acontece com a evolução do Direito Português, a proteção concedida à família, como espaço de desenvolvimento e realização pessoal dos seus membros e, secundariamente, de promoção das suas funções sociais, não interfere com a liberdade dos cônjuges, que desenvolverão ou extinguirão as relações pessoais que estabeleceram, sem visíveis contrariedades.

Neste enquadramento, fez todo o sentido começar a idealizar, desenhar e definir um modelo de redistribuição, tanto quanto possível, igualitário, dos papéis parentais, após a dissolução do casamento ou da situação de convivência entre os progenitores, sob pena de a rutura continuada ter o condão de conduzir, irreversivelmente, a uma assimetria insustentável com a tutela dos superiores interesses dos filhos e as legítimas expectativas de ambos os progenitores.

A não ser assim, o princípio da igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos, constante do artigo 36º, nº 3, da CRP, não passaria de mais uma virtuosa proclamação constitucional, completamente, ao sabor do sortilégio da relação entre os pais, que, apenas, se afirmaria, tendencialmente, com a perpetuidade do casamento ou da união de facto, mas não, em princípio, se estes estados viessem a ser dissolvidos ou extintos.

Após a Reforma Constitucional de 1977, o princípio da igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos, com vista ao melhor cumprimento do dever da sua educação e manutenção, de acordo com o respetivo nº 5, do artigo 36º, da CRP, entrelaçou-se, inextricavelmente, com o princípio da inseparabilidade dos filhos em relação aos pais, consagrado no seu nº 6, pelo que o binómio filhos/progenitores, ou melhor, o trinómio da relação familiar - filhos/mães/pais - conferiu ao princípio da igualdade dos cônjuges, não, apenas, a veste formal da nomenclatura, mas, verdadeiramente, e, desde que levado até às últimas consequências do possível, como não pode deixar de ser, a sua autêntica essência de princípio constitucional de igualdade dos cônjuges quanto à

manutenção e educação dos filhos, desde o nascimento até atingirem a maioridade ou um estatuto jurídico de efeitos equivalentes.

Qualquer construção jurídica que, em nome do legítimo direito dos signatários à dissolução do contrato de casamento que celebraram, conduza à possibilidade de ser quebrado o vínculo afetivo que estabeleceram com os filhos menores, que é o pressuposto fundamental da relação paterno-filial, não respeita o princípio da igualdade, por implicar a separação entre filhos e progenitores, fonte potencial da rutura daquele princípio, arquitetado com vista à defesa de um estatuto de paridade na manutenção e educação dos mesmos.

Efetivamente, dispõe, agora, o artigo 1901º, nº 1, do CC, que “na constância do matrimónio, o exercício das responsabilidades parentais pertence a ambos os pais”, e “de comum acordo”, acrescenta o respetivo nº 2, incluindo depois do divórcio, “nos termos que vigoravam na constância do matrimónio”, prossegue o nº 1, do artigo 1906º, sendo certo que qualquer interpretação diversa está desprovida de sustentação legal e contraria o princípio constitucional da igualdade.

Assim sendo, ambos os progenitores permanecem titulares das responsabilidades parentais e do seu exercício, com vista à educação e manutenção dos filhos, em plena igualdade, inexistindo, nas hipóteses de divórcio ou separação judicial, quaisquer alterações no que diz respeito à autoridade parental, nem quanto a direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Resulta, com efeito, do conjunto integrado do texto constitucional português, o dever que recai sobre o Estado de proteger o casamento e a família, assente no princípio da igualdade de direitos e deveres dos progenitores, ainda que não sejam casados entre si, quanto à manutenção e educação dos filhos, e da sua primazia perante terceiros.

Mas, sem que, alguma vez, se vise, através do princípio da igualdade dos progenitores no exercício das responsabilidades parentais, a supremacia dos interesses destes sobre os interesses dos filhos, a promoção da auto-estima dos pais-homens, que ficam sem a guarda dos filhos, ou a promoção da igualdade de género, a longo prazo, não sendo correto defender que o princípio da igualdade de género constitui o critério interpretativo das normas jurídicas que disciplinam o exercício das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio ou similares, ou seja, nas situações da dissolução do casamento ou da extinção da união de facto.

A eliminação da presunção de que as responsabilidades parentais, em caso de filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores não unidos pelo casamento, após o nascimento do filho, pertenciam à mãe, por ser de presumir que era o progenitor que tinha a guarda do filho, contida no artigo 1911º, nºs 1 e 2, do CC, na versão antecedente à Reforma de 2008, atendendo à ligação psicológico-afectiva mais forte do que acontece na generalidade dos casos de filiação, que une a mãe ao filho menor, por virtude dos fenómenos normais da gestação, constitui um momento marcante da afirmação do princípio da igualdade entre os progenitores, traduzindo a eliminação do último resquício legal de vantagem da posição legal materna da mulher não casada, porquanto a mãe não casada, através da sobredita presunção, ao contrário do que acontecia com o pai, e, também, com a mãe casada, não carecia de propor qualquer ação de regulação do exercício do poder paternal para tutelar a sua posição de progenitora guardiã.

D - A guarda conjunta com residência alternada como via privilegiada da consagração do princípio da igualdade e da inseparabilidade e da afirmação do mito da perenidade do «casal parental», em defesa do princípio do interesse primordial da criança

D.1. O exercício conjunto das responsabilidades parentais como regime-regra e sistema amortecedor do impacto negativo da rutura conjugal

Quando o relacionamento entre pais e filhos, anteriormente, à rutura conjugal, é próximo e satisfatório, não só aqueles ficam privados desse convívio, mas, também, e, especialmente, são os menores os principais lesados com a diminuição significativa dessa relação de proximidade conseqüente à sobredita dissociação.

Uma das conseqüências da valorização das pessoas foi a da proteção dos filhos, que deixaram de assumir o papel silencioso de quem suporta, passivamente, os efeitos das decisões dos pais, de ser objeto do poder paternal, para se constituírem sujeitos da relação jurídica paterno-filial, mas não sujeitos passivos da mesma, porque destinatários do exercício do correspondente direito subjetivo, na modalidade de uma dupla realização dos interesses dos filhos e dos pais.

O interesse do menor é, aliás, o único relevante no Direito das Crianças, sobrepondo-se aos interesses dos pais, podendo, eventualmente, ser contrário aos destes, independentemente, até, de ausência de culpa do progenitor não detentor da guarda ou não residente na rutura da situação matrimonial ou afim.

Tem-se assistido, de facto, a uma progressiva relevância do papel da criança, que deixou de ser vista como objeto de direitos para passar a ser reconhecida como titular de direitos, e, até mesmo, como sujeito privilegiado de direitos e, mais do que sujeito de direitos suscetível de ser titular de relações jurídicas, como pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções e carecida de proteção, em virtude da sua especial situação de vulnerabilidade, e da correlativa responsabilização dos pais, o que conduziu ao exercício conjunto, por ambos, das responsabilidades parentais, no que concerne às questões de particular importância para a vida dos filhos.

Na guarda conjunta legal, ao progenitor residente com o menor cabe a guarda material ou guarda física, bem como a guarda jurídica, esta última em conjunção com o progenitor não residente, que se não limita, como dantes, no regime da guarda única, a supervisionar a educação dos filhos, porquanto ambos exercem, agora, de modo colegial, as responsabilidades parentais, nas questões de particular importância para a vida dos mesmos.

A guarda conjunta seria, assim, um sinal de que a família se não dissolve, após o divórcio, antes se reorganiza, fazendo apelo a um conceito extra-jurídico de família, a família sistémica, fora do quadro normativo desenhado pelo artigo 1576º, do CC, que, apenas, abrange as pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção, as denominadas relações, intrinsecamente, familiares, mas que já não compreende as relações entre os ex-cônjuges, e, conseqüentemente, na margem dos conceitos da família nuclear ou da grande família.

Esta noção sistémica da família, enquanto conceito extra-jurídico, que se mantém para além da dissolução do vínculo conjugal, torna indestrutíveis os vínculos entre os pais e os filhos, que nunca serão ex-pais e ex-filhos, não obstante o que aconteceu com a dissolução do casamento, por divórcio, ou com a extinção da união de fato, por vontade de um ou de ambos os seus membros.

A guarda conjunta serviria, portanto, não só “o melhor interesse dos filhos” como, também, o “melhor interesse de ambos os progenitores”, quer dos pais divorciados, quer dos separados e, mesmo, dos não casados, que descubrem ignotos meios de cooperação e trabalho, em busca de um objetivo comum, quando são desafiados a compartilhar as responsabilidades de educar uma criança, conseguindo ultrapassar sentimentos de dor, culpa e raiva no sentido de resolver, de outra forma, as suas diferenças,

que não seja na base de vingança, retraimento, ou fúria, ensinando as crianças, na prática, a resolver os conflitos de uma maneira mais saudável.

Outro fator, altamente, positivo da afirmação da guarda conjunta reside na auto-estima elevada que os filhos apresentam, com maiores índices de aprovação escolar, maior inserção social e maior potencial para se tornarem adultos, com uma maior taxa de sucesso na vida profissional futura.

A isto acresce, singularmente, que a guarda colegial não cria no imaginário da criança o estereótipo de que o progenitor não residente só apresenta defeitos, evitando que o residente potencie fenómenos de antipatia no filho em relação ao outro, como é vulgar acontecer na guarda exclusiva, não assumindo a criança, em suma, o drama psicológico de ter de escolher entre um dos seus dois progenitores, porque se apercebe que ambos ainda se mantêm unidos por sua causa.

Enfim, ao menos, supostamente, a guarda conjunta beneficia a mãe, a quem era, geralmente, atribuído o exercício unilateral do poder paternal, porque deixa de estar sobrecarregada, física, económica e, psiquicamente, com o encargo da educação e manutenção dos filhos, beneficia o pai, que, genericamente, era preterido na atribuição da guarda dos filhos, porque, assim, deixa de ser excluído da educação e da sua vida e, finalmente, mas não menos importante, beneficia os filhos, porque podem continuar a manter, embora com algumas alterações e descontinuidades, relações de afetividade normal com ambos os progenitores.

Muitas vezes, a mãe encara a guarda dos filhos, não como um privilégio, mas antes como um ónus ou encargo, ou, até mesmo, como um obstáculo que exige de si tempo e dedicação que impede a sua inserção e progressão no mercado de trabalho, que a mulher aspira, cada vez mais, pelo que muitas mães preferem dividir com os pais a guarda dos filhos, com exceção das mulheres que se ocupam, exclusivamente, destes, pois que, então, para essas mães, dividir a guarda pode significar a perda da sua grande fonte de auto-estima e afirmação pessoal, o fim da sua razão última de existência, o que requer soluções diferenciadas para cada um desse tipo de situações.

A mudança de paradigma do papel da mulher-mãe na sociedade atual, em consequência da sua entrada massiva no mundo laboral, mais do que a proclamação constitucional do princípio da igualdade dos progenitores na educação e manutenção dos

filhos, longe de tornar a mãe “uma categoria legal vazia”, conduzindo ao fenómeno da “neutralização da mãe”¹⁰¹², é antes o resultado do desaparecimento da base sociológica em que se estribava a pirâmide familiar, ascestralmente, concebida.

Na verdade, se a guarda conjunta se afigura como o modelo ideal de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a eficácia deste modelo depende das características idiossincráticas dos seus figurantes, sendo que os candidatos ideais a esse enquadramento doutrinário são aqueles progenitores que revelam capacidade para por de parte os diferendos pessoais, no sentido de procurar as melhores decisões para a criança, que são capazes de conferir prioridade às necessidades dos filhos, que aceitam a importância da manutenção de uma relação de proximidade da criança com o outro progenitor, que têm respeito e confiança recíprocas como pais e que demonstram um nível razoável de cooperação e vontade de colaborar.

A guarda conjunta é, de facto, um regresso ao passado, antes da dissociação do casal dos progenitores, equivalendo, assim, à manutenção do exercício em comum das responsabilidades parentais que vigorou na constância do casamento e na plena efetividade da vigência da sociedade conjugal, ou, até, eventualmente, na união de facto, quando ambos os progenitores viviam em condições análogas às dos cônjuges, tratando-se da hipótese contemplada pelo artigo 1911º, nºs 1 e 2, do CC [filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que vivem em condições análogas às dos cônjuges], constituindo a forma de guarda que mais se assemelha às relações originárias existentes entre pais e filhos.

É já o modelo da guarda única maternal a deixar de fazer sentido como símbolo de um privilégio maternal de facto, acompanhando o fim do padrão da família tradicional, expressão da crescente fungibilidade dos papéis do homem e da mulher, no mundo laboral e no seio familiar, como reflexo do princípio predominante da igualdade de sexos.

Por isso, a anterior redação do artigo 1906º, nº 1, do CC, e, inequivocamente, a atual traduzem uma preferência bem marcada do legislador, uma aposta bem convicta que o mesmo assumiu pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, como regime-regra, de natureza imperativa e de ordem pública, nas questões de particular importância para a vida dos filhos, nos precisos termos que vigoravam na

¹⁰¹² Martha Albertson Fineman, *The Neutered Mother, The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*,..., citado, 67.

constância do matrimónio, reflexo de uma presunção legal nesse sentido, que já não será rejeitada quando inexistir acordo dos progenitores, para o efeito, como acontecia no pretérito, mas, tão-só, ainda que se verifique o consenso dos mesmos, se for demonstrado que tal solução prejudica, inequívoca e irremediavelmente, os interesses da criança e do jovem menor, devendo caber aos juízes a faculdade de impor a guarda conjunta aos progenitores quando estes, sem qualquer razão justificativa demonstrada, se recusem a aceitar esta modalidade de guarda.

A realização de uma interpretação restritiva do texto do artigo 1906º, nº 1, do CC, segundo o qual “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho,...”, «desde que obtido o acordo destes», como forma de evitar um modelo, alegadamente, potenciador de conflitos, não se mostra condizente como o propósito proclamado pelo legislador, representando antes uma via de regresso mitigado ao regime da guarda unilateral do poder paternal.

A dispensa do acordo dos pais, com vista à instituição do exercício colegial, decorre de manifestas razões práticas que visam evitar o bloqueio que o direito de veto do progenitor opositor constitui, através de pressão exercida sobre o outro, mas, igualmente, dos princípios jurídicos, por ser esta ainda a solução mais conformadora com os mesmos, designadamente, com o carácter indisponível dos direitos familiares pessoais, com a plenitude dos poderes do juiz, em matéria da atribuição da guarda dos filhos, desde que se não revelem «contra legem», e com a natureza facultativa dos acordos dos cônjuges, no divórcio sem o consentimento do outro cônjuge.

Efetivamente, a importância do exercício conjunto das responsabilidades parentais, enquanto manifestação do direito fundamental dos pais à educação dos filhos, goza da tutela constitucional concedida pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, apenas, lhes podendo ser retirado, mediante a demonstração de um «compelling interest», ou seja, se representar para a criança um perigo sério ou, no caso de um dos progenitores ser incapaz de a educar¹⁰¹³, isto é, em consonância com a formulação legal, “se os pais não cumprirem os seus deveres fundamentais para com os filhos”.

¹⁰¹³ Patricia Grove, Joint Custody: A Concept That Has Come of Age But Needs Refinement, ..., citado, 50, nota (7); Patricia Grove, Wisconsin’s Joint Custody Statute: Does It Pass Constitutional Muster?, The

O exercício conjunto tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois progenitores, tal como acontecia na constância do casamento e na plena vigência da sociedade conjugal, ou da união de facto, conservando-se os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos, não prevalecendo contra si a desunião dos pais, pois que, mesmo decomposta, a família continua biparental, pelo que, em síntese sugestiva, pode afirmar-se que “a família desunida permanece bilateral”.

O artigo 9º, da CDC, passou a enfatizar a importância do interesse da criança na conservação de relações pessoais com ambos os progenitores, reconhecendo-lhe o direito à sua continuidade, cabendo ao Estado a garantia da manutenção da co-parentalidade, independentemente, da preservação ou não do vínculo conjugal, o que significa que os poderes-deveres de educação e cuidado dos filhos decorrem do vínculo da filiação e não do casamento, assim se distinguindo entre conjugalidade e parentalidade, pois que a separação ocorre entre marido e mulher, e não entre pais e filhos, e estes são os principais beneficiários da situação, na medida em que reconhecem que ambos os progenitores estão envolvidos na sua criação e educação, dispensando-os de fictícios alinhamentos.

Não obstante a rutura dos pais, a guarda colegial permite ainda conservar a parentalidade, que, assim, se transforma em co-parentalidade, facultando aqueles deter, igualmente, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, após o divórcio ou a separação.

Por isso, compartilhar a guarda pode contribuir para a restauração e reparação de aspetos conscientes e inconscientes do relacionamento tripartido entre pais, mães e filhos, o que vale por dizer que, mesmo que a família já não exista, nos moldes anteriores como foi concebida, quer a mãe, quer o pai, revendo os seus papéis, podem promover, ainda que separados, o seu desenvolvimento, enquanto entidade responsável pela fundação, estruturação e progresso psíquico dos seus membros, participantes de uma realidade, após a rutura da comunhão conjugal ou congénere, que a psicanálise denomina de «experiência emocional corretiva».

É que, mostrando-se o homem-pai disponível para assumir uma participação efetiva na vida diária dos filhos, e não garantindo o regime de visitas, por mais flexível que seja, a manutenção da convivência e da continuidade do relacionamento com os mesmos, a

Milwaukee Lawyer, volume 9, nº 4, 1986, 2; e Ellen Canacakos, Joint Custody as a Fundamental Right,..., citado, 223 e seguintes.

ruptura dos progenitores priva o pai de voltar a exercer uma influência concreta, marcante e decisiva na educação dos filhos.

Deste modo, a co-responsabilização parental favorece a auto-estima das crianças e jovens menores, ao acentuar a ideia de que, embora a relação conjugal tenha terminado, mantém-se inalterável a relação paterno-filial.

A especial necessidade de tutela jurídica efetiva da vinculação afetiva que se institui entre a criança e os seus cuidadores, o papel da afetividade na parentalidade, que realça o vínculo que a criança estabelece com os seus cuidadores, vão muito para além da satisfação das suas necessidades fisiológicas, estendendo-se na procura de segurança e conforto na relação com o adulto, ou seja, consubstanciando uma particular necessidade de vinculação que conduz ao primado da continuidade das relações psicológicas profundas, como princípio orientador da intervenção para a promoção dos direitos e proteção das crianças e jovens em perigo e da aplicação de medidas tutelares cíveis, exigindo a ambos os progenitores uma colaboração ativa na reparação de episódicas situações de conflito, tudo requerendo a existência de um quadro de partilha de responsabilidades pela sua guarda, que se encontra pressuposto no exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Tratou-se, assim, em termos mais redutores, de configurar a guarda conjunta, «tout court», como um regime de «guarda unilateral», no sentido estrito de atribuição do destino/fixação da residência do menor, dotado do exercício conjunto das responsabilidades parentais, em sentido amplo, ou seja, de uma guarda conjunta, meramente, jurídica ou legal, residindo a criança, apenas, com um dos progenitores e gozando o outro de um livre direito de visita, acompanhado da comunhão da administração, por ambos os progenitores, quanto aos atos de particular importância para a vida dos menores, ou seja, tornando compatível o princípio da unidade da guarda jurídica do menor, por duas pessoas, residentes em locais separados, em que aquele beneficia da estabilidade da morada e da potencialidade de contactos frequentes, mesmo diários, com os dois, com a situação do progenitor não residente.

E isto porque o exercício com guarda conjunta legal, com designação da residência principal do menor, sem guarda conjunta física, embora confira a ambos os progenitores o direito de tomar decisões relativamente à criança, é uma fórmula de natureza abstrata, semanticamente, vazia de conteúdo, meramente, psicológica, com um valor mais simbólico do que real, destinado a aumentar a auto-estima do progenitor não

residente com a criança, por já se não sentir excluído da sua educação, pois que, o progenitor não residente não goza da faculdade de decidir as questões do quotidiano do menor, que pertence ao residente habitual, nem de manter com ele um contacto frequente e contínuo, na base da interação regular diária com o mesmo, que cabe, quase, exclusivamente, ao progenitor residente, ou seja, por via de regra, à mãe, o que constitui o cerne da função paternal e maternal, com a inerente manutenção de um privilégio maternal de facto, tratando-se aquelas duas componentes da guarda conjunta de realidades imprescindíveis para continuar a prosseguir na família reestruturada as relações benéficas da criança com ambos os progenitores, tal como existiam na família intacta.

Deste modo, a denominada guarda conjunta legal mais não será do que uma guarda única, no sentido estrito de atribuição da residência do menor, dotada de um exercício conjunto, em sentido amplo, ou seja, de uma guarda conjunta, meramente, jurídica ou legal, residindo a criança, apenas, com um dos progenitores e gozando o outro de um livre direito de visita.

Na verdade, optou-se por um sistema de partilha mínimo do exercício das responsabilidades parentais, após o fim do casamento, ou extinção da união de facto, porque se considerou que a consagração do exercício conjunto se demonstra, normalmente, incompatível com o ambiente de ressentimento e de hostilidade decorrente do divórcio, que tornaria difícil a busca de um consenso.

O exercício conjunto pode ser antes e, de todo o modo, deve constituir o espaço intermédio entre o quase-tudo da constância do casamento ou da união de facto, em que as crianças se sentem, permanentemente, junto dos pais, que a tudo providenciavam, num ambiente de aparente falta de nada, e o fim dramático daquela comunidade que se transforma, devido à dissociação da relação entre os progenitores, o que se repercute num sentimento de insegurança sobre o futuro dos filhos.

Perdida a centralidade do matrimónio, a tendência para uma marcada funcionalização do Direito da Família, na globalidade dos institutos que o compõem, coloca o filho menor no cerne das relações jurídico-familiares, sublinhando-se a transição de um direito absoluto dos progenitores para um direito absoluto dos filhos, do seu estado de sujeição para uma permanente afirmação potestativa.

O conceito de responsabilidades parentais significa, simbolicamente, um deslocamento do eixo da vertente do conceito das faculdades, embora sob a configuração

de «poderes-deveres», para a vertente do conceito das obrigações, ou melhor, das vinculações jurídicas, de modo a englobar os direitos e obrigações que se radicam na esfera jurídica do filho, durante a menoridade, atento o disposto pelos artigos 1877º e 1881º, ambos do CC, com o propósito da tutela do direito das crianças à manutenção de relações pessoais com ambos os progenitores.

De todo o modo, o instituto das responsabilidades parentais está sujeito a um controlo de autoridade pública sobre o modo do seu exercício, sendo cada vez menos encarado como uma relação bilateral entre pais e filhos, tendendo a evolução das legislações modernas a acentuar a feição triangular dessa relação, em que, gradualmente, se considera a integração de um novo elemento, a autoridade pública, numa partilha entre a Família e o Estado na educação da criança e do jovem menor, sendo certo, outrossim, que a estrutura familiar, seja qual for a conceção doutrinária que se defenda, não pode deixar de ter como parâmetro a tríade pai-mãe-filhos.

A liberalização do divórcio, subsequente às reformas dos anos setenta do século passado, associada à desdramatização da rutura dos laços conjugais, permitiu superar a ideia da precariedade do «casal conjugal» e realizar uma transição mais tranquila para a nova filosofia da perenidade do «casal parental», com base no princípio da natureza indestrutível dos vínculos existentes entre pais e filhos, cuja rutura não acompanha, nem tem de acompanhar a dissolução da sociedade conjugal ou afim, sobrevivendo a família sanguínea, independentemente, da causa que lhe pôs fim.

A garantia institucional que o artigo 67º, da CRP, concede à família, reduzida ao seu embrião originário e principal expoente aglutinador, a comunidade constituída por pais e filhos, não é destruída com a dissolução do casamento pelo divórcio ou pela morte, mas permanece, depois dela, como realidade mais forte e que nele, potencialmente, não tem a sua fonte exclusiva.

O exercício conjunto é o sistema que mais se aproxima, funcionalmente, da anterior estrutura familiar intacta, sendo o mais estabilizante e digno de crédito para o menor, correspondendo ao seu ideal de família e ao mito ainda romântico e pleno de crença na imortalidade dos pais e no seu papel insubstituível.

A premissa que se encontra subjacente ao ideário do exercício conjunto consiste em obviar a que o desentendimento entre os pais atinja o relacionamento destes

com os filhos, isto é, pretende-se com aquele manter o mito do “casal parental”, apesar do desaparecimento do “casal conjugal”.

Com efeito, nas representações sociais, o interesse da criança, por ocasião do divórcio dos pais, está associado à ideologia da biparentalidade e à crença na manutenção do casal parental, convicção essa que veio substituir a anterior crença profunda da sociedade quanto à indissolubilidade do casamento.

Atenua-se, assim, o impacto negativo da rutura conjugal, mantendo o «casal parental» os dois progenitores envolvidos na criação dos filhos, validando-lhes o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto, e a família, embora fragilizada, continua a existir.

Quer isto dizer que a lei idealiza que, depois de dissolvida a sociedade conjugal, se reate o exercício conjunto das responsabilidades parentais que, preteritamente, vigorava, que os progenitores continuem a ser capazes de assumir as responsabilidades parentais perante os filhos, como se nada entre eles tivesse acontecido, com base na crença da manutenção do casal parental, para além do divórcio¹⁰¹⁴, não se afigurando, assim, razoável sustentar a nulidade do efeito educativo da norma que consagra esse regime, como princípio-regra, apodada de eufemismo, por colocar, retoricamente, os interesses dos filhos acima dos interesses dos pais¹⁰¹⁵.

A separação ou divórcio incluir-se-iam, assim, no elenco das situações em que ocorreria, invariavelmente, o afastamento do convívio das crianças com os pais, sendo certo que, com o objetivo de demonstrar a viabilidade de uma convivência mais estreita entre pais e filhos, mesmo perante a rutura dos laços conjugais, tem-se procurado resgatar o direito à convivência familiar, inclusivamente, no contexto da separação dos pais, salvo em casos excepcionais, enfatizando-se o lugar-comum de que a separação ocorre entre os cônjuges ou os progenitores e não entre estes e os filhos.

Com efeito, com a separação do casal, verifica-se um desdobraamento da autoridade parental entre os dois progenitores.

¹⁰¹⁴ “Tendo como referente fundamental, neste plano, os direitos das crianças e os deveres dos pais, e assumindo a realidade da diferenciação clara entre relação conjugal e relação parental”, com vem afirmado na exposição de motivos constante do Projecto-Lei 509-X, página 1, que foi a fonte da Reforma de 2008.

¹⁰¹⁵ Maria Clara Pereira Sottomayor, Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio, 4ª edição,...., citado, 159 e 160.

D.2. A residência alternada como via de realização da parentalidade positiva e de preservação da necessidade da vinculação afetiva da criança

O entendimento que considera que a família se não dissolve com o divórcio, mas, apenas, o casamento, constitui uma ideia idílica, porquanto, a essência da família está na sua coesão e esta depende de múltiplos fatores que se cindem com o divórcio dos pais, terminando com este a comunidade essencial, enquanto comunidade de vida e habitação entre pais e filhos, ou seja, enquanto comunidade de tradições, necessidades e aspirações, surgindo uma nova realidade, em que se traduz a família monoparental ou a família binuclear.

Na verdade, a própria indestrutibilidade da família, após a dissolução do matrimônio, por divórcio, ou da extinção da união de fato, unilateral ou proveniente de acordo mútuo, não deixa de ser um dos mitos apaziguadores do desconforto daqueles que, a todo o custo, sustentam a estagnação das duas áreas de afetividade.

De facto, a tentativa de construir a família pós-divórcio, no que respeita às relações entre pais e filhos, à imagem e semelhança do paradigma da família fundada no casamento, constitui um generoso ato de fé do legislador no dever-ser do seu relacionamento futuro, mas bem longe do que acontece com o comum da realidade quotidiana ou com os resultados evidenciados pelos estudos das ciências sociais, o que potencia o aumento da intervenção do Estado na vida privada das pessoas, ao arripio do princípio do institucionalismo, vigente no campo do Direito da Família.

O exercício conjunto permite aos menores cultivar a falsa ilusão de que tudo continua como dantes, num contínuo e irrealizável desejo de reconciliação, tornando o divórcio menos traumático para as crianças, que não sentem a perda e o abandono de um dos pais, devido ao consenso a que estes chegaram, a propósito dos seus interesses, podendo ser ou não acompanhado de um plano de alternância da residência da criança entre os dois, ou seja, comportando o exercício conjunto com residência principal ou o exercício conjunto com residência alternada.

A transformação do paradigma do Direito da Família resultante da instituição do exercício conjunto confere ao menor o direito a uma família, qualquer que seja a sua composição, e aos progenitores o encargo pela sua continuação, sendo que a distribuição

das responsabilidades parentais exigirá a revisão dos seus papéis e a apropriação das suas funções.

Na verdade, importava elaborar um novo entendimento, no quadro do exercício conjunto, evoluindo-se no sentido da residência alternada, de modo a que este modelo possa corresponder a uma forma legal de consagração do direito da criança ao relacionamento com ambos os progenitores, constituindo, outrossim, um instrumento idóneo para afastar a conflitualidade e consolidar ou construir a família, com o objetivo de permitir manter ambos os progenitores comprometidos com a vida dos filhos, promovendo espaços de funcionamento conjunto que, no sistema da residência única, se mostram, totalmente, desnecessários ou inatingíveis, e atenuando a sobrecarga dos dois progenitores com os cuidados dos filhos, os denominados “child-free moments”.

A operacionalidade do exercício das responsabilidades parentais, após a desagregação familiar, conhece uma inegável contrariedade que se traduz na dificuldade de os progenitores separarem as questões da conjugalidade das questões da parentalidade, projetando nestas as agruras daquelas e, assim, comprometendo a parentalidade e a convivência familiar, simultaneamente.

Deste modo, em lugar de um regime residual de determinação da residência dos filhos de pais separados, a residência alternada perspectivava-se como o regime-regra quanto à fixação da residência dos menores, como modo de respeitar o direito dos pais a desfrutarem das responsabilidades partilhadas, e via privilegiada de realização da parentalidade positiva, por um lado, e de preservação da necessidade da vinculação afetiva da criança ou jovem menor, por outro.

A residência alternada corresponderia à expressão da máxima abrangência do conceito de «guarda conjunta», figura larvar de mais fácil apreensão empírica, respeitando à denominada guarda física, isto é, à residência habitual da criança, sem colidir com o regime-regra constante do artigo 1906º, do CC, que implica o exercício conjunto das responsabilidades parentais, relativamente às questões de particular importância para a vida do filho, e o exercício unilateral pelo progenitor com quem este reside, habitualmente, no que concerne aos atos da vida corrente, residindo o menor, revezadamente, por períodos idênticos, com cada um dos progenitores, que dividem, entre si, esse exercício conjunto, onde o natural entendimento entre eles, embora não obrigatório, quanto à prática dos atos

usuais do menor, que a cada um cabe, no respetivo período de alternância, representa, agora, uma necessidade prática de mais fácil apreensão imediata por ambos.

Por seu turno, a residência alternada favorece o atenuar do conflito entre os progenitores, colocando-os em condições de igualdade, conduzindo, precisamente, a que, qualquer um deles, que, em contraponto, assiste a um período de tempo em que o menor está longe de si e entregue ao outro, tenha todo o interesse em facilitar a este os contactos com o filho, no período em que é ele a deter o estatuto de residente, precisamente, porque é isso que espera que lhe seja proporcionado quando o menor estiver com aquele.

Com efeito, só a convergência das duas componentes da guarda conjunta, ou seja, a física e a legal, permite que a família reestruturada mantenha um relacionamento benéfico da criança com ambos os progenitores, tal como acontecia na vigência da família intacta, sob pena de o progenitor não residente ficar desprovido do poder de decisão sobre as questões do quotidiano da criança, em lugar de manter com ela uma relação de especial proximidade, na base de uma interação diária, indispensável para fazer perdurar na família reestruturada as características essenciais da família intacta, e sob pena, igualmente, de se reproduzir, de algum modo, o modelo tradicional da guarda única/exercício unilateral do poder paternal.

Porém, o reconhecimento normativo do exercício conjunto, como via de realização da parentalidade positiva, por um lado, e de preservação da necessidade da vinculação afetiva da criança ou jovem menor, por outro, suscitou um alargado debate, a propósito da fixação da residência da criança, trazendo à colação o argumentário que sustenta a possibilidade do estabelecimento da modalidade da residência alternada, nos casos de progenitores, em situação de rutura conjugal, independentemente, do acordo dos mesmos.

Na guarda conjunta física ou com residência alternada, habitando a criança, revezadamente, com ambos os progenitores, ficam atenuados os sentimentos de luto e de abandono, tradicionalmente, associados à dissociação familiar, porquanto os menores continuam a manter os dois progenitores psicológicos que, aliás, de forma diversa, mas conjugada, contribuíram para a formação da sua personalidade.

O regime de visitas existente, na modalidade da residência alternada, superioriza-se, comparativamente, ao da guarda jurídica, pela regularidade e frequência dos

contactos e pela qualidade e quantidade do tempo disponível, criando-se uma naturalidade e proximidade no relacionamento, em razão da coabitação com cada um dos pais, com base numa interação diária, o que, naturalmente, acaba, inclusive, por proporcionar à criança uma atenção acrescida, por parte dos pais divorciados, em relação ao período de vigência da família nuclear.

Na verdade, é um equívoco pensar-se que a residência deve ser estabelecida, sómente, com um dos cônjuges, para que a criança não perca o referencial do lar, pois que a única identificação que importa não ser esquecida é o da pessoa de ambos os progenitores, sendo que a criança filha de pais separados vai adaptar-se à nova vida, criando uma vinculação com duas casas, razão pela qual a permissão do convívio da criança com ambos transmite-lhe segurança e naturalidade, sem espaço para o medo do abandono.

O modelo da residência alternada permite, assim, subtrair ao guardião a titularidade da relação de domínio que detém sobre o menor e assegurar que a afirmação de cada um dos progenitores perante o mesmo não depende da titularidade dessa relação, mas antes do grau de afetividade e de compromisso perante si, evitando situações de conflitos de lealdade que o despersonalizam, com o objetivo de transmitir ao guardião um falso sentimento de identificação com este.

Efetivamente, o modelo da residência alternada promove o exercício da parentalidade positiva e uma consistente convivência com ambos os progenitores, sendo um fator relevante de pacificação de tensões e conflitos, sobretudo, por colocar os pais em posição de estrita igualdade, constituindo ainda um instrumento valioso no sentido da prevenção ou da terapêutica idóneas para ultrapassar a problemática da síndrome da alienação parental.

A atribuição aos dois progenitores de igual tempo de permanência na residência com o filho, com a afetação da titularidade do exercício de todas as responsabilidades parentais, a cada um deles, quando e enquanto estiverem com a criança ou jovem menor, viabiliza a solução de tentar dar a estes dois progenitores e não, apenas, um, tratando-se de uma forma de organização familiar que contribui para criar uma verdadeira cultura de partilha de responsabilidades entre eles, permitindo solidificar o princípio da igualdade dos progenitores, salvaguardando, também, o princípio de que os

filhos não devem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles.

E, em países de cultura e valores latinos, como é o caso português, enquanto o divórcio psicológico de um ou dos dois progenitores não se consuma ou a relação possessória sobre os filhos se sobrepõe à racionalidade da consideração destes como sujeitos de direito em formação de personalidade, o modelo da guarda conjunta física alimenta melhor, não obstante, as ideias egocêntricas de um ou de ambos os progenitores, tranquilizando, mais, satisfatoriamente, as suas consciências e fomentando o seu amor próprio.

Por sua vez, consagrando o artigo 1906º, do CC, nos seus nºs 3 e 5, a obrigatoriedade de o tribunal determinar a residência do filho, não está a impor a fixação de uma residência única à criança, mas, apenas, a tutelar a necessidade da regulamentação dos termos dessa residência, razão pela qual a mesma poderá ser estabelecida, apenas, junto de um dos progenitores ou junto de ambos, em regime de alternância, sendo certo que a disjuntiva “ou” do respetivo nº 3 autoriza a construção de que o menor tenha residência com os dois progenitores, hipótese em que um e outro terão residência habitual com o filho, exercendo, conseqüentemente, as responsabilidades pelos respetivos atos da vida corrente, ficando, entretanto, prejudicada a aplicação da segunda parte do normativo, prevista para as situações mais frequentes de coexistência de uma residência principal com outra ocasional ou temporária.

Na verdade, o artigo 1906º, do CC, nos seus nºs 3 e 5, não afasta a possibilidade do estabelecimento da modalidade da residência alternada, mas subentende a definição de uma residência principal e de uma residência ocasional, regulando o nº 3, tão-só, a forma do exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho, que outorgou ao progenitor com quem a criança reside, habitualmente, ou aquele com quem se encontra, temporariamente.

A posição jurisprudencial dominante permite concluir pela admissibilidade desse modelo, inclusivamente, por imposição do tribunal, isto é, na falta de acordo entre os pais, quando, v. g., ambos pretendem a residência exclusiva, colocando, contudo, como condição «sine qua non», a existência de um bom relacionamento entre si, ou que, pelo menos, os conflitos entre eles possam ser, de algum modo, amenizados, e que, tratando-se de menores em idade escolar, os progenitores não residam a grande distância um do outro,

enquanto que, ao nível da doutrina, mesmo, em sede de Direito Comparado, se constata uma quase unanimidade na assunção do modelo da residência alternada como a solução ideal, embora nem sempre possível, como é o caso das famílias com histórico de violência doméstica ou de residência dos progenitores, em diferentes localidades, em caso de dissociação familiar.

A residência alternada será mesmo a solução natural quando a criança tem um convívio normal com ambos os progenitores, no âmbito da denominada relação positiva que estabelece com estes.

Aliás, correspondendo a guarda legal ou jurídica e a residência alternada com os dois progenitores a modalidades do mesmo denominador comum que é a guarda conjunta, ou melhor, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, e sendo este, nas questões de particular importância para a vida do filho, salvo nos casos de urgência manifesta, ou quando o mesmo for julgado contrário aos seus interesses, o regime-regra proposto pelo legislador da Reforma de 2008, o modelo da residência alternada deve ser consagrado, por maioria de razão, face ao da guarda legal, independentemente, do acordo dos progenitores, por ser mais respeitador dos princípios constitucionais da igualdade dos cônjuges e dos progenitores na educação e manutenção dos filhos e da inseparabilidade uns dos outros, com o único limite de o mesmo ser julgado contrário aos interesses dos filhos, de acordo com o preceituado pelos artigos 36º, nºs 3 a 6, da CRP, e 1906º, nºs 1, 2, 5 e 7, do CC.

Efetivamente, é, nos casos de exercício conjunto, em especial, na modalidade de residência alternada ou guarda física, que mais se evidencia o funcionamento da presunção de consentimento do não residente, da forma mais, semelhantemente, possível ao que sucede na constância do casamento e na plena vigência da sociedade conjugal, em virtude de os períodos de coabitação da criança com os pais serem, sensivelmente, iguais, durante os quais ambos têm idêntica oportunidade de praticar, sozinhos, atos usuais, em relação à pessoa dos filhos.

Assim sendo, ao suprimir o conceito «guarda», o legislador da Reforma de 2008 autonomizou, definitivamente, a fixação da residência da criança com um dos progenitores, ou, alternadamente, com ambos, da determinação a quem, a um ou aos dois, cabe o exercício das responsabilidades parentais, sendo certo que optou pelo regime-regra do seu exercício conjunto.

Por isso, não obstante a autonomização da fixação da residência da criança, relativamente ao estabelecimento do exercício das responsabilidades parentais, consagrado pelo artigo 1906º, nº 5, do CC, ao dispor que “o tribunal determinará a residência do filho...”, não resulta deste normativo legal a consagração de um regime-regra de residência habitual ou principal da criança ou jovem menor com um dos progenitores, mas antes, em articulação com o regime global do instituto, o exercício colegial das responsabilidades parentais.

Assim sendo, a expressão guarda conjunta, «tout court», aponta para o conceito de guarda material e não para o conceito de guarda jurídica, sendo, porém, este último e não aquele que, aparentemente, se encontra pressuposto no artigo 1906º, nº 1, do CC, na atual redação introduzida pela Reforma de 2008, ao preceituar que “as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio,...”.

Deste modo, a expressão «exercício conjunto» é preferível à denominação «guarda conjunta», face à sua plasticidade, sendo ou não complacente com a alternância de residência ou a residência alternada, colocando a sua tónica, não na guarda física, mas antes no modo de exercício das questões ligadas à vida e educação da criança.

A guarda conjunta importa, assim, a autonomização do elemento «fixação da residência», em relação ao elemento «poder paternal» ou «responsabilidades parentais», sendo certo que a expressão «determinação da residência», face à realidade «guarda» que substituiu, perde algum peso, uma vez que esta abrangia, igualmente, o exercício do poder paternal, não obstante a fixação da residência arrastar consigo a designação do progenitor que passará a exercer as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho.

Enquanto o anterior exercício conjunto do poder paternal abrangia todas as questões da vida da criança, quer dissessem respeito a atos de particular importância ou a atos da sua vida corrente, tal como vigorava e ainda se estivesse na constância do matrimónio, uma vez que, então, a lei, apenas, previa que tivesse como fonte o acordo dos progenitores e não a imposição do juiz, presentemente, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, que depende, em «ultima ratio», de decisão judicial, limita-se às questões de particular importância, como regra geral, a menos que tal se mostre

contrário aos interesses da criança, em conformidade com o regime que vigorava na constância do casamento, tendo o legislador optado por consagrar um regime de exercício colegial das responsabilidades parentais, em via reduzida.

A definição do conceito jurídico indeterminado de questão de particular importância constitui, assim, de algum modo, a pedra basilar do exercício das responsabilidades parentais e o centro nevrálgico de todo o regime.

E – O interesse da criança na encruzilhada dos pressupostos histórico-culturais da verdade biológica com a verdade afetiva e o biologismo como expressão e último sustentáculo da visão romântica da família unida

E.1. A parentalidade relacional

Num momento estratégico de mudança de paradigma do Direito da Família, assiste-se ao resgate das relações familiares, agora desvinculadas dos excessos do biologismo e motivadas por novos valores sociais, atendendo ao fim do Direito da Família monolítico e da correspondente abertura para um conceito plural de família, em que avulta uma multiplicidade de normas, umas oriundas do Estado, outras do seio da própria família, como princípio inclusivo do ser compartilhado na comunidade, que evoluiu do modelo patriarcal para o modelo da família contemporânea ou pós-moderna.

Regista-se, atualmente, uma alteração do modelo do Direito da Família, em que o valor da estabilidade da instituição cede perante a tutela dos interesses dos indivíduos, quer quanto às relações intersubjetivas, quer no que concerne aos direitos fundamentais de cada um dos seus membros, especialmente, os filhos menores.

Trata-se de um figurino axiológico novo, objetivado na funcionalidade da família, na medida em que conduz ao desenvolvimento da personalidade dos seus membros, impondo-se a sua preservação como instrumento de tutela da dignidade da pessoa.

É que o Estado não pode, pese embora a sua tradicional vocação para regular, juridicamente, a família, pelo menos, naqueles aspetos de maior relevância social, continuar a controlar as formas da sua constituição, sendo a mesma, desde os finais do século passado, definitivamente, plural, pois que, não se forma, apenas, pelos laços sanguíneos da descendência entre pais e filhos, ou da consanguinidade entre irmãos, a denominada família nuclear, pós-nuclear, unilinear, monoparental, nem, tão pouco, pelos vínculos da afinidade,

originados pelo casamento, ou pelos vínculos da adoção, havendo, outrossim, a considerar a realidade familiar que decorre de situações de facto, tais como, a união entre pessoas de sexo homólogo ou heterólogo, com efeitos jurídicos [proteção das uniões de facto], acompanhadas dos filhos de um ou do outro dos parceiros, estruturadas em vínculos sócio-afetivos, agora, sem efeitos jurídicos [proteção das pessoas que vivem em economia comum].

Impõe-se a abertura constitucional do conceito de família, por forma a não abranger, tão-só, a família matrimonial, se não mesmo a obrigação de conferir o devido relevo jurídico às uniões familiares «de facto».

No interregno desta transição, ganhou direito de cidade o princípio da afetividade, que nada mais representa do que a tradução, em termos legislativos, de um anseio social pela constituição de relações familiares que tenham por base o mundo dos sentimentos, das emoções e das paixões, em detrimento da preponderância dos laços, exclusivamente, sanguíneos ou biológicos.

Porém, o pluralismo cultural, que encerra a congénita dificuldade da escolha de um modelo de afirmação universal, obriga os Estados a uma certa retração na sua intervenção reguladora, em domínios, tradicionalmente, disciplinados pelos Códigos Civis, assistindo-se, entretanto, a um refúgio no arrastamento das decisões ou no maior denominador comum possível da neutralidade das opções tomadas.

A ordem jurídica, na encruzilhada desta transição sociológica, aguarda com ponderação pelo momento em que a arquitetura do sistema venha a colocar a pessoa humana, o sujeito, como a sua figura central, sem esquecer que o Direito é o produto de uma determinada cultura e que a cada sociedade corresponde um Direito, alicerçado em determinadas regras e princípios fundamentais.

Porém, o Direito carece de um Norte seguro que proteja a sociedade dos ventos da falibilidade humana e dos novos tempos de modas passageiras ou fraturantes, que colocam dilemas inéditos ainda antes de a ordem jurídica ter logrado imaginação ou vontade para resolver os antigos.

Neste contexto, na disciplina das relações de família, o Direito não atribuí a relevância específica à esfera do sentimento e do afeto, sendo o seu módulo de referência o poder e a sujeição, como no Direito Público, não havendo lugar para a tutela da esfera individual, porquanto o interesse individual encontrava-se subordinado ao interesse da família.

A importância do afeto na formação e desenvolvimento da família, quer nas relações entre adultos, quer nas relações destes com as crianças, tornou-se essencial, perante as transformações sociais que percorrem a comunidade familiar.

A solução da confiança da criança à guarda de terceira pessoa, com rejeição da prevalência do vínculo biológico, independentemente, de qualquer incapacidade dos seus progenitores ou da criação pelos mesmos de situações de perigo para os filhos, por consideração do critério da ausência da prestação de cuidados, está, hoje, implicitamente, consagrada, pelo artigo 1907º, nº 1, do CC, posterior à Reforma de 2008, desde que tal se mostre justificado pelo interesse da criança.

Contudo, a adoção de um conceito mais extensivo de perigo, determinante do alargamento das situações de confiança a terceiros, que estaria subjacente ao pensamento do legislador de 2008, viria a conflitar com o princípio constitucional da inseparabilidade dos filhos em relação aos pais, consagrado pelo artigo 36º, nº 6, da CRP, salvo quando estes não cumprem perante aqueles os seus deveres fundamentais.

Mas isto, sem renegar, evidentemente, o princípio de que, na hipótese de conflito entre o interesse subjetivo dos pais e o superior interesse da criança ou do jovem menor, se deve dar primazia a este último, como muito bem pode acontecer, mas não, necessariamente, em caso de interrupção da continuidade da relação afetiva estabelecida entre a criança e o terceiro, à guarda de quem se encontre.

A ideia do sujeito integral, que agrega outros elementos aqueles que já estão pressupostos na clássica noção jurídica de família, aponta no sentido de que, somente, a formalidade do vínculo jurídico não é capaz de se adequar aos aspetos e motivações particulares, que exigem a presença do afeto, pressupondo um indivíduo dotado de racionalidade e subjetividade.

Não obstante, o critério biológico, quando acompanhado da relação afetiva, é, sociologicamente, verdadeiro, representando a simbiose natural e perfeita entre duas realidades, tendencialmente, convergentes.

A família biológica é ainda a célula social estruturante do crescimento e do desenvolvimento do menor, pela sua capacidade de dar carinho e afeto à criança e ao jovem, preparando-os, gradualmente, para a difícil tarefa da autonomia responsável que prosseguem e a que têm direito, e que se atingirá com a maioridade ou com a sua hipotética emancipação preliminar.

O biologismo, em matéria de Direito da Família e das Crianças, aparece ligado à visão romântica da família unida, sendo o último sustentáculo da família como célula básica e estruturante da sociedade.

Na verdade, o padrão, marcadamente, biologista do Direito de Filiação nacional, ou, talvez, paritariamente, biologista, deveria desenhar válvulas de escape que evitassem fundamentalismos perniciosos derivados de um biologismo «à outrance», o que aconteceu com um certo «sociologismo jurídico», capaz de proteger, de algum modo, a estabilização das relações sociais constituídas, e que se traduziu num reforço do relevo dado à posse de estado.

A ordem jurídica nacional continua prisioneira do princípio da verdade biológica, na lógica do qual foi erradicado, também, do contexto europeu, o Direito de Filiação desigualitário, onde pontuavam várias categorias de filhos, não consentindo a sua eliminação ou sub-alternidade, em holocausto ao princípio da parentalidade sócio-afetiva, como definidor do critério de vinculação familiar, a que o ordenamento jurídico português confere, não obstante, de igual modo, tutela, porquanto a relação de filiação não decorre, apenas, da transmissão de material genético, mas, também, do convívio social e afetivo que se estabelece entre pai, mãe e filhos.

É, hoje, pacífico que o reconhecimento jurídico do vínculo biológico já não constitui um fim prosseguido, em primeira linha, pelo legislador, que se encontra, agora, mais preocupado com as situações de risco que essa situação, eventualmente, possa traduzir, acreditando mais nas virtualidades da adoção, a alcançar através da confiança

judicial ou da aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, do que no protelamento do processo de averiguação oficiosa da paternidade ou da maternidade.

A adoção, criadora de uma relação jurídica familiar, em tudo semelhante à filiação natural, e expressão acabada de integração social pela afetividade, de acordo com o princípio orientador da prevalência da família, consagrado pelo artigo 4º, g), da LPCJP, surge, assim, na encruzilhada dos pressupostos histórico-culturais da família biológica com as necessidades de proteção da infância, tendo em conta, nomeadamente, as crianças abandonadas ou em risco, como forma substitutiva da família natural por uma família afetiva, conferindo ao menor órfão, abandonado ou privado de um ambiente normal, o direito a um projeto sustentável de vida familiar, reconhecido pelo artigo 69º, nº 2, da CRP, inserindo-se num amplo movimento geral de promoção dos direitos e de proteção das crianças e dos jovens menores em perigo, como receita terapêutica para uma situação, cuja etiologia, eventualmente, em nada foi determinada pela conduta comissiva ou omissiva dos seus progenitores.

Constituindo o reiterado paradigma biologista do Direito de Filiação nacional uma séria reticência ao reconhecimento normativo ou jurisprudencial da importância que a sócio-afetividade familiar assume na realização do superior interesse da criança e do jovem menor, mas, sustentando-se a afirmação do princípio da não discriminação, no domínio da filiação, numa trave biologista, a tentação do seu afastamento, em homenagem aos valores da sócio-afetividade, como critério de vinculação familiar, sem embargo da crescente afirmação dos afetos nas relações inter-individuais, terá de representar o reconhecimento de que o padrão biologista já não responde, plenamente, às exigências fundamentais do Direito de Filiação.

Num sistema jurídico como o português, ainda tão enfeudado às virtualidades da verdade biológica dos vínculos da filiação, que se exprime em vários aspetos do seu regime legal, mas que se sintetizam no princípio angular da prova livre na investigação de paternidade, de acordo com o prescrito pelo artigo 1801º, do CC, segundo o qual “...são admitidos como meios de prova os exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”, com a correspondente eliminação dos pressupostos ou

condições objetivas de admissibilidade da ação de investigação de paternidade, anteriormente, existentes, ora convertidos em presunções legais de paternidade, face ao consagrado pelo artigo 1871º, ambos do CC, a primazia da revolução afetiva dos sentimentos, podendo constituir uma resposta política de ocasião, para uma comunidade social de interesses, tão heterogénea, embora, genuinamente, defensora dos ideais da promoção e da proteção dos menores e do combate a uma indefinição estratégica da sua situação, contribuiria, a curto prazo, para o desmoronar acelerado do ordenamento jurídico familiar, decorrente da Reforma constitucional de 1977, em que aquele princípio da verdade biológica se solidificou.

Não se suspendendo o processo de averiguação oficiosa da paternidade, até á prolação da decisão de confiança judicial ou da aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, o aparecimento do progenitor masculino que perfilhe o menor, nos termos do preceituado pelo artigo 1865º, nº 3, no período compreendido entre as seis semanas subsequentes ao parto, período defeso da prestação do consentimento pela mãe, atento o estipulado pelo artigo 1982º, nº 3, ambos do CC, e a decisão de confiança judicial ou de aplicação de medida de promoção e proteção de confiança a pessoa selecionada para a adoção ou a instituição com vista a futura adoção, coloca no fio da navalha o nem sempre fácil relacionamento entre o princípio da verdade biológica e o princípio da verdade dos afetos.

A família modera a flagrante desproporção existente entre a criança, vulnerável e desprovida, e o mundo inexorável e complexo que a rodeia, colocando-a em condições de estabelecer permutas e interações, sem ser destruída.

É, através da família, que se compensa a fragilidade natural da criança perante um universo de regras e conceitos de que se vai apercebendo, gradualmente, é, através dela, que a criança recebe o primeiro código de valores e um quadro de referência que vão condicionar a formação da sua personalidade e definir as fronteiras da aproximação ou ultrapassagem de outra realidade, que se situa para além dela, nos seus contactos com a sociedade e o mundo exterior.

Hoje, porém, a família perdeu parte do seu reduto de inacessibilidade, deixou de ser o castelo-fortaleza de dominação exclusiva dos pais, abrindo-se à sociedade e ao Estado, a ponto de, em defesa do caráter primacial dos interesses dos menores, se permitir que, a bem destes, e, se necessário, contra as prerrogativas ou os caprichos dos pais biológicos, seja traçado um diagnóstico que pode conduzir, em derradeira análise, a uma intervenção corretiva do seu percurso, com eventual recorrência ao mecanismo da adoção.

A CRP dedica uma especial atenção à família, cuja tutela se encontra, quer, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias pessoais, como decorre do lugar posicional do artigo 36º, quer, em sede de direitos económicos, sociais e culturais, como resulta dos artigos 67º e seguintes, perspetivando-a, não, apenas, como um direito fundamental, mas, também, como uma garantia institucional e um elemento estruturante da vida em sociedade.

A família está submetida a uma nova ordem ética e moral que determina os referenciais teórico-jurídicos que condicionam as decisões legislativas e judiciais, sucedendo-se às normas que mantinham padrões de conduta em que a família, constituída, unicamente, pelo casamento, era o único reduto lícito das relações interpessoais perante a sexualidade, os novos paradigmas da modernidade, que convoca a matéria dos direitos fundamentais, que colocam a liberdade em confronto com a paternidade responsável.

A parentalidade tem sido definida, no discurso judicial, no quadro da guarda das crianças, assente, unicamente, em critérios biológicos, através da ideia de titularidade e dos direitos individuais, criadora de uma conceção individualista da função parental, como posse da criança ou como ato de poder, incentivadora da pré-disposição dos pais para uma cultura egocêntrica.

Porém, o conceito de parentalidade deve ser construído com base em critérios de responsabilidade e de relação, não revelando, apenas, critérios biológicos na decisão das disputas sobre a guarda das crianças, mas, igualmente, critérios fundados na relação entre o adulto e a criança e na assunção de responsabilidades pelo seu bem-estar, como parentalidade relacional, que acentua a responsabilidade do adulto na ligação com a criança, e que reconhece a esta a qualidade de sujeito, titular de direitos fundamentais.

A crescente expressão da afetividade nas relações interpessoais familiares encontra a sua magnitude, na doutrina e jurisprudência brasileiras, que fundam o vínculo paterno-materno-filial, exclusivamente, no afeto, convertendo o critério sócio-afetivo numa nova via do estabelecimento da filiação e a desbiologização da paternidade num novo facto cultural.

E, assim, as ações que contendam com os vínculos de filiação, no âmbito da legislação brasileira, têm uma causa de pedir complexa, porquanto, nas ações de reconhecimento da filiação biológica, não é suficiente demonstrar a verdade biológica, sendo ainda necessário comprovar a inexistência da verdade afetiva, isto é, que o autor não goza da posse de estado de filho de outrem, ou seja, que não é filho não biológico de ninguém.

Desta forma, a afetividade assume-se como valor jurídico e critério norteador do Direito da Família, como um dos «descritores» marcantes da sua atual elaboração doutrinária, o princípio da afetividade como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e “a família como...o lugar privilegiado da realização da pessoa”¹⁰¹⁶.

E.2. A desbiologização da paternidade

O conceito jurídico de desbiologização da paternidade contende com a convivência sócio-afetiva do menor com pais não biológicos ou, ainda, com a sua concepção não natural, obtida através de técnicas de PMA, e que, sendo embora realidades distantes entre si, evoluem para o mesmo denominador comum, que é constituído pela filiação de génese não biológica.

Se as decisões que contendem com o acervo das questões que envolvem a regulação do exercício das responsabilidades parentais da criança e do jovem menor, nas várias facetas que comporta, ou, tão-só, quanto à determinação da sua residência, em todos os processos de jurisdição voluntária, não podem ficar, fatalisticamente, prisioneiras de complexos biologistas, também, não devem negligenciar, na procura de qual seja a melhor via de prosseguir o interesse superior da criança, no âmbito da intervenção condicionada pelo princípio da responsabilidade parental que importa considerar, que os pais assumam os

¹⁰¹⁶ Rodrigo da Cunha Pereira, Princípios fundamentais norteadores do direito de família, ..., citado, 182.

seus deveres, dando-se prevalência às medidas que os integrem na família ou promovam a sua adoção, no quadro da totalidade das outras motivações legítimas que a pluralidade dos interesses presentes, no caso concreto, exige, de acordo com o preceituado pelo artigo 4º, a), f) e h), da LPCJP.

A afetividade, em sentido jurídico, é o vínculo que fundamenta as relações interpessoais, podendo implicar a constituição de relações familiares ou para-familiares, demonstrando-se preenchidos outros requisitos, designadamente, a sua notoriedade e natureza duradoura, como acontece com a união de facto, ou com o tratamento como filho pelo pretense pai, do qual podem decorrer, conjuntamente, com o exercício da posse de estado de filho, relações de parentesco de origem não-biológica.

A jurisprudência do TEDH retira ao princípio da verdade biológica o monopólio da qualificação das relações constitutivas da vida familiar, reconhecendo, para o efeito, embora sem a ela se referir, expressamente, a importância da afetividade, porquanto a vida familiar assenta sobre um conjunto de relações, de natureza física, jurídica e afetiva, bem assim como nas responsabilidades económicas e sociais.

O TEDH, na área das famílias recombinações ou pluriparentais, tem concedido manifesta preferência à consolidada parentalidade sócio-afetiva, em nome do superior interesse da criança, em detrimento da parentalidade biológica, quando esta tem subjacente ténues contactos com o progenitor biológico, limitando-se a formalizar os laços familiares de facto que ligam a criança ao pai ou à mãe sócio-afetivos, de modo a qualificar como «vida familiar» a relação existente entre a criança, filha, apenas, de um dos membros do casal, e o outro consorte.

A reviravolta assumida pelo TEDH, ao impor aos Estados contratantes a obrigação positiva de reconhecer, juridicamente, a nova identidade sexual dos transexuais submetidos a cirurgia de reconversão sexual, bem assim como ao abandonar a referência ao critério do sexo biológico para definir os parceiros hábeis para o casamento, não contemplou, paralelamente, a questão dos direitos parentais dos transexuais, não impondo aos Estados contratantes a obrigação positiva de registar, civilmente, um transexual operado, como pai da criança, mas que não é o seu pai biológico, por ser do interesse da sociedade, em geral, preservar a coerência de um conjunto de normas de Direito da Família

que colocam o melhor interesse da criança, em primeiro plano, sendo certo que essa alteração poderia ter repercussões noutros domínios deste Direito, como fosse a de conduzir à incoerência de um transexual homem ou mulher, ser, legalmente, reconhecido como pai da criança e, contudo, permanecer mulher, perante a lei, para todos os demais efeitos.

A CEDH, no seu artigo 8º, ao referir-se à vida familiar, estipulando que “toda a pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar...”, não pressupõe, necessariamente, que o menor seja filho do matrimónio dos pais, nem sequer um vínculo biológico entre os interessados, muito embora, de todo em todo, a tutela dessas relações tenha subjacente uma convivência efetiva ou, pelo menos, justificadamente, projetada ou potencial, como acontece com a relação que se desenvolve entre o progenitor natural e o filho nascido fora do casamento ou entre os cônjuges cuja vida familiar não se encontra ainda, plenamente, consolidada, pelo menos, de acordo com as regras nacionais relativas à entrada e permanência de estrangeiros.

Ao contrário do direito nacional, em que, apenas, releva o valor indiciário da posse de estado na procura do vínculo de sangue, a doutrina e jurisprudência brasileiras apontam a posse de estado de filho, não como o modo de comprovação da filiação, mas, antes, como “o conceito gerador da filiação sócio-afetiva”, como “a via legal para alcançar a filiação sócio-afetiva”, ou seja, como modo de instituir a filiação, alargando o seu leque conceitual, em termos de abranger a sócio-afetividade¹⁰¹⁷.

Consolidando-se a afetividade sócio-familiar, sob a forma de posse de estado, durante um determinado lapso de tempo, ainda que o mero ato de reconhecimento não faça presumir a existência de uma realidade sócio-afetiva, não se deverá, sem mais, admitir a impugnação da perfilhação, privilegiando a verdade biológica, desde que tal não corresponda ao interesse do filho.

Com efeito, a posse de estado, traduzindo uma vivência sócio-afetiva, mesmo que desprovida de qualquer correspondência biológica, deverá prevalecer, a bem do interesse da estabilidade da vida familiar, sobre o interesse e o direito do filho investigar e

¹⁰¹⁷ Maria Berenice Dias, Manual de Direito das Famílias, ..., citado, 366; Caio da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, ..., citado, 375; Rolf Madaleno, Curso de Direito de Família, ..., citado, 366; Paulo Neto Lobo, Direito Civil. Famílias, ..., citado, 211.

estabelecer a verdade biológica, na ação de impugnação de paternidade presumida do marido da mãe e na ação de impugnação da perfilhação.

Na verdade, se a destruição do vínculo de filiação assente na sócio-afetividade pode conduzir a consequências desvantajosas para o filho, nomeadamente, a nível emocional, ou, mesmo, no âmbito patrimonial, por poder ser privado da prestação de alimentos ou de uma expectativa sucessória, a manutenção de um falso vínculo de filiação conservará uma paternidade que não é biológica, nem sócio-afetiva, mas que se aceita poder vir a ser destruída, desde que corresponda aos interesses do filho na prossecução do princípio da descoberta da sua identidade biológica.

É admissível a previsão da faculdade da extensão do exercício das responsabilidades parentais, mediante prova da parentalidade sócio-afetiva, após avaliação concreta do superior interesse da criança, ao companheiro da mãe ou à companheira do pai, que a cuidam e educam, após a rutura da relação formal ou de facto do casal biológico antecedente, desde que comprovada a existência de efetivos e consolidados laços de sócio-afetividade entre a criança e o parceiro ou parceira da mãe ou do pai, respetivamente.

A jurisprudência nacional tem vindo a atribuir, de forma crescente, a guarda a terceira pessoa, em especial, aos avós da criança, rejeitando a prevalência do vínculo biológico de parentalidade, mas atendendo ao critério da prestação de cuidados, mesmo que a mãe ou o pai biológicos não sejam incapazes, nem criem situações de perigo para os filhos.

A LPCJP colocou o interesse superior da criança, como princípio orientador da intervenção para a promoção dos direitos e proteção da criança e do jovem em perigo, em absoluto paralelismo com os princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família, constantes do respetivo artigo 4º, a), f) e g), como sinal inequívoco de que as realidades sociológica e biológica devem coexistir, sem qualquer prevalência entre si, que não seja a do respeito pelo princípio da unidade do sistema jurídico, dentro do quadro dos valores legais dominantes.

Reconhecendo a existência de algumas brechas na muralha da verdade biológica, abertas pelos defensores da sociologia do afeto, em relação aquelas famílias que

cumprem o seu papel afetivo e social, sem um substrato ou vínculo biológico, ou, naqueles casos em que deva ser evitado o reconhecimento da filiação biológica, por se revelar inconveniente para a defesa dos interesses dos filhos menores, importa não esquecer que a primazia acrítica da verdade afetiva sobre a verdade biológica conduziria a uma alteração estrutural dos princípios fundamentais em que assenta a definição do estado das pessoas, sendo certo que as leis atuais constituem ainda um quadro jurídico seguro de referência que permite prosseguir os objetivos fundamentais do ordenamento.

De igual modo, a prevalecer, sem mais, a verdade afetiva, em caso de concorrência com a verdade biológica, perder-se-ia, de imediato, a segurança e a certeza jurídicas, não ganhando, por certo, a justiça, nem a equidade, e, dificilmente, se assistiria ao triunfo dos interesses prioritários das crianças e jovens menores.

A disciplina jurídica das relações de parentesco entre pais e filhos não pode ser preenchida com meros conceitos jurídicos ou abstrações, não atendendo, exclusivamente, quer a valores biológicos, quer a valores sociológicos, mas antes à realidade da vida, aos sentimentos das pessoas e ao normativo legal aplicável, no quadro do princípio da unidade do sistema jurídico, que o legislador consagrou, no artigo 9º, nº 1, do CC, e a que o intérprete e aplicador da lei devem obediência.

Finalmente, sendo a nossa ordem jurídico-familiar de génese, marcadamente, biológica, o Direito da Família regula as relações jurídicas entre as pessoas ligadas entre si pelos laços biológicos da procriação, ou ainda pelos vínculos legais do casamento, da afinidade e da adoção, estes últimos de carácter, manifestamente, não biológica.

De facto, no âmbito das relações jurídico-privadas reguladas pelo Direito da Família, que têm por fonte o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção, como resulta do disposto pelo artigo 1576º, do CC, apenas, o parentesco se constrói com base em vínculos biológicos, ao contrário das restantes três, que assentam em vínculos sócio-afetivos.

Deste modo, o casamento, e, por maioria de razão, a afinidade que nele se sustenta, são vínculos legais independentes dos laços de sangue, característica esta de que, apenas, o parentesco natural é portador, em exclusivo.

Aliás, nem mesmo a adoção, que é um vínculo, em tudo semelhança à filiação natural, exceto nos laços de sangue, está incluída, no título III (Da Filiação), do Livro IV (Direito de Família), do CC, tendo sido, talvez, este o sinal mais exuberante que o legislador do CC de 1966 quis, deliberadamente, afirmar no sentido da sua menor condescendência com a verdade não biológica, desde logo, por abstrair, na constituição do vínculo entre adotantes e adotados, da existência de laços de sangue, ao invés do que sucede com o vínculo do parentesco, de acordo com o disposto pelo artigo 1578º, mas, também, especialmente, porque, tratando-se de um vínculo estabelecido por lei, por não possuir carácter instrumental, não pode já ser suprimido por lei, através da caducidade do consentimento para a adoção, que é irreversível, não sendo revogável e não se encontrando sujeito a caducidade, face ao prescrito pelo artigo 1983º, nº 1, ambos do CC.

Ora, se as relações jurídico-familiares podem ter a sua génese no casamento, e, no limite das relações jurídicas para-familiares, na união de facto, que se trata de situações de natureza não biologista, enquanto manifestações de maior ou menor afetividade, mas sempre desprovidas de conteúdo biológico, com ressalva, quanto a esta última fonte, da relação anómala do incesto, não é de excluir que o vínculo da parentalidade se possa constituir com base em relações de sócio-afetividade.

O que não pode acontecer é que a intervenção do Estado na família biológica, consubstanciada numa medida de proteção à criança, a pretexto da urgência que a situação reclama, seja, logo, no momento inicial, violadora dos direitos parentais, com a transferência da sua guarda de facto para terceiros e a concomitante restrição do direito de visita e da relação de proximidade com os pais biológicos, consequências nefastas que o decurso do tempo se pode encarregar de corrigir ou mitigar, mediante a consolidação da integração da criança na família de acolhimento, mas sempre com base em situações de facto consumadas, propiciadoras de considerações pertinentes, em torno das contra-indicações derivadas da desintegração da criança do seu ambiente e das suas relações afetivas principais.

Da dimensão da multiparentalidade decorrem, de igual modo, dificuldades naturais resultantes do facto de se pretender fazer constar do assento de nascimento, simultaneamente, o duplo estatuto de filho biológico e de filho afetivo, quer de um pai

biológico e de um pai afetivo, quer de uma mãe biológica e de uma mãe afetiva, ou da sujeição do filho à duplicidade das responsabilidades parentais, com reflexo nos institutos da representação legal ou da assistência.

O carácter equívoco da aceção jurídica «sócio-afetividade» gera, na realidade jurídica brasileira, situações de multiparentalidade, com duplicidade de vínculos de filiação, o que implica o reconhecimento da existência simultânea de duas paternidades, isto é, a paternidade sócio-afetiva e a paternidade biológica, em condições de criação de um duplo efeito.

O interesse concreto da criança consiste, não na sua identidade genética ou biológica, mas na verdade sociológica ou afetiva por ela vivida, pois que, existindo um conflito de interesses entre os pais biológicos na manutenção dos laços de filiação e o direito da criança a viver com quem, por si, se responsabiliza, prevalecem os interesses desta.

Como assim, o paradigma da parentalidade não pode ter como suporte único critérios biológicos, sob pena de instrumentalização da criança ao sabor de interesses que podem não ser, primordialmente, os seus, mas antes os dos adultos, seus progenitores ou não, devendo operar-se a transformação do conceito de parentalidade, de acordo com critérios de responsabilidade e de relação, em detrimento de uma retórica civilística, vazada num discurso circular sobre direitos e obrigações, que privilegia a titularidade e a autonomia, para que a tutela jurídica da personalidade biológica do progenitor, sem a correspondente assunção de responsabilidades parentais, desde o nascimento do filho, se não revele uma conceção vazia e contraproducente.

Porém, as próprias funções parentais, ditas nucleares e inalienáveis, encontram-se, hoje, em declínio, atendendo à escassez do tempo disponível dos progenitores para assegurar a educação das crianças, que são confiadas, desde tenra idade, a infantários e creches, seguindo-se a escolaridade obrigatória e as múltiplas solicitações da vida social, tornando-se reduzido o tempo de convívio com os pais, sendo que, até a função da procriação, já não é, na atualidade, um monopólio da mulher e do homem, enquanto parceiros naturais hábeis, para o efeito, atendendo aos métodos de PMA, entretanto, desenvolvidos.

A própria assistência emocional, moral e psicológica entre os seus membros, na vida quotidiana e nas épocas de crise, tem vindo, progressivamente, a ser assumida fora da família.

A possibilidade do divórcio e do estabelecimento de novas formas de convivência afetiva, a aceitação da existência de outras entidades familiares e a faculdade do reconhecimento de filhos havidos fora do casamento realizaram uma verdadeira transformação do conteúdo do conceito tradicional da família.

Assim, é necessário ter uma visão pluralista da família que compreenda os mais diversos arranjos familiares, devendo identificar-se o elemento que permita aglutinar, no conceito de entidade familiar, o relacionamento de duas pessoas, sendo que o desafio da atualidade consiste, assim, em individualizar a linha diferenciadora das estruturas interpessoais, de modo a permitir a sua inserção no Direito da Família.

Essa nova realidade sociológica da família, também, se impõe nas relações de filiação, sendo que as transformações mais recentes por que aquela passou, deixando de representar uma unidade de carácter económico, social e religioso, para se afirmar, fundamentalmente, como um grupo de afetividade e de convívio íntimo, imprimiram considerável reforço ao esvaziamento biológico da paternidade.

O Direito ampliou o conceito de paternidade, que passou a compreender o parentesco psicológico, que se pretende prevalecente sobre a verdade biológica e a realidade legal.

Na verdade, no atual estágio da sociedade, não mais se questiona a origem da filiação, porquanto, perante as potencialidades dos métodos de PMA, é, hoje, possível a qualquer pessoa realizar o sonho de ter um filho, independentemente, de ser casada, viver em união de facto, manter uma situação de concubinato, envolver-se numa esporádica relação sexual, ou até, de ser homem ou mulher, realidade essa de que nem os casais constituídos por pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva autónoma, estão excluídos.

Nestas relações entre pessoas do mesmo sexo, por vezes, um ou ambos dos consortes ou dos unidos são oriundos de relacionamentos heterossexuais pretéritos, de

onde resultou o nascimento de filhos, os quais, após a separação, ficam à guarda de um deles, que resolve assumir a sua orientação sexual, passando a viver com alguém do mesmo sexo, não sendo o seu companheiro ou a sua companheira o pai ou a mãe dos filhos, cuja convivência, porém, gera um vínculo de afinidade e afetividade, participando, inclusive, na sua formação e criação, zelando pelo seu desenvolvimento e educação, podendo até assumir o seu sustento.

Constituindo expressão de um inequívoco princípio biológico de que há, apenas, um pai e uma mãe, com expressão nos textos legais dos artigos 1826º, nº 1, 1834º, nº 1 e 1864º, todos do CC, que fazem referência ao pai e à mãe e ao pai como “marido da mãe”, sem menção à paternidade ou à maternidade múltipla, considerando a realidade da existência de novas «entidades familiares», têm-se realizado tentativas no sentido de consagrar a solução de que ambos os membros dos casais do mesmo sexo podem vir a constar do registo da filiação das crianças concebidas, por técnicas de PMA, com vista a dar cobertura ao princípio sociológico de que “mãe há só duas” ou “pai há só dois”.

Porém, o pedido de declaração da filiação sócio-afetiva, com vista à obtenção do reconhecimento simultâneo de outra paternidade ou maternidade, será, juridicamente, inviável quando do assento de nascimento da filiação já consta, respetivamente, uma paternidade ou uma maternidade, previamente, inscritas.

Na verdade, a posição da lei naturalística, não, necessariamente, biológica, de que os filhos, apenas, podem ser registados por duas pessoas e não por três, porque, tão-só, por duas foram concebidos, um homem e uma mulher, ou porque só duas, ainda que do mesmo sexo, são os parceiros hábeis do binómio que conduz à constituição de uma relação de filiação, está a ser confrontada com a dinâmica das novas famílias e a tensão dialética entre a verdade biológica e a verdade afetiva, no âmbito do Direito da Família.

Mantém, porém, a lei portuguesa, como princípio inscrito no seu ordenamento, uma declarada sobrevalorização do critério biológico de definição do vínculo parental sobre o critério afetivo, como decorre, enfim, do teor do artigo 1796.º, em conjugação com o artigo 1801.º, ambos do CC, sendo notória a dificuldade em superar o preconceito biologista, ou seja, a ideia subjacente da complementaridade heterossexual, ou, pelo menos, do binómio afetivo da relação a dois, com vista a um adequado exercício da função parental.

Tudo isto é o resultado dos mais recentes desenvolvimentos do Direito da Família, em que o pluralismo jurídico é a alavanca dos institutos jurídicos alternativos, que preservam o direito fundamental da pessoa à proteção da sua identidade cultural, a autonomia da família, com a conseqüente privatização crescente das relações familiares, confere o seu específico distintivo institucionalista, a natureza, tendencialmente, fragmentária, a conseqüência do abandono do panjurismo iluminista, que lhe impunha a regulação de todos os aspetos da vida familiar, resumindo-se aos mais importantes, ou de interesse público, que sobram da aludida privatização crescente das relações familiares, as normas narrativas, enquanto reflexo das regras religiosas, que permitem a concretização de cláusulas gerais, a comunicação que gera uma multiplicidade de obrigações de informação, relativamente à origem biológica das pessoas, o renascimento da irracionalidade, ou, antes, o regresso dos sentimentos, de acordo com a máxima «*primum vivere deinde philosophare*», em que a família biológica e a família social têm a mesma importância e os sentimentos da criança assumem um papel relevante na determinação do seu bem-estar, e, finalmente, o cuidado, como valor e princípio jurídico, enquanto motor da construção ou do aperfeiçoamento de políticas públicas produtoras de uma nova ordem social conducente à proteção necessária e à superação das crises familiares, como outras tantas características marcantes do pós-modernismo do atual Direito da Família Europeu.

Neste contexto, são múltiplas as iniciativas desenvolvidas pelo CE no sentido de promover a modernização e aproximação das ordens jurídicas dos Estados-membros, concretizando, em certos domínios, se não um «*ius commune*», pelo menos, um «*corpus principiorum*» uniforme, isto é, as exigências estruturantes de um autêntico «*corpus iuris*» europeu, nomeadamente, no âmbito do Direito da Família, e mais, especificamente, do Direito de Menores, ou seja, a dualidade do Direito das Crianças junto da família, com o propósito da tutela do direito das crianças à manutenção de relações pessoais com ambos os progenitores, para o que assumem particular relevância a elaboração de tratados internacionais, a atividade do TEDH e as resoluções e recomendações adotadas, ao nível do Comité de Ministros e da Assembleia Parlamentar do CE.

A afirmação de um novo Direito Natural da Família, de que é expressão concreta o princípio do superior interesse do menor, está ainda longe da desejada concretização num Direito Internacional Material Uniforme, em matéria familiar, em que a

evolução no sentido do princípio da igualdade dos cônjuges, emanação do princípio constitucional de igualdade, ao dar origem à família bicéfala, pode criar óbices insuperáveis em relação à decantada ideia de um estatuto pessoal familiar unitário, uma vez que as preocupações inerentes à universalização do referido estatuto familiar se esvaziam de conteúdo perante a dualidade direcional da família.

Para além do que decorre destes princípios, continua tremida ou desfocada a fotografia do Direito Internacional da Família, por força das novas realidades existentes, de âmbito sociológico, e, até, científico, com réplicas normativas, ainda distintas e distantes, de ordenamento para ordenamento.

De todo o modo, têm concorrido para este ideal de unificação do Direito da Família, a constitucionalização e a internacionalização do Direito Civil, também, por influência do TEDH, refletindo a ideia de que a instituição familiar se encontra, intimamente, ligada e no cerne de quase todos os direitos humanos, que poderão constituir um importante «common core» no movimento de harmonização do Direito da Família.

E foi, efetivamente, a partir do espírito e dos princípios fundamentais da CRP, nomeadamente, o da cidadania [artigo 26º], o da inclusão e o da dignidade da pessoa humana [artigo 1º, ambos da CRP] que o Direito da Família rompeu, definitivamente, com as velhas conceções da ilegitimidade dos filhos, afastando o Estado qualquer discriminação quanto a uma suposta superioridade do homem sobre a mulher nas relações conjugais, ou quanto ao casamento como a única forma de constituição da família.

Deste modo, a grande maioria das discussões, em torno do Direito da Família, situa-se, atualmente, no âmbito dos Direitos Humanos, tendo presente a ideia de inclusão ou de exclusão na ordem social e jurídica e, conseqüentemente, de cidadania.

F. Uma proposta de solução

Não se encontrando demonstrada a «ratio» existente entre a diminuição do relacionamento das crianças com os progenitores masculinos e o sistema do exercício exclusivo do poder paternal pelas mães, quer por ação virtuosa destas ou do seu comportamento autoritário e manipulador, quer por apatia, desinteresse, inibição ou incapacidade dos pais em restabelecer uma normal convivência com os filhos, verifica-se,

contudo, umnexo de causalidade adequada entre a diminuição do relacionamento das crianças com os progenitores masculinos e o sistema do exercício exclusivo do poder paternal pelas mães.

Por isso, a consagração do modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às decisões de grande relevância para a vida dos filhos menores, em substituição da guarda única, cujos efeitos perversos se faziam sentir, decorre ainda do respeito pelo princípio do interesse da criança, face à constatação do aumento do número de divórcios, tendo como finalidade combater “o afastamento dos pais-homens” do processo educativo dos filhos menores e a “fragilização da relação afetiva com os filhos”, porquanto promove “formas de aumentar o envolvimento e o protagonismo dos pais-homens, na prestação de cuidados e apoio aos seus filhos, igualmente na sequência do divórcio, e por certo assegurar melhor os direitos das crianças a manter as relações de afecto tanto com as mães como com os pais, além de assegurar também a partilha mais igualitária das tarefas entre os sexos com benefício de todos os envolvidos”¹⁰¹⁸.

E foi neste pressuposto que, na exposição de motivos do Projecto 509/X, se enuncia, enfaticamente, como intenção do legislador, a de “manter os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho, porque está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais”, dando-se “por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais” é o modelo mais apropriado para alcançar esse objetivo. Este novo figurino representa uma tentativa de resposta às pretensões dos pais divorciados que denunciavam uma situação discriminatória, em razão do sexo, sustentando uma evidente mutação dos papéis do homem e da mulher na família e o aumento dos divórcios, por mútuo consentimento, por contraposição aos «divórcios litigiosos» que, em 1997, representavam 17,8% do seu número total¹⁰¹⁹, com a consequente diminuição da conflitualidade posterior à dissolução matrimonial.

Não se desconhecendo, porém, as dificuldades de implementação das condições indispensáveis ao êxito do modelo do exercício conjunto das responsabilidades parentais¹⁰²⁰, e que o acordo dos progenitores viabiliza o seu cumprimento, ao amenizar as

¹⁰¹⁸ Projeto-Lei 509-X, 11.

¹⁰¹⁹ Estatísticas Demográficas, 1997, Lisboa, INE.

¹⁰²⁰ Acórdão do TRC, de 5-05-2009, Pº nº 530/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

dificuldades da caminhada do crescimento dos filhos até à maioridade, importa reequacionar a perspetiva dos que não souberam, não quiseram ou não puderam ser esposos ou viver em situação como tal equiparada, motivando-os a permanecerem como pais, certamente, noutra contexto relacional, mas, sempre, sem se desligarem dos vínculos inerentes aos poderes-deveres que resultam da filiação, responsabilizando-os pelo seu fácil insucesso, não lhes oferecendo, em «recompensa» pela falta do acordo quanto ao exercício conjunto, com a mesma «consciência tranquila» do julgamento de Pilatos, o exercício unilateral, mesmo com o bom pretexto de que “deve ser a pessoa de referência que melhor conhece a personalidade dos filhos a tomar as decisões de particular importância para os mesmos”¹⁰²¹, ao abrigo de um pretense direito de veto intransponível, em respeito pelo princípio da autonomia familiar.

De facto, a admissão do regime-regra imperativo do exercício conjunto das responsabilidades parentais, mesmo nas questões de particular importância para a vida dos filhos, apenas, em caso de acordo de ambos os progenitores, independentemente, da percentagem das situações em que este se verifique, a pretexto de se não “impor por decreto a responsabilidade parental”¹⁰²², significaria o regresso ao modelo do exercício unilateral, em todas as hipóteses em que, espontaneamente, se não alcançasse o aludido compromisso.

Esta solução traduziria, aliás, a ideia de que a ausência do mútuo consenso faz extinguir o vínculo matrimonial ou o vínculo afetivo da união de facto, análogo aquele, mas, também, o substrato básico da ligação afetiva da filiação, mantendo-se, tão-só, a relação sanguínea de um espaço comum que os progenitores, igualmente, acabariam por desmantelar.

Porém, o regime imperativo do exercício colegial, a não constituir uma representação idealizada pelo legislador, subsidiária de uma corrente de pensamento, de natureza ética ou moral, destinada a intervir no âmago familiar, a fim de resolver a conflitualidade entre progenitores desavindos, será, então, um instrumento de política legislativa, ao serviço dos interesses das crianças.

¹⁰²¹ Maria Clara Pereira Sottomayor, Exercício das Responsabilidades Parentais, ..., 2003, ..., citado, 484 e ss.; Amadeu Colaço, Novo Regime do Divórcio, ..., citado, 129.

¹⁰²² Tomé d'Almeida Ramião, O Divórcio e Questões Conexas, ..., citado, 156.

Efetivamente, o progenitor que se recusa a exercer, colegialmente, as responsabilidades parentais, no que contende com as questões de particular importância para a vida do filho menor, deveria apresentar um plano fundamentado das razões da oposição e da contrapartida que entenda justificar-se, sob pena do restabelecimento do regime-regra do exercício conjunto, a menos que outros fundamentos, desde logo, evidenciáveis, permitam desencorajar a solução, a bem dos superiores interesses do filho, cabendo ao juiz a faculdade de impor a guarda conjunta aos progenitores quando estes, sem qualquer razão justificativa demonstrada, se recusem a aceitar esta modalidade de guarda, desvalorizando-se a ideia de que a recusa de um dos progenitores funciona, sistematicamente, como presunção, «*tantum iuris*», de que falta aos pais a capacidade de cooperação indispensável para por em prática o respetivo exercício colegial.

Bastaria, até, que o exercício conjunto fosse requerido, por um dos progenitores, fundamentadamente, para que o outro, também, motivadamente, tivesse de convencer o juiz sobre a contrariedade da solução, em relação aos interesses do menor, sob pena da improcedência da oposição suscitada, com o conseqüente estabelecimento imperativo daquele regime-regra.

Pertenceria, assim, ao progenitor não requerente do exercício conjunto o ónus da prova da contrariedade ou inconveniência da solução proposta, recaindo sobre ele os prejuízos emergentes da não obtenção de prova bastante desse facto, com a conseqüente desvantagem processual inerente à não realização da prova, mesmo, para além das dúvidas razoáveis que subsistissem na questão de facto decidenda.

Vigorando na constância do matrimónio o regime do exercício em comum das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, nas questões de particular importância para a vida do filho menor, como decorre do disposto pelo artigo 1906º, nº 1, do CC, não se mostra despiciendo que, após o divórcio, devesse permanecer, «*ipso facto*», o modelo do exercício conjunto, na hipótese de não ser requerido por qualquer um deles ou por ambos, fundamentadamente, o respetivo exercício unilateral, interpretando-se o seu consentimento tácito nesse sentido como representativo do melhor interesse dos filhos¹⁰²³, enquanto sinal de que o casal parental se não extingue, evitando-se, assim, que, como

¹⁰²³ Jacqueline e Alain Pousson, *L'affection et le droit*,..., citado, 105.

consequência do divórcio ou da separação, se imponha, necessariamente, a intervenção do Estado na família e na proteção dos filhos menores, através do processo de regulação das responsabilidades parentais, atento o preceituado pelos artigos 1905º a 1912º, do CC, e 34º e seguintes, do RGPTC¹⁰²⁴, e, igualmente, para obviar que o pedido de confiança da criança pelos pais biológicos com quem nunca se relacionou se incluir no elenco das situações em que ocorreria, invariavelmente, o seu afastamento do convívio com os pais, e significar, sistematicamente, para efeitos do prescrito pelo artigo 3º, nº 2, da LPCJP, um inequívoco sinal de perigo para o menor que, então, não resultaria da omissão dos cuidados vitais à sua formação, mas antes do aparecimento dos progenitores em cena.

¹⁰²⁴ Joaquim Manuel Silva, A Família das Crianças na Separação dos Pais, a Guarda Compartilhada, o Conflito e o Abandono Parental, ..., citado, 50, <http://hdl.handle.net/11144/2499>.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aberastury, Arminda, Salas, Eduardo J., A Paternidad: um enfoque psicanalítico, Porto Alegre, Artes Médicas, 1984;

Aboim, Sofia, Conjugalidade em Mudança, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2006;

Ackerman, Nathan W., Diagnóstico e Tratamento das Relações Familiares, Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Artes Médicas Sul, 1986;

Aguilar, José Manuel, Síndrome de Alienação Parental. Filhos Manipulados por um Cônjuge para Odiar o Outro, tradução portuguesa do original em língua castelhana, por Eduardo dos Santos, Lisboa, Caleidoscópio, 2008;

Albaladejo, Manuel, Compendio de Derecho Civil, 12ª edição, Madrid, Edisofer, 2004;

Albiston, R. Catherine, Maccoby, E. Eleanor e Mnookin, H. Robert, Does Legal Joint Custody Really Matter?, Law & Police, volume 2, nº 1, 1990;

Alfaiate, Ana Rita, Autonomia e Cuidado, O Cuidado como Valor Jurídico, Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, coordenadores, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2008;

Almeida, J. C. Moitinho de, O Poder Paternal no Direito Moderno, Scientia Juridica, Jan./Fev, Tomo XVII, nº 89, 1968;

Almeida, J. C. Moitinho de, Efeitos da Filiação, Reforma do Código Civil, Lisboa, Ordem dos Advogados, 1981;

Almeida, J. C. Moitinho de, La Filiation dans la Réforme du Côle Civil Portgais du 25 Novembre 1977, BMJ nº 285;

Almeida, J. C. Moitinho de, Braga, Scientia Jurídica, 89º;

Almeida, J. C. Moitinho de, *As responsabilidades parentais no direito moderno*, Braga, Scientia Jurídica, nº 107, Outubro-Dezembro;

Almeida, Susana, *O Respeito Pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, FDUC, Centro de Direito da Família, nº 14, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Amann-Gainotti, M., Badolato, G., e Cudini, S., *La paternité: nouvelles perspectives de la recherche*, Enfance, nº 2, 1984;

Angel, Ronald e Angel, Jacqueline, *Painful Inheritance: Health and the New Generation of Fatherless Families*, Madison, University of Wisconsin Press, 1993;

Apner, Adriana, Matos, Ana, Ruzik, Carlos, Meirelles, Jussara, Fachin, Luís, Silva, Marcos, Carbonera, Silvana, *O Princípio da prevalência da família: A permanência do cuidar, O Cuidado como Valor Jurídico*, Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, coordenadores, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008;

Aristófanis, *Lisístrata*, Círculo de Leitores, 1985;

Aristóteles, *Ética a Nicómano*, Livro I, *O que é o Bem para o homem*, Quetsal Editores, 2009;

Arnaud, André-Jean e Dulce, Maria José Fariñas, *Sistemas Jurídicos: Elementos para un Análisis Sociológico*, Madrid, Universidad Carlos III, 1996;

Arnaud, André-Jean, *Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit post-moderne*, Droit et Societé, 1991;

Arnaud, André-Jean, *Droit et Societé, du constat à la construction d' un champ commum*, Droit et Societé, 1992;

Arnaud, André-Jean, *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, 1973;

Ascensão, Oliveira, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, Almedina, 2011;

Ascensão, Oliveira, *Direito e Bioética, Direito da Saúde e Bioética*, 1991;

Ashley, H. G., *Eternal Custody, Single Parent*, v. 37, janeiro de 1994;

Assis, Zulmira de, *Filiação e Parentalidade Sócio-Afectiva, Um Estudo Comparativo Brasil-Portugal. Colocação do Problema no Ordenamento Jurídico Brasileiro, Parentalidade Sócio-Afetctiva: Portugal e Brasil*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Almedina, 2012;

Ataíde, Rui de Mascarenhas, *Poder Paternal, Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil, Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, III*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011;

Badinter, Elisabeth, *Um amor conquistado: o mito do amor materno*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1985;

Badinter, Elizabeth, *XY: Sobre a identidade masculina*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1993;

Bainham A., *Children: The Modern Law*, 2ª edição, Britol: Jordan Publishing Limited, 1998;

Ballof, Rainer, *Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?*, FamRZ, 1990;

Barreto, António, *Tempo de Mudança*, Lisboa, Relógio d'Água, 1996;

Barreto, António, *Mudança Social em Portugal: 1960-2000*, 2004, in "António Costa Pinto (coord), *Portugal Contemporâneo*", Lisboa, Publicações D. Quixote;

Barreto, Ireneu Cabral, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

Barros, Fernanda Otoni de, *Do direito ao pai: [a paternidade no tribunal e na vida]*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005;

Barros, Sérgio Resende de, *A ideologia do afecto*, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, Síntese, Jul-Ago-Set. de 2002, vol. 14;

Barthelet, Bernardette, *Les conséquences du divorce à l'égard de l' enfants*, Thèse, Joyon, 1986;

Bartlett, Katharine T., «Re-expressing Parenthood», *The Yale Law Journal*, 1988;

Bartlett, Katharine T. e Stack, Carol B., *Joint Custody, Feminism and the Dependency Dilemma*, *Berkley Women's Law Journal*, volume 2, 1986;

Bawin-Legros, Bernardette, *Familles, mariage, divorce: Une sociologie des comportements familiaux contemporains*, Bruxelles, J. Liège, Pierre Mardaga Editeur, 1988;

Bastard, B., Cardia-Vonèche, L., *L' irrésistible diffusion de la médiation familiale*, *Annales de Vaucresson*, 1988;

Batsch, H. J., *The Acceptance of Recommendations and Conventions within the Council of Europe, Le role de la volonté dans les actes juridiques – Études à la Mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000;

Battaglini, Giulio, *Fecundação artificial e adultério*, *Scientia Juridica*, Tomo XI, nº 57;

Bauman, Zigmunt, *Amor Líquido – Sobre a Fragilidade dos Laços Humanos*, Lisboa, Relógio d'Água, 2006;

Baviere, Ignazio, *Diritto Minorile*, II, 3ª edição, Giuffrè, 1976;

Beauvoir, Simone de, *Segundo sexo: a experiência vivida*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1980, volume 2;

Beck, Ulrich e Beck-Gernsheim, Elisabeth, *The Normal Chaos of Love*, 1995, 312-3, citado por Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, 3ª edição, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

Beitzke, Günther e Lüderitz, Alexander, *Familienrecht*, 27. Aufl., München, C. H. Beck, 1999;

Belmartino, S. M., *Estrutura de la familia, y «edades sociales» en la aristocracia de Léon y Castilla segun las fuentes literárias y historiográficas (siglo X-XIII)*, *Cuadernos de Historia de Espana*, 1947-8;

Bénabent, Alain, *Droit du Divorce (effets)*, IRD Sirey, 1983;

- Bénabent, Alain, *La Liberté individuelle et le mariage*, RTDC, 1973;
- Bénabent, Alain, *Droit Civil, La Famille*, 5ª edição, LITEC, 1993;
- Benloch, E. Fosar, *Estudios de Derecho de Família*, Tomo III, Las uniones libres. La evolución histórica del matrimonio y el divorcio en España, Bosch, 1981/85;
- Berdejo, Lacruz, *Un Nuevo contractualismo en el derecho familiar*, La Ley, 1982;
- Bergström, M., Fransson, E., Hjern, A., *Barn med växelvis boende*, 2015, Centre for Health Equity Studies, 2015
http://www.chess.su.se/polopoly_fs/1.261599.1450340833!/menu/standard/file/Barn%20i%20va%CC%88xelvis%20boende%20-%20en%20forskningso%CC%88versikt.pdf
- Bergström, M., Modin, B., Fransson, E., Rajmil, L., Berlin, M., Gustafsson, P., Hjern, A., 2013, Living in two homes – a Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody, *BMC Public Health*,
<http://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458.13-868>
- Bergström, M., Fransson, E., Hjern, A., Köhler, L., Wallby, T., 2014, Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parent's life satisfaction: a cross-sectional study, *Scandinavian Journal of Psychology*, 55, 433 a 439,
<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25040954>
- Bergström, M., Modin, B., Fransson, E., Berlin, M., Gustafsson, P., Hjern, A., 2015, Fifty moves a year: is there an association between joint physical custody and psychosomatic problems in children? *J. Epidemiol Community*,
<http://jech.bmj.com/content/jech/early/2015/04/09/jech-2014-205058.full.pdf>
- Bergström, M., Fransson, E., Laftman, S., Hjern, A., Östberg, M., 17 de janeiro de 2017, The Living Conditions of Children with Shared Residence – the Swedish Example. *Child Indicators Research*, 1 a 23, <https://link.springer.com/article/10.1007/s12187-017-9443-1>
- Bevilaqua, Clóvis, *Direito da Família*, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1917;

Bisnaire, L.M.C., Firestone, P., Rynard, D., Factors Associated with Academic Achievement in Children Following Parent Separation, American Journal of Orthopsychiatry, v. 60 (1), 1990;

Bittencourt, Edgard de Moura, Guarda de filhos, São Paulo, Universitária de Direito, 1981;

Blond, Barton S., In the Child's Best Interests – A Better Way: The Case for Presumptive Joint Custody in Missouri, UMKC Law Review, volume 52, 1983/1984;

Boeira, José Bernardo Ramos, Investigação de paternidade: posse de estado de filho: paternidade socioafetiva, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999;

Boff, Leonardo, Saber Cuidar. Ética do humano – compaixão pela terra, Rio de Janeiro, Vozes, Petrópolis, 2004;

Bolieiro, Helena e Guerra, Paulo, A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito de Família e das Crianças e Jovens, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

Bolieiro, Helena e Fialho, António José, Novos Modelos e Tendências na Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais – a residência alternada, CEJ, junho de 2012, <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=28>

Bone, M., Parental Alienation Syndrome, <http://parental-alienation.com/>

Bonnard, Jérôme, La garde du mineur et son sentiment personnel, in “Droit de l'enfance et de la famille”, 33, 02/1991, 181 a 201 e RTDC, 1991;

Borges, Beatriz Marques, Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Coimbra, Almedina, 2007;

Borgetto, Michel, Métaphore de la famille et idéologies, Le droit non civil de la famille, Paris, PUF, 1983;

Born, Winfried, Gemeinsames Sorgerecht: Ende der «modernen Zeiten», Besprechung von BGH, Urteil, 29-9-1999, XII ZB 3/99, FamRZ, 1999;

Boulanger, François, Droit Civil de la Famille, T1, Capítulo IV, “Le Mariage en droit interne comme liberté publique et expression d’une volonté matrimoniale”, e “Aspects internes et internationaux, Le déclin du critère de la nationalité et les nouvelles perspectives”, 3ª edição, Paris, Economica, 1990;

Boulanger, François, Droit Civil de la Famille, Les convergences et les problèmes contemporains, 2ª edição, Paris, Economica, 1992;

Boutard, Les pouvoirs de la femme mariée, 1947;

Bowlby, John, citado por José Manuel Aguilar, in “Síndrome de Alienação Parental – Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro, Caleidoscópio, Lisboa, 2008;

Bowlby, John, 1969, in “Judy Cassidy, Philip Shaver (eds), Handbook of Attachment: Theory, Research and Clinical Applications, 1999;

Brauner, Maria Cláudia Crespo, Novos contornos do direito da filiação: a dimensão afetiva das relações parentais, Revista da Ajuris, Porto Alegre, XXVI, nº 78, junho de 2000;

Brauner, Maria Cláudia Crespo, As Novas Orientações do Direito de Família, O Direito de Família: Descobrendo Novos Caminhos, Canoas, La Sale, 2001;

Brazelton, T., Cramer, B., As primeiras relações, São Paulo, Martins Fontes, 1992;

Bredefeld, G. M., Joint Custody and Remarriage: Its Effects on Marital Adjustment and Children”, 1985;

Breen, Claire, The Standard of the Best Interests of the Child, a Western Tradition in International and Comparative Law, The Hague, 2002;

Bruch, Carol S., in “Parenting at and after Divorce: A Search for New Models”, Michigan Law Review, volume 79, 1981;

Bruñol, Miguel Cillero, O interesse superior da criança no marco da Convenção Internacional sobre Direitos da Criança, in Emilio Garcia Méndez, Mary Beloff, (Org.), tradução de Eliete Ávila Woftf, Infância, Lei e Democracia na América Latina. Análise

crítica do panorama legislativo no Marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998), Blumenau, Edifurb, vol. 1, 2001;

Bundesverfassungsgericht nº 692 – G.G., artigo 6º II S. 1; BGB 1671 IV – FamRZ, 1982;

Cabral, Santos, A Alteração do Papel do Juiz no Processo Tutelar, CJ (STJ), Ano VIII (2000), T3, 17;

Caetano, Marcelo, Manual de Direito Administrativo, I, 10ª edição, revista e actualizada pelo Prof. Doutor Freitas do Amaral, Lisboa, Coimbra Editora, 1973;

Calderón, Ricardo Lucas, Princípio da Afetividade no Direito de Família, Rio de Janeiro, Renovar, 2013;

Campos, Diogo Leite de, Lições de Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Almedina, 1990;

Campos, Diogo Leite de, Lições de Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Almedina, 1997;

Campos, Diogo Leite de, Lições de Direito da Família e das Sucessões, 2ª edição revista, Coimbra, Almedina, 2001;

Campos, Diogo Leite de, Lições de Direito da Família e das Sucessões, II – A Família como problema normativo, 2ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Almedina, 2005;

Campos, Diogo Leite de, Nós, Estudos sobre Direito das Pessoas, Coimbra, Almedina, 2004;

Campos, Diogo Leite de, A Invenção do Direito Matrimonial, Coimbra, Almedina, 1995;

Campos, Maria Teresa, Um Estudo Fenomenológico na Experiência do Rapto Parental, Tese de Mestrado em Psicologia Clínica, ISPA, Lisboa, 2012;

Canacakos, Ellen, Joint Custody as a Fundamental Right, in Jay Folberg editor, Joint Custody and Shared Parenting, 1984;

Canali, Olindo, L'affidamento congiunto o custodia associata: una possibile alternativa, in V. Gigoli, G. Gullota e G.Santi, "Separazione, Divorzio e Affidamento dei Figli", Milano, Giuffrè Editore, 1983;

Canaris, Claus Wilhelm, Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 3ª edição, Lisboa, Fundação Kalouste Gulbenkian;

Canotilho, Gomes e Moreira, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, CRP, I, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

Canova, Linnucia e Grossi, Luciano, Ancora sull'Affidamento Congiunto od Alternato: Interesse del Minore o Finzioner Giuridica?, DFP, Ano XX, 1991;

Cantero, Garcia, in "El derecho de familia en el centenario del Código Civil", publicado por La Accion Familiar, 1992;

Capellanus, Andreas, De Amore, libri tres, edição de Amadeu Pagés, Castelló de la Plana, Sociedad Castellonense de Cultura, 1930;

Carbonera, Silvana Maria, Guarda de filhos na família constitucionalizada, Curitiba, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000;

Carbonera, Silvana Maria, O papel jurídico do afecto nas relações jurídicas, in "Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo", Rio de Janeiro, Renovar, 1998;

Carbonnier, Jean, Sociologie du Couple, in Flexible Droit, 1988;

Carbonnier, Jean, Droit Civil, T2, Les Incapacités, 12ª edição, 1983;

Carbonnier, Jean, Droit Civil 2 – La famille, les incapacités, 13ª edição, Paris, PUF, 1989;

Carbonnier, Jean, Droit Civil, II, La Famille, l'enfant, le couple, Themis, French Paperback, 2002;

Carbonnier, Jean, La Famille, l'enfant, le couple, Droit Civil, II, Paris, PUF, Thémis, 1999;

Carbonnier, Jean, Essais sur les Lois, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1979;

Carbonnier, Jean, *Droit Civil*, 11ª edição, T2, Paris, PUF, 1979;

Carvalho, Fidélia Proença de, *O conceito de culpa no divórcio – Crime e Castigo, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, citando Alain Bénabent, “*Droit Civil, La Famille*”, 8ª edição, Paris, Litec, 1997;

Carvalho, Filipa Ramos de, *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: Algumas Considerações*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

Casey, James, *História da Família*, Lisboa, Teorema, 1989;

Cassidy, Judy, Shaver, Phillip (eds.), *Handbook of Attachment: Theory, Research and Clinical Applications*, 1999;

Catherine Mackinnon A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, 1991;

Cattaneo, Giovanni, *Lo stato di figlio legittimo e le prove della filiazione*, *Trattato di Diritto Privato*, por Pietro Rescigno, T 4, Milano, 2002;

Chambers, David L., *Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce*, *Michigan Law review*, volume 83, nº 3, 1984, citando “*The Role of the Father in Child Development*, C. M. Lamb, ed. 1976”;

Chapelle, André, *Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale*, RTDC, 1984;

Chesler, Phyllis, *Mothers on trial*, The Seal Press, 1986;

Chorão, Maria Teresa Albuquerque Bigotte, *O superior interesse da criança e a fixação da residência alternada (?) em caso de divórcio*, *Dissertação*, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2019, <http://hdl.handle.net/10400.14/28669>

Chorão, Mário Bigotte, *A Concepção Cristã da Família e o Direito Português*, in *Temas Fundamentais de Direito*, Coimbra, Almedina, 1986;

Cintra, Pedro, Salavessa, Manuel, Pereira, Bruno, Jorge, Magda, Vieira, Fernando, *Síndrome de Alienação Parental: Realidade Médico-Psicológica ou Jurídica?*, *Revista*

Julgar, nº 7, Janeiro-Abril de 2009, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, Coimbra Editora;

Classificação do Manual de Diagnóstico e Estatística das Perturbações Mentais – D.S.M.-IV, tradução portuguesa, 4ª edição, Climepsi Editores, Lisboa, 1996;

Clingempeel, W. Glenn / Reppucci, N. Dickon, Joint Custody after Divorce: Major Issues and Goals for Research, in Jay Folberg Editor, Joint Custody and Shared Parenting, 1984;

Coelho, Francisco Pereira, Curso de Direito da Família, versão policopiada das lições, Coimbra, 1986;

Coelho, Francisco Pereira, Casamento e Família no Direito Português, Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986, nº 10; e RLJ, Ano 120º;

Coelho, Francisco Pereira, Curso de Direito de Família, I, Direito Matrimonial, Tomo 2º, 2ª edição, Coimbra, 1970;

Coelho, Francisco Pereira, Filiação, Apontamentos das Lições revistos pelo Professor, no âmbito da cadeira de Direito Civil, Curso Complementar, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1978;

Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, Curso de Direito da Família, I, Centro de Direito da Família, Coimbra, Almedina, 1986;

Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, Curso de Direito da Família, I, 3ª edição, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2003;

Coelho, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de, Curso de Direito de Família, II, TI, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 2006;

Colaço, Amadeu, Novo Regime do Divórcio, 3ª edição, revista e actualizada, Coimbra, Almedina, 2009;

Colaço, Isabel Magalhães, A Reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da

Reforma de 1977, I, Direito da Família e das Sucessões, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

Commaille, Jacques, Les Régulations de la Famille Française. Déterminations Complexes des Rapports Public-Privé, Fundación Dialnet, 1991;

Commaille, Jacques, Misères de la Famille. Question d'État, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1996;

Confúcio, Frases Curtas de Confúcio;

Cordeiro, Menezes, Da Boa-Fé em Direito Civil, reimpressão, Coimbra, Almedina, 1997;

Cordeiro, Menezes, Da Boa-Fé no Direito Civil, I, Coimbra, Almedina, 1984;

Cordeiro, Menezes, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte Geral, Tomo I, Coimbra, Almedina, 2005;

Cornu, Gérard, Droit Civil: La Famille, 7ª edição, Paris, Montchrestian, 2001;

Correia, Eduardo, RLJ, Ano 90º, 291;

Correia, Eduardo, Direito Criminal, com a colaboração de Figueiredo Dias, I, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1971;

Correia, Ferrer, Unidade do Estatuto Pessoal, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, XXX;

Correia, Ferrer, "Considerações sobre o Método do Direito Internacional Privado" e "A Revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado", Estudos Vários de Direito, Universidade de Coimbra, 1982;

Correia, Ferrer, Direito Internacional Privado Matrimonial, Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado, Coimbra, Almedina, 1980;

Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José da Silva, Direito da Família e Direito das Sucessões, Lisboa, AAFDL, 1995;

Corte-Real, Carlos Pamplona, Direito da Família e das Sucessões, Relatório, Suplemento da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lex, 1996;

Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José da Silva, Direito da Família. Tópicos para uma Reflexão Crítica, Lisboa, AAFDL, 2008;

Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José da Silva, Direito da Família - tópicos para uma reflexão crítica, 2ª edição, Lisboa, AAFDL, 2011;

Corte-Real, Carlos Pamplona e Pereira, José da Silva, Direito da Família e Direito das Sucessões, Lisboa, AAFDL, 1995;

Costa, Almeida, O concurso da responsabilidade civil contratual e da extracontratual, AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra, 1998;

Costa, Américo Campos, Notas À Organização Tutelar de Menores, Coimbra, Atlântida, 1967, 272;

Costanza, M., Quale interesse nell'affidamento congiunto della prole?, NGCC, 1997;

Coussirat-Coustère, Vincent, La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission de la Cour européennes des droits de l'Homme, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Dekeuwer-Défossez (avan-propos) /Marie-Thérèse Meulders-Klein (rapport de synthèse), Paris, LGDJ, 1996;

Cowan, D. B., Mother Custody versus Joint Custody: Children's Parental Relationship and Adjustment, Doctoral Thesis, Washington, University of Washington, 1982;

Cruz, Braga da, Anteprojecto Braga da Cruz, artigo 2º, s/d;

D'Angelli, F., La Famiglia di fatto, Giuffrè, 1989;

D'Onorio, J. B., La protection constitutionnelle du droit du mariage et de la famille en Europe, RTDC, 1988;

Daadouch, Christophe, L'Autorité Parentale, Paris, Editions MB Formation, 2003;

Dagnino, Antonio, Potestà parentale e diritto di visita, Diritto de Famiglia, 1975;

Dahl, Tove Stang, O Direito das Mulheres, Uma Introdução à Teoria do Direito Feminista, Universitetsforlaget AS, 1987, tradução portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993;

De Cupis, Adriano, A propósito di codice e de codificazione, Rivista de Diritto Civil, II, 1979, 47;

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789;

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adotada pela Convenção Nacional Francesa de 1793;

Delorey, Anne Marie, Joint Legal Custod: A Reversal to Patriarchal Power, Canadian Journal of Women and the Law, volume 3, nº 1, 1989;

Denelius, H., Reflections on Some Important Judgements of the European Court of Human Rights Regarding Family Life, Family Life and Human Rights, Peter Lodrup and Eva Modvar (ed.), Oslo: Gyldental Akademisk, 2004;

Dekeuwer A., Divorce-séparation de corps, JCP, 1984, II, Jurisprudence, 20163 II, A, b);

Dias, Cristina M. Araújo, Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio – Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009;

Dias, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, 6ª edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010;

Dias, Mara Berenice, Manual de Direito das Famílias, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007;

Dias, Maria Berenice, União Homossexual: o preconceito e a justiça, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000;

Dias, Maria Berenice, União Homossexual: Aspectos Sociais e Jurídicos, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Doutrina Jurídica Brasileira, nº 4, Jan./Março, 2000, www.direitohomoafetivo.com.br

Dias, Maria Berenice Dias, (coord.), *A família além dos mitos*, Belo Horizonte, Del Rey, 2008;

Dias, Maria Olívia, *Um Olhar sobre a Família na Perspetiva Sistémica - O Processo de Comunicação no Sistema Familiar, Gestão e Desenvolvimento*, nº 19, Viseu, 2011;

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Instituto António Houaiss de Lexicografia Portugal, *Temas e Debates*, Lisboa, 2005;

Diniz, Maria Helena, *Código Civil Anotado*, 11ª edição, revista, aumentada e atualizada, de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10406, de 10-1-2002), São Paulo, Editora Saraiva, 2005;

Dolto, Françoise, *Quando os pais se separam*, Rio de Janeiro, J. Zahar, 2003;

Donati, Pierpaolo, *Manuale di sociologia della famiglia*, 2ª edição, Roma-Bari, Editora Laterza, 1999;

Dontigny, D., *Parents pour la vie*, apud “Eduardo de Oliveira Leite, *Famílias monoparentais – a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1997;

Duarte, J. Cantón, Arboleda, M. R. Cortés, e Díaz, M. D. *Justicia, Conflictos matrimoniales, divorcio e desarrollo de los hijos*, Madrid, 2000, citado por José Manuel Aguilar, in “*Síndrome de Alienação Parental – Filhos manipulados por um cônjuge para odiar o outro*”, *Caleidoscópio*, Lisboa, 2008;

Duarte, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, Lisboa, AAFDL, 1989, 1ª reimpressão de 1994;

Dufour, Alfred, *Mariage et société moderne (Les idéologies du droit matrimonial moderne)*, Fribourg (Suíça), Éditions Universitaires Fribourg, Suisse, 1997;

Edmond, M., *L’esprit nouveau des lois civiles*, 1984;

Elster, Jon, 1989, *Solomonic judgements. Studies in the limitations of rationality*, Cambridge Univ. Press, N.York, 1992;

Emery, Robert E., Divorce Mediation: Negotiating Agreements and Renegotiating Relationships, Family Relations, nº 44, Outubro de 1995;

English, Karl, Introdução ao Pensamento Jurídico, 5ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979;

Epifânio, Rui e Farinha, António, Organização Tutelar de Menores, 2ª edição, Coimbra, Almedina;

Erlich, Eugen, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913;

Estatísticas Demográficas, Lisboa, Instituto Nacional de Estatística, 1997;

Esteves, Entrevista publicada, no Jornal Observador, 2018;

Fachin, Luiz Edson, Em nome do pai – estudo sobre o sentido e o alcance do lugar jurídico ocupado no pátrio dever, na tutela e na curatela, Direito de família contemporâneo: doutrina, jurisprudência, direito comparado e interdisciplinaridade, Belo Horizonte, Del Rey, 1997;

Fachin, Luiz Edson, Família, Vicente de Paulo Barreto (Org.), Dicionário de Filosofia do Direito, Rio de Janeiro, Renovar, 2006;

Fehmel, Hans-Werner, Ist das Verbot das gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§1671 Abs. IV S. 1 BGB) verfassungswidrig?, FamRZ, 1980;

Feitor, Sandra Inês, Alienação parental – novos desafios: velhos problemas. Estudo de Jurisprudência e Legislação, Revista Julgar, nº 24, Janeiro-Abril de 2009, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, Coimbra Editora;

Fernández, Maria del Rosario Valpuesta, Los pactos conyugales de separación de hecho: Historia y presente, Universidad de Sevilla, 1982;

Fialho, António José, Residência alternada – visões de outras paragens, in “AAVV, Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, Tomo I”, Lisboa, CEJ, 2012, 270, in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Cria_nca_Tomol.pdf”

Figueiredo, Pedro Raposo de, A Residência Alternada no Quadro do Atual Regime do Exercício das Responsabilidades Parentais – A Questão (Pendente) do Acordo dos Progenitores, *Julgar*, nº 33, Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Coimbra, Almedina, setembro-dezembro de 2017;

Filho, Waldyr Grisard, Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental, 2ª edição, revista, actualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002;

Fineman, Martha Albertson, *The Neutered Mother, The Sexual Family and other Twentieth Century Tragedies*, New York, Psychology Press, 1995;

Fineman, Martha Albertson, *The Illusion of Equality, The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991;

Finke, Heinrich, *Die Frau im Mittelalter*, Kempten, Kössel & Pustet, 1912;

Folberg, Jay/Graham, Marva, *Joint Custody following Divorce*, University California, Davis Law Review, 1979;

Franchi, Commentario de Cian, Oppo e Trabucchi, Tomo IV, 64, citado por Pires de Lima e Antunes Varela, in “Código Civil Anotado, V”, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

Frank, Rainer, La signification diferente attaché a la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille, *Revue International de Droit Comparé*, 1993;

Freed, Doris Jonas, e Walker, B. Timothy, *Family Law in the Fifty States*, *FamLQ*, nº 4, volume XXI, 1988;

Freitas, Cidalina, Notas soltas sobre a residência alternada, A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, Tomo I, julho 2014, E-book CEJ, 297, http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf.

Freud, Anna, Goldstein, Joseph, Soljnit, Albert J., *Beyond the best interest of children*, London, Burnet Books, 1973;

Freud, Sigmund, apud “Luis Felipe Lyrio Peres, Guarda compartilhada. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=3533&p=2>>”

Frost A., Pakiz B., The Effects of Marital Disruption on Adolescents: Time as a Dynamic, *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 60 (4), October 1990;

Fthenakis, Wassilios Emmanuel, *Gemeinsame Elterliche Sorge nach der Scheidung, Kinderpsychitrie und Familienrecht*, Estugarda, 1984;

Fulchiron, Hughes, *Autorité Parentale et Parents d’Désunis*, Paris, CNRS, 1985;

Fulchiron, Hughes, *Une nouvelle reforme de l’autorité parentale*, Paris, Dalloz, 1993;

Fulchiron, Hughes, *Autorité Parentale et Parents Desunis*, in “Jacques Massip, Répertoire Defrenois, 1992”;

Fulchiron, Hughes, *Les relations enfants-parents dans le nouveau droit français de l’autorité parentale (loi nº 87-570 du 22 juillet 1987)*, RTDF, 3/1998;

Garcia, José Diogo Leite, *O Instituto do Poder Paternal e o seu Exercício em Casos de Ruptura Conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da viabilidade prática do “exercício conjunto”*, Dissertação, Coimbra, 2008;

Garcia, Emilio Garcia, *O Caso das crianças órfãs romenas, Somos a Nossa Memória, Recordar e Esquecer, Neurociência & Psicologia, Coleção apresentada por Alexandre Castro Caldas, Edição da Cofina Media, SA, 2021;*

Gardner, Richard A., *O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP?)*, <http://www.mediacaoparental.org/page22.php>;

Gardner, Richard, *Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?*, *The American Journal of Family Therapy*, 2002, 97, <http://dx.doi.org/10.1080/019261802753573821>

Gardner, Richard, *Should Courts Order PAS Children to Visit/Reside with the Alienated Parent? A Follow-up Study*, *The American Journal of Forensic Psychology*, 2001; <http://www.fact.on.ca/Info/pas/gard01a.htm>

Georgin, Pascaline, L' action en contestation de paternité au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l' homme, Revue trimestriel des droits de l' homme, 7^{ème} année, n^o 26, 1^{er} Avril, 1994;

Germane, Charlotte, Jonhson, Margaret e Lemon, Nancy, Mandatory Custody Mediation and Joint Custody Orders in Califórnia: The Danger for Victims of Domestic Violence, Berkeley Women's Law Journal, volume 1^o, n^o 1, 1985;

Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3^a edição, Munique, 1980;

Gernhuber, Bürgerliches Recht, §5, IV, 2^a edição, Munique, 1983;

Giddens, Anthony, Modernity and self-identity. Self and Society in the Late Modern Age, 1991, Polity Press en Asociación con Basil Blackwell, tradução espanhola sob o título de capa, Modernidad y identidad del yo, El yo y La sociedad en la época contemporânea, Barcelona, Ediciones Península, 1995;

Gillis, John (1996), Signe Howell, Changes in Moral Values About the Family, Adoption Legislation in Norway and the US, Berghahn Books, 2006;

Glendon, Mary Ann, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, 1996;

Glendon, Mary Ann, The Transformation of Family Law, Chicago, The University of Chicago Press, 1996;

Glendon, Mary Ann, State, Law and Family, Family Law in Transition in the United States and Western Europe, North – Holland Company, 1977;

Glendon, Mary Ann, La transformation dès raports entre L' État et la Famille dans l' evolution actuelle du droit aus États-Unis, in Famille, Droit et Changement Social, 1978;

Gobert, Michel, Rapport de Synthese, in "L' Autorité Parentale à L' Epreuve", sous la direction de Jacques Foyer et Catherine Labrusse, Collection «Perspectives économiques et juridiques», 1983;

Goldstein, Joseph, Freud, Anna e Solnit, J. Albert, *Beyond the Best Interests of Child*, New York, Free Press, Columbia Law Review, volume 74, 1979;

Goldstein, Joseph, Freud, Anna e Solnit, J. Albert, *No Interesse da Criança?* (tradução brasileira de *Beyond the Best Interests of the Child*, Free Press, 1979), S. Paulo, 1987;

Gomes, Júlio, *A Mediação e o Divórcio. A Experiência Norte-Americana*, Braga, Scientia Juridica, Tomo XXXVIII, 1989;

Gomes, Orlando, *Direito de Família*, 11ª edição, revista e atualizada por Humberto Theodoro Júnior, Rio de Janeiro, Forense Editora, 1999;

Gomien, Donna, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2005;

Gonçalves, Manuel Lopes Maia, *Código Penal Português, na Doutrina e na Jurisprudência*, 3ª edição, Coimbra, Livraria Almedina, 1977;

Grataloup, Sylvain, *Droit et liberté fondamentaux; vie familiale; élément constitutif; couple; transsexual; enfant; Conception; insémination artificielle; lien familial; père; exclusion*, Recueil Dalloz, Jurisprudence, 43er cahier, 4 Décembre 1997;

Greif, G. L., De Maris, A., *Why Fathers Gain Custody, Single Parent*, v. 33, Sept. 1990;

Greif, Judith, *Fathers, Children and Joint Custody*, in "Joint Custody, A Handbook for Judges, Lawyers and Counselours, The Association of Family and Conciliation Courts, 1979;

Grimaldi, Maria Rosa, *Affidamento Congiunto e Alternato della Prole tra Psicologia e Diritto*, DFP, XVIII, 1989;

Grotius, Hugo e Pufendorf, Samuel, *Os Deveres do Homem e do Cidadão de Acordo com as Leis do Direito Natural*, Rio de Janeiro, Topbooks, 2007;

Grove, Patricia L., *Wisconsin's Joint Custody Statute: Does It Pass Constitutional Muster?*, The Milwaukee Lawyer, volume 9, nº 4, 1986;

Grove, Patricia L., Joint Custody: A Concept That Has Come of Age But Needs Refinement, *American Journal of Family Law*, volume I, nº 1, ASpring 1987;

Grün, Anselm, *Despertar o cuidado*, Pétropolis, Vozes, s/data;

Guibert B., Renaudat E., L' intervention de L' État dans l' obligation alimentaire, *Annales de Vaucresson*, 1987;

Guimarães, Eliana, *O Poder Maternal*, Lisboa, Livraria Moraes, 1930;

Guimarães, Eliana, A situação da mulher e a futura reforma do Código Civil, *ROA*, nºs 3 e 4;

Guimarães, Luís Paulo Cotrim, A presunção da paternidade no casamento e na união estável, *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coordenador: Rodrigo da Cunha Pereira, Belo Horizonte, Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, 2002;

Gurvitch, Georges, *Sociologia del Derecho*, Rosario, Ed. Rosario, 1945;

Hardcastle, Gerald W., Joint Custody: A Family Court Judge's Perspective, *Family Law Quarterly*, 1998;

Harnack, Theodosius, *Luthers Theologie mit besonderer Beziehung auf seine Versöhnungs – und Erlösungslehre: Luthers Lehr dem Erlöser und der Erlösung*, München, Kaiser, 1927, II;

Harremoes, E., *Le Conseil de L' Europe et le droit de la famille, Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'a nos jours*, Roland Ganghofer (dir.), Paris, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992;

Hauser, J., *Vers une theorie générale du droit familial*, D 1991;

Hegel, Friedrich, *Princípios da Filosofia do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1997;

Hegel, Friedrich, *Filosofia do Direito*, Clarence Morris (org.), *Os Grandes Filósofos do Direito*, São Paulo, Martins Fontes, 2002;

Hernandez, Francisco Rivero, Las Relaciones Paterno-Filiales (Titulo, Ejercicio y Contenido de la Patria Potestad. Guarda y Cuidados y Regimen de Visitas) como Contenido del Convenio Regulador, in “Los Convenios Reguladores de las Relaciones Conyugales, Paterno Filiales y Patrimoniales en las Crisis del Matrimonio”, Pamplona, Universidad de Navarra, 1984;

Herz, Nave e Napp-Peters, apud Rainer Ballof, “Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?”, FamRZ, 1990;

Hess-Fallon B./Simon. A.-M. /Hess H., Droit de la famille, droits de l’enfant, 10^a edição, Paris, Éditions Dalloz, 1996;

Holleaux, Alice, Dans l’interêt des enfants, Le groupe familial, n^o 98, 78 e 79, in “Irène Théry, La reference à l’interêt de l’ enfant, Du Divorce et des Enfants, Travaux et Documents, Cahier n^o 111”, Presses Universitaires de France, 1985;

Hörster, Heinrich Ewald, A respeito da responsabilidade civil dos cônjuges ente si (ou a doutrina da “fragilidade da garantia” será válida?), Scientia Iuridica, 1995, n^{os} 253/255;

Hörster, Heinrich Ewald, Evoluções Legislativas do Direito da Família depois da Reforma de 1977, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

Hoult, Jennifer, The Evidentiary Admissibility of Parental Alienation Syndrome: Science, Law and Policy, American Bar Association, Child Legal Rights Journal, 2006, 16, in [http://www.stopfamilyviolence.org/media/Hoult «SAP»_admissibility.pdf](http://www.stopfamilyviolence.org/media/Hoult_«SAP»_admissibility.pdf);

Huet-Weiller, D., De la puissance paternelle à la responsabilité parentale, Le Droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l’Antiquité jusqu’ à nos jours, Roland Ganghofer (dir.), Paris, Presses Universitaires de Strasbourg, 1992;

Irti, Natalino, Leggi speciali, Rivista de Diritto Civil, 1979;

Irving, Howard H./Benjamim, Michael/ Trocme, Nicolas, Shared Parenting: An Empirical Analisis Utilizing a Large Canadian Data Base, in “Jay Folberg Editor, Joint Custody and Shared Parenting, The Association of Family and Conciliation Courts”, 1984;

Isola A., Les principes d'organisation familiale posés par la «législation» issue du Conseil de l'Europe, Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, in "Françoise Dekeuver-Défossez, Avant-propos", Paris; LGD, 1996;

Jayme, Erik, Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindeschaftsrecht, IPRax, 1996;

Jayme, Erik, Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours, Volume 251, 1995, Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição Especial, Almedina, 2008;

Jayme, Erik, Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne, Recueil des Cours, Volume 251, 1995;

Jayme, Erik, Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 88º, v. 759, janeiro de 1999;

Jefferson, Thomas, Preâmbulo da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776;

Johnston, Janet R., Kline, Marsha, e Tschann, Jeane M., Ongoing Post-Divorce Conflict. Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access, Am. J. Ortho-psy-chiatry, volume 59, nº 4, 1989;

Jones, Cathy, The Tender Years Doctrine, Survey and Analysis, Journal of Family Law, 1977-78, Vol. XVI;

Jospin, Sylviane Agacinsky, Política dos Sexos (M. S. Pereira, Trad.), Oeiras, Editora Celta, 1999, (Obra original publicada, em 1998);

Lagrange, E. de, La crise de la famille: le législateur et le juge, Mélanges Weil, 1983;

Larenz, Karl, Metodologia da Ciência do Direito, 3ª edição, tradução de José Lamego, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997;

Larribau-Ternéyre, V., La Réception des Principes de Liberté et d'Égalité en Droit Civil, du Code Civil à Aujourd'hui: Un Tableau Impressioniste, in "Le Droit Privé Français à La Fin du XXe Siècle", Paris, 2001;

Laveneur, L., Situations de Fait et Droit Privé, BDP, T 212, LGDJ, 1990;

Leal, Ana Teresa, D'Oliveira, Felicidade, Melo, Helena Gomes de, Raposo, João Vasconcelos, Carvalho, Luís Baptista, Bargado, Manuel do Carmo, Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, 2ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2010;

Leandro, Armando, Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas Reflexões de Prática Judiciária, Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1986;

Leandro, Armando, Direito e Direitos dos Menores, Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal, Infância e Juventude, número especial, Lisboa, Direção-Geral de Reinserção Social, 1991;

Leandro, Armando, Direito e Direitos dos Menores, síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal, Infância e Juventude, nº especial, Lisboa, Instituto de Reinserção Social, 1997;

Lebovici, Serge, O bebê, a mãe e o psicanalista, Porto Alegre, Artes Médicas, 1987;

Lecomte, Le mandat domestique de la femme mariée, 1937;

Legeais, Raymond, L' Autorité Parentale, Étude de la loi nº 70-459 du 4 juin 1979 et les textes qui l'ont complétée, Répertoire du Notariat, Défrenois, 1973;

Leite, André Lamas, O art. 1906º do Código Civil e a (in)admissibilidade do regime de guarda (e residência) alternadas dos menores, Revista do Ministério Público, Separata, Ano 38, nº 151, Jul/Set de 2017;

Leite, Eduardo de Oliveira, Revista dos Tribunais, A Família Monoparental como Entidade Familiar, Reportório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais, São Paulo, 1995, II;

Leite, Eduardo de Oliveira, Famílias Monoparentais – a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997;

Leite, Eduardo Oliveira, Guarda Compartilhada: Um novo modelo de responsabilidade parental, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002;

Leite, Inês Ferreira, Pedofilia. Repercussões das Novas Formas de Criminalidade na Teoria Geral da Infracção, Coimbra, Almedina, 2004;

Léon, Luis Ponce de, La Reforma del Código Civil en Materia de Patria Potestad, La Reforma del Derecho de Familia, Sevilha, Universidad Hispalense, 1982;

Leonardo, Teresa García de, Aplicación del derecho de daños al incumplimiento del régimen de visitas, Daños en el Derecho de Familia, coordenador José Ramón Beamonte, Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial n.º 17, 2006;

Levin, Amy B., Child Witnesses of Domestic Violence: How Should Judges Apply the Best Interests of the Child Standard in Custody and Visitation Cases Involving Domestic Violence?, UCLA Law Review, volume 47, 2000;

Levinet, Michel, La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des Droits de L'Homme, RTDH, 15º année, nº 60, 1º Octobre 2004;

Lewis, Clive Staples, The Allegory of Love, A Study in Medieval Tradition, Oxford, 1936;

Lima, Pires de, RLJ, Ano 96º, 286;

Lima, Pires de e Varela, Antunes, Código Civil Anotado, I, 4ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 1987;

Lima, Pires de e Varela, Antunes, Código Civil Anotado, V, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;

Lima, Suzana Borges de, Guarda Compartilhada: aspectos teóricos e práticos, Conferência proferida no "III Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF – Família, Lei e Jurisdição", realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – Secção Distrito Federal, no Superior Tribunal de Justiça, Revista CEJ, Brasília, nº 34, Julho/Setembro de 2006;

Lima, Taisa Maria Macena de, *Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas*, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 13, Editora IOB, jun/2002;

Lobato, Anderson, *O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais*, Revista da Faculdade de Direito, Curitiba, a.28, n.28, 1994/95;

Lôbo, Paulo, *Direito Civil: famílias*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012;

Lôbo, Paulo, *Família e conflito de direitos fundamentais*, Lex familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família, Ano 8, nº 16, Jul/Dez 2011, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

Lobo, Paulo, *Direito Civil. Famílias*, S. Paulo, Saraiva, 2008;

Lockton, Deborah e Ward, Richard, *Domestic Violence*, Cavendish Publishing Limited, London, Sidney, 2016;

Lohr, R., Mendell, A., Riemer, B., *Clinical Observations on Interferences of Early Father Absence in the Achievement of Femininity*, Clinical Social Work Journal, vol. 17, (4), Winter 1989;

Lopes, Manuel Baptista, *Filhos Ilegítimos*, Coimbra, Almedina, 1973;

Lucaire, F., *Les Fondements Constitutionnels du Droit Civil*, RTDC, 1982;

Luepnitz, D. A., *Maternal, Paternal and Joint Custody: A Study of Families after Divorce*, Doctoral Thesis, State University of New York at Buffalo, 1980;

Luepnitz, Anna Deborah, *Child Custody: A Study of Families After Divorce*, Lexington Books, 1982;

Luquet, Pierre, *Les ideaux du moi et l'ideal du je*, Revue Française de Psychanalyse, 5-6, XXXVII, Paris, PUF, 1973;

Luthin, Horst, *Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1987;

Machado, J. Baptista, Lições de Direito Internacional Privado, Coimbra, Almedina, 1985;

Machado, J. Baptista, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 13ª reimpressão, Coimbra, Almedina, 2002;

Maclean, Mavis, Family Law and Family Policy, 1997, in “The New Europe, England”, The Oñati International Institute for the Sociology of Law;

Maclver, Robert Morrison, The Elements of Social Science, 9ª edição, Londres, Methuen & Co, 1949;

Maccoby/Mnookin, Dividing the Child: Social and legal dilemmas of custody, Harvard University Press, 1992;

Madaleno, Rolf, Curso de Direito de Família, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2009;

“Mãe há só duas”, título de uma série espanhola da «Netflix»;

Maidana, Daltrozo, O Fenómeno da Paternidade sócio-afectiva: a filiação e a revolução da genética, www.idffam.com.br

Malaurie, Philippe e Aynès, Laurent, Cours de Droit Civil, La Famille, Tomo III, 6ª edição, 1998/1999, por Philippe Malaurie, com a colaboração, em Direito Fiscal, de P.J. Claux e N. Couzigou-Suhas, Paris, Edições Cujas, 1998;

Malaurie, Philippe e Fulchiron, Huges, La famille, Paris, Defrénois, 2003;

Malpique, Celeste, A Ausência do Pai, 2ª edição, Porto Alegre, Biblioteca das Ciências do Homem, Afrontamento, 1990;

Manuila, L., Manuila, A., Lewalle, P., Nicoulin, M., Dicionário Médico, Lisboa, 2003;

Marinho, Sofia, A residência alternada e as transformações na família - Uma família parental, duas casas, Lisboa, Edições Sílabo, in “S. MARINHO, & C. S. Vladimira, Uma família parental, duas casas”, 2017;

Marques, Claudia Lima, Igualdade entre filhos no Direito Brasileiro Actual – Direito pós-moderno?, Revista dos Tribunais, São Paulo, Ano 88, volume 764, Junho de 1999;

Marraccini, Eliane Michelini e Motta, Maria Antonieta, Guarda de filhos: algumas diretrizes psicanalíticas, Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 84, v.716, jun. 1995;

Marraccini, Eliane Michelini e Motta, Maria Antonieta, Determinação da guarda dos filhos: algumas diretrizes psicanalíticas, São Paulo, Revista Literária de Direito, 2006;

Martins, Rosa, Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, nº 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Martins, Rosa, Deciding on Sole or Joint Custody Rights in the Child's Best Interest, in "K. Boele-Woelki (edição), Common Core and Better Law in European Family Law, European Family Law Series nº 10, Intersentia-Antwerp", 2005;

Martins, Rosa, Poder Paternal vs autonomia da criança e do adolescente, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, I, nº 1, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

Marx and Simmel, apud Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, "The Normal Chaos of Love", 1995;

Mason, Mary Ann, The Custody Wars, Why Children are Losing the Legal Battle and What We Can Do About it, Basic Books, 1999;

Massip A., apud "Alex Weill, Droit Civil: Les personnes, La famille, les incapacités", Paris, Dalloz, 1972, 369;

Massip, Rép. Defrenois, 1982, apud "Hughes Fulchiron, Autorité Parentale et Parents Désunis", Paris, CNRS, 1985;

Matos, M. G., A saúde dos adolescentes portugueses após a recessão - Dados nacionais do estudo HBSC 2018, Lisboa, Equipa Aventura Social, in http://aventurasocial.com/publicacoes/publicacao_1545534554.pdf

Mckinnon, Rosemary e Wallerstein, Judith, Joint Custody and the Preschooler Child, Behavioral Sciences and the Law, volume 4, nº 2, 1986;

Meirelles, Jussara, O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial, in “Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”, coordenação de Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Renovar, 1998;

Melo, D. Francisco Manuel de, Carta de Guia de Casados, edição de Maria de Lurdes Correia Fernandes, Porto, Campo de Letras, 2003;

Mendes, Castro, Direito da Família, Lições policopiadas do Prof. João de Castro Mendes ao curso jurídico de 1978-1979 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, AAFDL;

Mendes, Castro, Direito da Família, Lisboa, AAFDL, 1978/79, edição revista por Miguel Teixeira de Sousa, 1990/91;

Mendes, Castro, Teoria Geral do Direito Civil, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1972/73;

Meulders-Klein, Marie-Thérèse, Conclusions – L’enfant et les conventions internationales, Enfant sujet? Enfant objet? L’enfant et les relations familiales internationales: Actes du VII^e Colloque de l’Association Famille et Droit, Louvain-la-Neuve, 19-20, octobre 2001, Jean-Louis Renchon (dir.), Bruxelles: Bruylant, 2003;

Meulders-Klein, Marie-Thérèse, Droits des enfants et responsabilités parentales: quel juste équilibre?, Vie privée, vie familiale et droit de l’homme, La personne, la famille et le droit – Trois décennies de mutations en Occident, Bruxelles/Paris: Bruylant/LGD, 1999;

Meulders-Klein, Marie-Thérèse, Internationalisation des droits de l’homme et evolution du droit de la famille: un voyage sans destination, Bruylant/LGDJ 1999;

Meulders-Klein, Marie-Thérèse, Family Law in Europe, Carolyn Hamilton and Kate Standley (ed.), London, Butterworths, 1995;

Michel, André, Sociologia da Família e do Casamento, São Paulo, Rés, s/d;

Michel, Andrée, Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines, citado por Gelásio Rocha, “Os direitos de família e as modificações das estruturas

sociais a que respeitam”, Temas de Direito da Família, Ciclo de conferências realizadas pelo Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Livraria Almedina, 1986;

Miller, David, Joint Custody, FamLQ, volume XIII, nº 3, 1979;

Miranda, Jorge, Sobre as responsabilidades parentais, RDES, Janeiro-Dezembro, Ano XXXII, 1990;

Miranda, Jorge e Medeiros, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

Mnookin, H. Robert, Child Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, Law and Contemporary Problems, Vol. 39, 1975;

Mnookin, H. Robert/Kornhauser, Lewis, Bargaining in the shadow of the law: The Case of Divorce, The Yale Law Journal, Vol. 88, 1978/79;

Monteiro, Ana Líbano, A família nas declarações internacionais dos direitos humanos, Lisboa, Direcção Geral da Família, 1991;

Monteiro, Fátima Jorge, Mulheres Agredidas pelo Marido: De Vítimas a Sobreviventes, Organizações Não Governamentais do Conselho Consultivo da Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, Lisboa, 2002;

Motta, Maria Antonieta, Guarda compartilhada – uma solução possível, São Paulo, Revista Literária de Direito, ano 2, nº 9, jan./fev., 1996;

Motta, Maria Antonieta, Guarda compartilhada – uma nova visão para novos tempos, <http://www.apase.org.br>

Muiño, Ana Seisdedos, La Pátria Potestad Dual, Servicio Editorial, Universidad del País Vasco, Argitarapen Zerbitzua, Euskal Herriko Unibertsitatea, 1988;

Müller-Freienfels, W., Les problèmes juridiques posés par les couples non mariés, 1982;

Müller-Lyer, Franz Carl, The Family, London, George Allen and Unwin, 1931;

Murray, Thomas H., Kaebnick, Gregory E., Rothstein, Mark A. and Majumder, Mary Anderlik, Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, 2005, <http://hdl.handle.net/10822/547904>

Nazareth, Eliana Riberti, Com quem fico, com papai ou com mamãe? Considerações sobre a guarda compartilhada. Contribuições da psicanálise ao direito de família. In: (Coord.). “Direito de família e ciências humanas”, Cadernos de estudos nº 1, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1997;

Nerson, De l' application de l' article 1382 du Code Civil dans les rapports entre époux, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1966;

Neto, Luísa, O Direito e a Igualdade de Género, Revista Julgar, nº 8, Maio de 2009, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

Newsweek, My Two Homes, 2008.

Nicolas, Maguin F., Marie-France, A Propôs de la Garde Conjointe des Enfants de Parents Divocés, Chronique, XXD, 1983;

Nick, Sérgio Eduardo, Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados, In: Vicente Barreto (Coord.), A nova família: problemas e perspectivas, Rio de Janeiro, Renovar, 1997;

Nielsen, L., Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research, Journal of Divorce & Remarriage, 18 de novembro de 2011;

Nolasco, Sócrates, Identidade masculina: um estudo sobre o homem de classe média. Departamento de Psicologia, PUC- RJ, 1988;

Nolasco, Sócrates, O Mito da Masculinidade, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Rocco, 1995;

Novalés, Teresa Picontó, Family Law and Family Policy in Spain, 1997, in Kurczewski Jacek;

Nunes, Vítor A. Pereira, Tratado de filiação legítima e ilegítima, 3ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1963;

Oelkers/Kasten/Oelkers, Das gemeinsorgerecht nach Scheidung in der Praxis des Amtsgerichts Hamburg – Familiengericht, FamRZ, 17/94;

Oelkers/Kasten, Zehr Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, FamRZ, 1993;

Oelkers/Kasten/Oelkers, Das gemeinsorgerecht nach Scheidung in der Praxis des Amtsgerichts Hamburg – Familiengericht, FamRZ, 17/94;

Oliveira, Guilherme de, Responsabilidade civil por violação dos deveres conjugais, [responsabilidade-civil-por-violacao-dos-deveres-conjugais-pdf](#);

Oliveira, Guilherme de, com a colaboração de Rui Moura Ramos, Manual de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Coimbra, Almedina, 2020, reimpressão;

Oliveira, Guilherme de, Transformações do Direito da Família, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

Oliveira, Guilherme de, “Precisamos assim tanto do Direito da Família? (Do “Panjurisme” iluminista ao “Fragmentarische Charakter””, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano X, n.º 19, Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2013;

Oliveira, Guilherme de, Notas sobre a eliminação do “prazo internupcial”, <http://www.guilhermedeoliveira.pt/styled/>

Oliveira, Guilherme de, Caducidade das Acções de Investigação, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, I, Direito da Família e das Sucessões, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 53; e Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 1, nº 1, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, 7 a 13;

Oliveira, Guilherme de, Direito da Criança à Continuidade das suas Relações Afetivas, Conferência Estado de Direito e Direitos Fundamentais: A Concretização dos Direitos Fundamentais pelos Tribunais, Assembleia da República, 9 de julho de 2013, Lisboa, Assembleia da República/Centro de Estudos Judiciários;

Oliveira, Guilherme de, Aspectos Jurídicos da Procriação Assistida, ROA, Ano 49, III, Dezembro, 1989;

Oliveira, Guilherme de, Um Direito da Família Europeu? (Play it Again, and Again...Europe!), in “Um Código Civil para a Europa”, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2002;

Oliveira, Guilherme de, O acesso dos menores aos cuidados de saúde, RLJ, Ano 132, nº 3898, 1999;

Oliveira, Guilherme de, O Regime do Divórcio em Portugal, A Propósito do Novo Projecto Espanhol – Um Caso de “Paralelismo Espontâneo”?, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 2, nº 4, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

Oliveira, Guilherme de, A Nova Lei do Divórcio, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, Ano 7, n.º 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

Oliveira, Guilherme de, Linhas Gerais da Reforma do Divórcio, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito de Família, Centro de Direito da Família, Ano 5, nº 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Oliveira, Guilherme de, O sangue, os afectos e a imitação da natureza, Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 5º, nº 10, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Oliveira, Guilherme de, Sobre “a residência habitual e a ocasional”, a propósito do artigo 1906º, números 3 e 5, http://ace.pt/resoures/dics/ace/publicacoes/artigo_professor_guilherme_de_oliveira20140729.pdf?title=duvidas-na-jurisprudencia-sobre-responsabilidades-parentais

Oliveira, Guilherme de, A residência alternada em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia, “Uma família parental, duas casas”, Lisboa, Edições Sílabo, 2017;

Oliveira, Guilherme, Dúvidas na jurisprudência sobre responsabilidades parentais, <http://www.advocatus.pt/opini%C3%A3o/11076-d%C3%BAvidas-na-jurisprud%C3%A2ncia-sobre-responsabilidades-parentais.html>

Oliveira, Guilherme de, Notas sobre a Residência Alternada (Considerando os projetos de lei pendentes na Assembleia da República-20201), 1 <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BIID=44028>

Oliveira, Guilherme de, Ascensão e queda da doutrina do "cuidador principal", Lex Familie, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 16º, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

Oliveira, Guilherme de, Critério Jurídico da Paternidade, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003;

Oliveira, Guilherme de, Impugnabilidade da Perfilhação, Temas de Direito da Família, 2ª edição aumentada, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

Oliveira, Guilherme de, Estabelecimento da Filiação, Coimbra, Almedina, 1ª edição, 4ª reimpressão, 1997;

Oliveira, Guilherme de, Impugnação da Paternidade, Separata do volume XX do suplemento do BFDUC, Coimbra, 1979;

Oliveira, Guilherme de, O Estabelecimento da Filiação: mudança recente e perspectivas, Temas de Direito da Família, Ciclo de Conferências do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Almedina, 1984;

Oliveira, Guilherme de, O direito da filiação na jurisprudência recente, Coimbra, s.n., 1980;

Oliveira, Guilherme de, Implicações jurídicas do conhecimento do genoma humano, Temas de Direito da Medicina, Coimbra, 2ª edição aumentada, Coimbra Editora, 2005;

Oliveira, José Lamartine Corrêa de, e Muniz, Francisco José Ferreira, Direito de família: direito matrimonial, Porto Alegre, Sérgio A. Fabris Editor, 1990;

Olivier, Christiane, Los hijos de Orestes. O la cuestión Del padre. Bueno Aires, Nueva Visión, 1995;

Ollmann, Das gemeinesame Sorgerecht nach der Scheidung und das KJHG, FamRZ, 1993;

Orea, Ramos, Separación de hecho y convivência de hecho en el matrimonio, RCDI, 1983;

Origlia, D. e Ouillon, H., L' Adolescent, Paris, Editions Sociales Françaises, 1965;

Osterrieth, Paul, A Criança e a família, tradução de Silvestre Campos, Publicações Europa-América, Lisboa, 1964;

Paradiso, Massimo, Potestà dei denitori, abuso e interesse morale e materiale della prole, Rivista di Diritto Civile, Ano LIV, nº 2 Marzo-Aprile, 2008, Cedam, Casa Editrice Dott, António Milani, Padova;

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, nº 8/91, de 16 de janeiro de 1992, BMJ nº 418, 292;

Parecer do CMS, 08 de novembro de 2018, <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626>

d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e455445
63765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738765a4449795a6a41324f445
1744d6a49775a5330304e6a64684c5

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, 10 de outubro de 2018,
<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626>
d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e455445

63765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738764d5445774e7a6c6a5a
546 7745a6a45314e5330304d7a64684c5

Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República nº 53/62, de 25-10-1962, BMJ nº 120, 177;

Parkinson, Patrick e Humphreys, Catherine, Children who witness domestic violence – the implications for child protection, *Child and Family Law Quarterly*, volume 10, nº 2, 1998;

Parseval, D. Geneviève, *A parte do pai*, Porto Alegre, L&PM, 1986;

Pearson, J., Thoennes, N., *Custody After Divorce: Demographic and Attitudinal Patterns*, *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 60, april 1990;

Pearson, Jessica e Thoennes, Nancy, *Supporting Children After Divorce: The Influence of Custody on Support Levels and Payment*, *FamLQ*, volume XXII, nº 3, 1988;

Peña, Federico Puig, *Tratado de derecho civil español*, Tomo II, volume II, 1947;

Pereira, Caio da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Volume V, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 2009;

Pereira, Rodrigo da Cunha, *A Família - Estruturação Jurídica e Psíquica*, In: Rodrigo da Cunha Pereira. (Org.). *Direito de Família Contemporâneo - Doutrina, Jurisprudência, Direito Comparado e Interdisciplinariedade*, 1ª edição, v. 1, Belo Horizonte, Del Rey, 1997;

Pereira, Rodrigo da Cunha, *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*, Belo Horizonte, Del Rey, 2006;

Pereira, Sérgio Gischkow, *Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges*, In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coord.), *Direitos de família e do menor*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992;

Pereira, Tânia da Silva, *Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental*, *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis*, a. 4, v. 5, 1998;

Pereira, Tânia da Silva, Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental: uma proposta interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2008;

Pereira, Tânia da Silva, Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 1996;

Pereira, Tânia da Silva, O Melhor Interesse da Criança: Um debate interdisciplinar, Rio de Janeiro, Renovar, 2000;

Pereira, Tânia da Silva, Abrigo e Alternativas de Acolhimento Familiar, O Cuidado como Valor Jurídico, Tânia da Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, coordenadores, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008;

Peres, Luis Filipe Lyrio, Guarda Compartilhada, <http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=353&p=2>

Perlingieri, Pietro, Perfis do Direito Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2002;

Perrot, Michele, O Nó e o Ninho, Revista Veja, 25 anos: reflexões para o futuro, São Paulo, 1993;

Pessoa, Fernando, Livro do Desassossego, nº 207, composto por Bernardo Soares, Ajudante de Guarda-Livros na Cidade de Lisboa, Richard Zenith, 3ª edição, Companhia das Letras;

Phear/Beck/Hauser/Clarck/Whitney, An empirical study of custody agreements: joint versus sole custody, The Journal of Psychiatry and Law, 1983;

Pimenta, José da Costa, Filiação, 4.ª edição, Lisboa, Livraria Petrony, 2001;

Pinheiro, Jorge Duarte, O Ensino do Direito da Família Contemporâneo, Lisboa, AAFDL, 2008;

Pinheiro, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016;

Pinheiro, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2010;

Pinheiro, Jorge Duarte, O Direito da Família, Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Edição especial, Coimbra, Almedina, 2008;

Pinheiro, Jorge Duarte, Estudos de Direito das Famílias e das Crianças, Lisboa, AAFDL Editora, 2015;

Pinheiro, Jorge Duarte, O Direito da Família Contemporâneo, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2016;

Pinheiro, Jorge Duarte, Afecto e justiça no caso concreto no direito da família: utopia ao alcance, poesia pura ou porta aberta para o caos? In: Estudos em memória do prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, Direito Privado, Processual e Criminal, Vol. II, Fernando Araújo, João Taborda da Gama, Paulo Otero (orgs), Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

Pinheiro, Jorge Duarte, Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais, https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_iduartepinheiro_ideologia_silusoes.pdf

Pinheiro, Jorge Duarte, Direito da Família e das Sucessões, Vol. I, 3ª edição, Lisboa, AAFDL, 2007;

Pinto, Carlos Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 2ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1976;

Pinto, Carlos Mota, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

Pinto, Paulo Mota, Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português, A Constituição concretizada – Construindo pontes entre o público e o privado (org. Ingo Wolfgang Sarlet), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000;

Pinto, Paulo Mota, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, *Stvdia Jvridica*, nº 40, Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra Editora, 1999;

Pitão, José António de França, *União de Facto e Economia Comum*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina;

Platão, *A República*, tradução de M. H. Rocha Pereira, 2001, 9ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian;

Polakiewicz, Marta, El derecho de los hijos a la parentalidad, *Anais do X Congreso Internacional de Derecho de Familia: El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Mendoza (AR), 20 a 24 de setembro de 1998;

Polikoff, Nancy, Custody and Visitation: Their Relationship to Establishing and Enforcing Support, *Clearinghouse Review*, volume 19, nº 3, Julho de 1985;

Pontavice, Emmanuel Du, *Droit de la Famille et droit du bonheur*, *Mélanges Voirin*, 1967;

Pooli, Joao Paulo, Problemas e desafios das pesquisas sobre a infância no contexto das ciências sociais, XXVI Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología. Asociación Latinoamericana de Sociología, Guadalajara, 2007, <https://www.aacademica.org/000-066/1709>

Porto, Margarida, O Direito a Uma Família Real, O Relevo do Consentimento dos Pais Biológicos na Constituição da Relação de Adopção, *BFDUC*, Volume LXXX, Coimbra, 2004;

Pousson, Jacqueline e Alain, *L'affection et le droit*, Editions du Centre national de la recherche scientifique, 1990;

Pratte, Marie, La garde conjointe des enfants de familles désunis, *Révue Générale de Droit*, volume XIX, nº 3, 1988;

Proença, Gonçalves de, *Direito da Família*, 3ª edição, Lisboa, Universidade Lusíada Editora, 2004;

Prosperi, Francesco, *La Familia non fondata sul matrimonio*, 1980;

Provost, “Manual da Boa Esposa”, comédia sobre a emancipação feminina, protagonizada por Juliette Binoche, num filme de agosto de 2021;

Kant, Emanuel, *Princípios Metafísicos del Derecho*, tradução de G. Lizarraga, Madrid, 1873;

Kant, *Textos Selectos*, edição traduzida, Petrópolis, Vozes, 1974;

Kantorowicz, H., *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, in “*Rechtswissenschaft und Soziologie*”, 2005;

Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie in der Nachneuzeit*, Heidelberg, 1990;

Kief, S., *Les enfants du divorce dans les principaux pays européens*, *Gaz. Pal.*, 1977;

Killerby, M., *The Council of Europe’s - Contribution to Family Law (Past, Present and Future)*, *Families Across Frontiers*, Nigel Lowe and Gilian Douglas (ed.), The Hague: Kluwer Law International, 1966, 13 e ss.; e *Family Law in Europe. Standars Set by the Member States of the Council of Europe*, *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein. Droit comparé des personnes et de la famille*, Jacqueline Pousson-Petit (org.), Bruxelles: Bruylant, 1998;

King, Michael, *Playing the Symbols – Custody and the Law* Comission, *Family Law*, volume 117, London, Her Majesty’s Stationery Office, 1987;

Klein, Melanie, *Melanie Klein Hoje*, Instituto de Psicanálise de Londres, Editor Geral: David Tuckett, *apud* “Luis Felipe Lyrio Peres, *Guarda compartilhada*”, <<http://jus.com.br/revista/doutrina/texto.asp?id=3533&p=2>>

Knöppel, G., *Zum gemeinsame Sorgerecht der Eltern nach Scheidung*, *NJW*, nº 17, 1983;

Kruk, E., *Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*, *The American Journal of Family Therapy*, Vol. 40, Issue 1, 2012;

R. L. Climepsi Editores, Lisboa, 1996; DeGowin R L, *Exame Clínico*, Alfragide, 1996, Mc Graw Hill Lda;

Ramião, Tomé d'Almeida, O Divórcio e as Questões Conexas, 3.ª edição, Lisboa, Quid Juris, 2011;

Ramião, Tomé d'Almeida, Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada, 3ª edição, Lisboa, Quid Iuris, 2018;

Ramires, Vera Regina, O exercício da paternidade hoje, Rio de Janeiro, Record/Rosa dos Tempos, 1997;

Ramón, Francisco Bonet, Compendio de Derecho Civil, Derecho de Família, volume IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid Editorial, 1961;

Ramos, Carmem Lucia Silveira, A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras, in “Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”, coordenação de Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Renovar, 1998;

Ramos, Vasco, A pluralização limitada de trajetórias familiares em Portugal, Sociologia no tematico6 Porto dez. 2016, <http://dx.doi.org/10.24747/0872-3419/soctema4>

Raymond, Guy, De la réalité du couple conjugal a la fiction de l'unité du couple parentale, Commentaire de la loi n° 87.570 du 22 juillet 1987;

Reis, Alberto dos, Processos Especiais, II, reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 1982;

Reis, Carlos David, Família e Igualdade, Rio de Janeiro, Renovar, 1992;

Reynaud, Jean-Daniel, Du Contrat Social à la Négociation Permanente, H. Mendras (ed.), La sagesse et le désordre, Paris, Gallimard, 1980;

Renucci, Jean-François, Droit européenne des droits de l'home, Paris, LGDJ, 2002;

Reportagem da Revista “Notícias Magazine”, “Com quem devem viver os filhos quando o pai e a mãe se separam?”, 2018;

Reportagem do canal televisivo SIC, “Pais à vez”, 2018;

Revel, Janine, Les conventions entre époux desunis, JCP, 1982, I;

Rheinstein, M., La famille, son evolution et son droit, in “Aspects nouveaux de la pensée juridique, Études de droit privé, de droit public et de droit comparé”, Recueil en hommage à Marc Ancel, Paris, 1974;

Ribeiro, Maria Saldanha Pinto, O Divórcio e a Guarda Conjunta, Lisboa, Centro Mãe-Criança, Associação Portuguesa de Mulheres Juristas, 1994;

Ribeiro, Maria Saldanha Pinto, Divórcio: Guarda Conjunta dos Filhos e Mediação Familiar, Proposta de Alteração Legislativa, em co-autoria com a Associação Portuguesa das Mulheres Juristas, Edições «Pé da Serra», 1999;

Ribeiro, Maria Saldanha, Sampaio, Daniel, Amaral, Jorge Augusto Pais do, Que Divórcio?, Lisboa, Edições 70, 1991;

Ricci, Isolina, Mom’s House, Dad’s House: Making two homes for your child, 1997;

Richards, CA; e Goldenberg, Joint custody: Current issues and implications for treatment, The American Journal of Family, Taylor & Francis, 1985;

Ridenti, Sandra, A desigualdade de género nas relações parentais: o exemplo da custódia dos filhos, In: Margareth Arilha e Sandra Ridenti, Benedito Medrado (Orgs.), Homens e masculinidade: outras palavras, São Paulo, Ecos Editora, 34, 1998;

Rigaux, F., Le respect de la vie familiale d’après la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l’homme, Festschrift für Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag am 2. Dezember 1976, Walter Habscheid, Hans Friedhelm Gaul und Paul Mikat (Hrsg.), Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1976;

Ripert, Georges, Le regime démocratique et le droit civil moderne, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1936;

Rocha, Gelásio, Os direitos de família e as modificações das estruturas sociais a que respeitam, Temas de Direito da Família, Ciclo de conferências realizadas pelo Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Coimbra, Livraria Almedina, 1986;

Rocha, Maria Dulce, O Superior Interesse da Criança na Perspectiva do Respeito pelos Seus Direitos, Lisboa, Instituto de Apoio à Criança, 2008;

Rocha, Maria Dulce, Adopção – Consentimento – Conceito de Abandono, Revista do Ministério Público, Ano 23º, Outubro-Dezembro de 2002, nº 92, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público;

Rocha, Patrícia, O Divórcio sem Culpa, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

Rodrigues, Hugo Leite, Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, nº 22, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;

Rothberg, Barbara, Joint custody: Parental problems and satisfactions. Family Process, 1983, 22 (1), 43–52, <https://doi.org/10.1111/j.1545-5300.1983.00043.x>

Rousseau, Jean-Jacques, Do Contrato Social, Publicações Eutopa-América, Abril de 1999;

Rubellin-Dévichi, Jacqueline, Les concubinages. Approches sócio-juridique, Edição do CNRS, I, 1986;

Rubin, Gayle, Reflexionando sobre el sexo, in Vance, C. (Org.), Placer y peligro, explorando la sexualidad feminina, México, Editorial Revolución, 1989, apud Ulrich Beck e Elisabeth Beck-Gernsheim, “The Normal Chaos of Love”, 1995;

Rubio, Santiago Catalã (coord.), Evolución del Derecho de Família en Occidente, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-la-Mancha, 2006;

Ruellan, François, A propôs de l’exercice en commun de l’autorité parentale en cas de divorce ou de séparation de corps (loi du 22 juillet 1987), ALD, 1990;

Russo, Carlo, Article 8, § 1º, in “La Convention Européenne des Droits de l’Homme: commentaire article par article, Pettiti, Decaux, Imbert (ed.)”, Paris, Economica, 1999;

Sá, Eduardo, O Poder Paternal, Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-Graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho”, Faculdade de

Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Sá, Eduardo e Silva, Fernando, Alienação Parental, Livraria Almedina, Coimbra, 2011;

Sá, Patrícia Carneiro de, Vinculação ao pai e à mãe: Contribuições Específicas para o Ajustamento Escolar em Crianças, Lisboa, Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa, 2010, 5, http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2505/1/ulfp035830_tm.pdf

Salk, L., What every child would like his parents to know, 1972, 89, in “David Miller, Joint Custody, FamLQ, volume XIII, nº 3, 1979;

Sanchez, Cabanillas, La contractación entre cónyuges, ADC, 1975;

Santoro-Passarelli, F., Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra, Atlântida, 1967;

Santos, Ana Teresa, Como se Fora seu Filho: Representação da Família e do Parentesco em Processos de Adopção em Portugal, Lisboa, ICS. Sousa, 2000;

Santos, Boaventura Sousa, O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico, Conflito e Transformação Social, Uma Paisagem das Justiças de Moçambique, 1º volume, Boaventura de Sousa Santos e João Carlos Trindade, Porto, Afrontamento, 2003;

Santos, Eduardo dos, Direito da Família, Coimbra, Almedina, 1999;

Saraceno, Chiara, Sociologia da Família, Lisboa, Editorial Estampa, Lda, 1997;

Savatier, René, Le droit, l’amour et la liberté, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1963;

Sbisà, Giuseppe, Appunti sulla Riforma del diritto di famiglia, nº 18, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1976, in Appendice ao Novíssimo Digesto Italiano;

Schahl, Claude O. F.M., La doctrine dès fins du mariage dans la théologie escolastique, Collection des Etudes de Science Religieuse, VI, Paris, Editions franciscaines, 1948;

Schulmann, Joane/Pitt, Valerie, Secound Thoughts on Joint Child Custody: Analysis of Legislation and Its Implications for Women and Children, in “Jay Folberg Editor, Joint

Custody and Shared Parenting, The Association of Family and Conciliation Courts, Loan Item, 1984;

Scillière, Ernest, Les origines romanesques de la morale et de la politique romantiques, Paris, La Renaissance du Livre, 1920, 163, citando Scudéry, in “Artamène”;

Scott, Elizabeth/Derdeyen, André, RethinKing Joint Custody, Ohio State Law Journal, volume 45, 1984;

Scott, Joan Wallach, Entrevista com Joan W. Scott, Revista Estudos Feministas, Mirian Grossi e Maria Luiza Heilborn, RIAL, Carmem, Rio de Janeiro (IFCS/UFRJ), volume 8, nº 1, 1998;

Scott, Joan Wallach, Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e realidade, Porto Alegre, 1990;

Segalene, Martine, Sociologia da Família, Lisboa, Terramar, 1996;

Serra, Vaz, RLJ, Ano 103º, 560;

Serra, Vaz, Provas, BMJ, nºs 110 a 112, nº 17;

Serra, Vaz, Provas, BMJ, nº 112, 128;

Sesta, Michele, As Transformações do Direito de Família Italiano no Quadro da Evolução dos Ordenamentos Europeus, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXVIII, 2002;

Silva, Gomes da, Curso de Direito de Família, Tomo I, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1954, 38 e 39, citando Jacques Leclerq, Leçons de droit naturel, III, La famille (Collection Etudes morales, sociales et juridiques), 3e éd., revue et corrigé;

Silva, Joaquim Manuel, A família das crianças na separação dos pais: A guarda compartilhada, Lisboa, Petrony, 2016;

Silva, Paulo Lins e, apud “Martha Mendonça, Quando a separação não é um trauma”, Época, Editora Globo, SA, São Paulo, nº 349, janeiro de 2005;

Silveira, José dos Santos, *Investigação de Paternidade Ilegítima*, Coimbra, Atlântida, 1971;

Simioni, Fabiane, *A guarda compartilhada: uma proposta de constituição de novos paradigmas para as relações parentais e de gênero*, São Leopoldo, Unisinos, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Monografia de Conclusão, 2001;

Simões, Ricardo, *Residência Alternada: da lenda urbana à realidade social*, 2017, <http://familiacomdireitos.pt/residencia-alternada-da-lenda-urbana-a-realidade-social/>

Soares, Isabel (coordenação), *Relações de vinculação ao longo do desenvolvimento: Teoria e avaliação*, Braga, Psiquilíbrios, 2007;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, *A Situação das Mulheres e das Crianças 25 Anos Após a Reforma de 1977, Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977, I*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, *Exercício do Poder Paternal relativamente à Pessoa do Filho após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens*, Estudos e Monografias, Porto, Universidade Católica Portuguesa- Editora, 1995;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2002;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, *Exercício do Poder Paternal: estudos e monografias*, 2ª edição, Lisboa, Universidade Católica, 2003;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4ª edição, Revista, Aumentada e Actualizada, Coimbra, Almedina, 2005;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4ª edição, revista, aumentada e actualizada, 3ª reimpressão da 4ª edição de 2002, Coimbra, Almedina, 2008;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, revista, aumentada e actualizada, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, O poder paternal como cuidado parental e os direitos da criança, in “Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A Função dos Juízes Sociais, Actas do Encontro”, coordenação de Maria Clara Sottomayor, Fundação para o Desenvolvimento Social do Porto/Universidade Católica Portuguesa – Porto, Coimbra, 2003;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus relação afectiva, Volume Comemorativo dos 10 anos do Curso de Pós-Graduação – Protecção de Menores – Prof. Doutor F. M. Pereira Coelho, Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, A Nova Lei da Adopção, Direito e Justiça, XVIII, T II, 2004;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, Quem são os «verdadeiros» pais? Adopção plena de menor e oposição de pais biológicos, Direito e Justiça, Volume XVI, Tomo I, 2002;

Sottomayor, Maria Clara Pereira, Adopção ou o direito ao afecto, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-11-2004, Revista 04A3795, www.dgsi.pt, Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, nº 301, Janeiro/Março de 2005, Braga, 2005;

Sottomayor, Maria Clara e Tomé, Maria João, Direito da Família e Política Social, Actas do Congresso Internacional, organizado de 1 a 3 de Outubro de 1998, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, Maria Clara Sottomayor e Maria João Tomé (org.), Porto, Publicações Universidade Católica, 2001, citando Carol S. Bruch, Public Policy and the Relocation of Custodial Households in the United States;

Sousa, Marcelo Rebelo de e Alexandrino, José de Melo, Constituição da República Portuguesa Comentada, Lisboa, Lex, 2000;

Sousa, Miguel Teixeira de, O Regime Jurídico do Divórcio, Coimbra, Almedina, 1991;

Sousa, Rabindranath Capelo de, *Teoria Geral do Direito Civil, I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

Spaht, Katherine Shaw, *Louisiana's Covenant Marriage: Social Analysis and Legal Implications*, *Louisiana Law Review*, volume 59, nº 1, 1998;

Starmer, Keir, *European human rights law: the human rights act 1998 and the European Convention on Human Rights*, London, Legal Action Group, 1999;

Steinman, Susan/Zemmelman, Steven/Knoblauch, Thomas, *A Study of Parents who sought Joint Custody Following Divorce: Who Reaches Agreement and Sustains Joint Custody and who Returns to Court*, 24 *J. Am. Acad. Child Psychiatry* apud Doreen Dodson, 1985;

Stiles, Julie A., *Nineteenth-Century Child Custody Reform: Maternal Authority and Development of the «Best Interests of the Child»*, *Standard, Probate Law Journal*, vol. VI, 1984;

Stratz, *Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochen Familie*, *FamRZ* 1975;

Strenger, Guilherme Gonçalves, *Guarda de Filhos*, São Paulo, LTr, 1998;

Sudre, Frédéric, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002;

Sudre, Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005;

Sudre, Frédéric, *Rapport Introductif – La «construction par le juge européen du droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 2002;

Sugarman, Stephen D., *Single-Parent Families*, in *“All Our Families”*, Edited by Mason, M. A./Skolnick, A./Sugarman, S. D., Oxford University Press, 1998;

Surault, P., *Les transformations du modèle familial et de ses fonctions socio-economiques*, *Le droit non civil de la famille*, Poitiers, PUF, 1983;

Taborda, Maria da Conceição, e Ataíde, Maria do Rosário, Conflito parental e regulação do exercício do poder paternal: Da perspectiva jurídica à intervenção psicológica, *Psicologica*, nº 26, Faculdade de Psicologia e de Ciências Sociais da Universidade de Coimbra, 2001;

Tamania, N., Il matrimonio tra consenso e contrato, in Agopik Manoukian, “Famiglia e matrimonio nel capitalismo europeo”, 1974;

Taylor, Henry Osborn, *The Medieval Mind*, 4ª edição, Harvard University Press (Cambridge, MA), I, 1962;

Teixeira, Ana Carolina Brochado, *Família, Guarda e Autoridade Parental*, São Paulo, Renovar, 2005;

Tejedor A., *El Síndrome de Alienación Parental*, Madrid, Editorial EOS, 2006;

Tendler, R., *Les pactes de separation amiable*, D. 1979;

Tepedino, Gustavo, As relações de consumo e a nova teoria contratual, in “Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo”, coordenação de Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro, Renovar, 1998;

Tepedino, Gustavo, A disciplina civil-constitucional das relações de família, in “Direitos de família e do menor”, coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira, 3ª edição, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, *BuscaLegis.ccj.ufsc.br*, 48;

Three Meanings of Parenthood, Genetic Ties and the Family, USA, 2005;

Théry, Irène, *La référence à l'intérêt de l'enfant, Du Divorce et des Enfants*, Travaux et Documents, Cahier nº 111, PUF, 1985;

Thoennes, Nancy/Tjaden, Patricia/Pearson, Jessica, *The Impacto of Child Support Guidelines on Award Adequacy, Award Variability, and Case Processing Efficiency*, *Family Law Quarterly*, volume XXV, nº 3, 1991;

Togneri, R. de, *Historia de las familias en Castilla y Leon (siglos X-XIV)*, Cuadernos de Historia de Espana, XLV-XLVI, 1966;

Torrado, Susana (Directora) et ali (2005), Trayectorias nupciales, famílias ocultas, Argentina, Miño y Dávila; José Ignacio Alonso Pérez, El Reconocimiento de las Uniones no Matrimoniales en la Unión Europea – Análisis de Las Leyes Autonómicas en Vigor, Barcelona, Bosch Editor, 2007;

Toubert, Les structures du latium médiéval, Annales, Duby Georges, 1976;

Trabucchi, Alberto, Istituzioni di diritto civile, 36ª edição, Padova, 1995;

Trabucchi, Alberto, Morte della famiglia o famiglia senza famiglia?, RDC, 1988;

Trabucchi, Alberto, Famiglia e Diritto nell' orizzonte degli anni' 80, RDC, T1, 1988;

Tupinambá, Roberta, O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares, O Cuidado como Valor Jurídico, Tânia Silva Pereira e Guilherme de Oliveira, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1ª edição, 2008;

Turunen, J., Shared physical custody and Children's Experience of Stress. Stockholm, Family and Societies, Working Paper Series, <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>

Uccella, Fulvio, Persona e Famiglia, Cedam, 1980;

Uccella, P., Persona e Famiglia, IV, La Tutela Giudiziaria della Famiglia, e V, L' intervento pubblico per la famiglia: Diritto positivo vigente e proposte de jure condendo, 1980;

Varela, Antunes, O movimento de descodificação do direito civil, in "Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário", Rio de Janeiro, Forense, 1984;

Varela, Antunes, Direito da Família, Lisboa, Livraria Petrony, 1982, 2ª edição de 1987;

Varela, Antunes, Direito da Família, 1º volume, 4ª edição, revista e actualizada, Lisboa, Livraria Petrony Lda, 1996;

Varela, Antunes, Direito da Família, I, 5ª edição, revista, actualizada e completada, Lisboa, Livraria Petrony, 1999;

Varela, Antunes, *Noções Fundamentais de Direito Civil, II, 3ª edição, segundo as lições do Prof. Doutor Fernando Pires de Lima ao 1º ano da Faculdade de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, Lda, 1955;*

Varela, Antunes, *RLJ, 116º, 314;*

Vasconcelos, Ana, *Do cérebro à empatia. Do divórcio à Guarda Partilhada com Residência Alternada, A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança, Tomo I, julho 2014, Ebook CEJ, 11;*

Veiga, António Miguel, *Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento), RPCC, Ano 19 (2009);*

Veloso, Zeno, *Direito Brasileiro da Filiação e da Paternidade, São Paulo, Malheiros, 1997;*

Velu, J., *A propôs de l’ autorité jurisprudentielle dès arrêts de la Cour européenne dès droits de l’homme: vues de droit comparé sur les évolutions en cours, Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993;*

Vercellone, Paolo, *Principio di Parità Tra Coniugi e Potestà dei Genitori, Trattato di Diritto di Famiglia, diretto da Paolo Zatti, Volume II, Filiazione, a cura di Giorgio Collura/Leonardo Lenti/Manuela Mantovani, Milão, Dott., A. Giuffrè Editore, 2002;*

Vilella, João Baptista, *A Desbiologização da Paternidade, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Ano XXVII, nº 21, 1979;*

Villa, Carlos Solis, *Notas Sobre el Ejercicio de la Representacion Legal de los Hijos, La Reforma del Derecho de Famiglia, Sevilla, Universidad Hispalense, 1982;*

Xavier, Rita Lobo, *Responsabilidades parentais no séc. XXI, Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família, nº 10, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;*

Wall, Karin, Aboim, Sofia e Cunha, Vanessa, A Vida Familiar no Masculino, Negociando Velhas e Novas Masculinidades, Coleção Estudos, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Lisboa, Editorial do Ministério da Educação, 2010;

Wallerstein, Judith, apud “Frederico Mendonça Telho, Guarda Compartilhada: prevalência dos interesses da criança e do adolescente e da unidade familiar, 2001;

Wallerstein, Judith/Kelly, Joan, Surviving the Breakup, How Children and Parents Cope with Divorce, Basic Books, 1980, <http://isni.org/isni/0000000081180330>, ©1980, Books/Journals

Wallerstein, Judith e Blakelee, Sandra, Second Chances, Men, Women and Children a Decade after Divorce, Ticknor & Fields, New York, 1989, <http://id.lib.harvard.edu/alma/990015989510203941/catalog>.

Wallerstein, Judith, Lews, J. e Blakelee, Sandra, The Unexpected Legacy of Divorce, A 25 year Landmark Study, U.K., 2002;

Wallerstein, S. Judith, Kelli, B. Joan, Sobrevivendo à separação: como pais e filhos lidam com o divórcio, Porto Alegre, Artes Médicas, 1998;

Wallerstein, S. Judith, Johnston, Janet, Children and Divorce: Recent Findings Regarding Long Term Effects and Recent Studies of Joint Custody and Sole Custody, Pediatrics Review, volume 11, nº 7, 1990;

Walker, Lenore, The Battered Woman, New York: Harper and Row, 1979;

Walker, Lenore, A Critical Analysis of Parental Alienation Syndrome and It's Admissibility in the Family Court, Journal of Child Custody, 2004;

Warshak, Richard, Social science and parenting plans for young children: A consensus report, Psychology, Public Policy and Law, 20, fevereiro de 2014; <https://sharedparenting.wordpress.com/2014/05/22/45/>

Weill, Alex, Droit Civil, Tomo I, volume 2, nº 93, Paris, Dalloz, 1972;

Weitzman, J. Lenore, The Divorce Revolution, Journal of Comparative Family Studies, University of Toronto Press, <https://www.jstor.org/stable/41601424>

Wellman B., Depoimento Pessoal colhido na Internet, e-mail de junho de 1996; depoimento de Karen DeCrow, DeCrow, 1994;

Welsh-Olga B., The Effects of Custody Arrangements on Children of Divorce, Doctoral Thesis, University of South Dakota, 1981;

Welter, Belmiro Pedro, Inconstitucionalidade do Processo de Adoção Judicial, publicado em 25 de Setembro de 2005, http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=611

Westman, Jack, Joint Custody from the child's point of view, in "Joint Custody, A handbook for judges, lawyers, and counselors, The Association of Family Courts, May 1979;

Wiking, Meik, Presidente do Happiness Research Institut, O Livro do Lykke, Os Segredos das Pessoas mais felizes do Mundo, Edições Zero a Oito, 2017;

Wooley, Persia, Shared Parenting Arrangements, in "Joint Custody and Shared Parenting, Jay Folberg Editor, The Bureau of National Affairs, Inc., The Association of Family and Conciliation Courts, 1984;

Zakabi, Rosana, Revista Veja, de 23 de Maio de 2007;

Zatti, Paolo, Trattato di Diritto di Famiglia, II, Milano, Giuffré, 2002;

Zatti, Paolo, I diritti e i doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, Trattato do Diritto Privato, de P. Rescigno, T3, 1989;

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

(Por ordem de entrada no texto)

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27-5-1970, BMJ, nº 197, 235;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-03-2011, Revista nº 252-A/20002.L1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 11-10-94, CJ, Ano XIX (1994), T4, 209;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 181/97, de 5-3-1997, www.tribunalconstitucional.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04, de 31-3-2004, www.tribunalconstitucional.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12-2003, Pº nº 1832/03-2, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04, de 31-03-2004, Pº nº 807/99, DR n.º 122/2004, Série I-A de 2004-05-25;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14-11-2013, CJ, Ano XXXVII (2013), T5, 255;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22-06-1973, BMJ nº 229, 240;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-01-1978, CJ, Ano III (1978), T1, 250;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24-05-2018, CJ, Ano XLIII (2018), T3, 348;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05-07-2000, CJ, Ano XXV (2000), T4, 79;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de Dezembro de 1963, RIJ, 37º;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Março de 1966, RIJ, 45º;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5 de Julho de 1974, BMJ, nº 234º, 232;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-12-2007, CJ, Ano XXXII (2007), T5, 118;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30-09-2003, Apelação nº 2673/03-1, não publicado;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-1-1976, CJ, Ano I (1976), T1, 183;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-09-2002, Agravo nº 2227/02, 2ª secção, Sumários de Acórdãos do STJ;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-9-2012, CJ, Ano XXXVII (2012), T4, 265;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-07-1998, Pº nº 0032781, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 06-06-1995, Pº nº 1535/94, PR 124-94, não publicado;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-06-2001, Pº nº 0120344, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-05-2009, Pº nº 530/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09-12-2004, CJ, Ano XXIX (2004), T5, 108;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03-02-2011, CJ, Ano XXXVI (2011), T1, 204;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-09-2012, Ano XXXVII (2012), T4, 265;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6-6-1995, Pº nº1535/94, não publicado;

Sentença do Tribunal de Família e de Menores de Coimbra, de 23-7-1994, não publicada;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4-7-2013, Revista nº 388/06.OTBSTR.C1.S1, 7ª seção, Sumários de Acórdãos do STJ;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 03-02-2009, Pº nº 08A3806, CJ, Ano XVII (STJ), 2009, T1, 81 e www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 26-3-98, BMJ nº 475, 798;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-2-2003, CJ, Ano XXVIII (2003), T1, 186;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30-11-2004, Apelação nº 3404/04-1, não publicado;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-02-2015, CJ, Ano XL (2015), T1, 293;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-5-2000, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-05-2009, Pº nº 530/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-12-2006, Pº nº 8506/2006-6, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 4-05-2010, Pº nº 1014/08.8TMCBR-A.C1;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-12-2007, Pº nº 9204/2007-2, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 2-11-2006, Pº nº 1677/06-2, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-07-2010, Revista nº 870/09.7TBCTB.C1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-02-2007, Pº nº 705/2007-7, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-05-2006, Pº nº 30/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-9-2010, Processo nº 870/09.7TBCTB.C1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-12-2006, Pº nº 3456/2006-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-02-2003, Pº nº 673/2003-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6-2-2007, Pº nº 705/2007-7, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-10-2010, Processo nº 134/04.2TBOVR-C, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-9-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 305;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7-8-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 304;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 6-10-2015, Processo nº 1009/11.4TBFIG-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-02-2015, Processo nº 1463/14.2TBCSC.L1-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13-5-2014, Processo nº 5253/12.9TBVFR-A.P1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-5-2013, Processo nº 1297/12.9TBRR.L1-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-12-2006, Processo nº 3456/2006-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-01-2001, CJ, Ano IX (STJ), T1, 69;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 02-06-2011, CJ, Ano XXXVI (2011), T3, 246;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-05-2009, Pº nº 530/07.3TBCVL-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-5-2012, Pº nº 1900/05.7TBSXL-E.LIS-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-12-2012, Pº nº 1608/07.9TBCSC.L1-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-06-2012, Pº nº 2526/11.1TBBRR.L1-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-3-2013, Processo nº 3500/10.0TBBRR, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-5-2013, Processo nº 1297/12.TBRR, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-01-2014, Pº nº 6098/13.4TBSXL-B.L1-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-12-2015, Pº nº 6001-11.6TBCSC.L1-6, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-06-2016, Pº nº 3850/11.9TBSTS-A.P1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 7-8-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 304;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-9-2017, CJ, Ano XLII (2017), T4, 305;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24-10-2017, Pº nº 273/13.9TBCTB-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30-1-2018, CJ, Ano XLIII (2018), T1, 306;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22-3-2018, Pº nº 297/15.1T8PTM-C.E1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7-6-2018, Pº nº 4505/11.OTBPTM-E1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-09-2018, Pº nº 835/17.5T8BSXL-2, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 6-2-2007, Pº nº 705/2007-7, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14-2-1995, Pº nº 9450643, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 23-02-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30-04-1992, Pº nº 9210008, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-06-1993, Pº nº 0039786, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19-03-2002, Pº nº 368/2002-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 23-02-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255;

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 23-2-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-2-1994, Processo nº 0071612, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-1-1996, Processo nº 0004411, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-5-1987, BMJ nº 367, 564;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9-6-2009, CJ, Ano XXXI (2009), T3, 106 a 110;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-1-1999, CJ, Ano XXIV (1999), T1, 78 a 81;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-3-2008, Processo nº 830/2008-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09-06-2009, CJ, Ano XXXIV (2009), T3, 106;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-02-1994, Pº nº 0071621, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09-01-1996, Pº nº 0004411, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30-04-1992, Pº nº 9210008, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30-04-1992, Pº nº 9210008, www.dgsi.pt,

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19-03-2002, Pº nº 368/02-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 23-02-1989, CJ, Ano XIV (1989), T1, 255;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4-10-2007, Processo nº 5221/2007-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22-2-2007, Processo nº 1191/2007-2, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-12-1990, Pº nº 0035721, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23-4-1991, Pº nº 0032911, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-09-2012, Pº nº 3744/06.0TBCSC.L1-7, www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25-2-1993, Pº nº 0069872, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2-6-2009, Processo nº 810/08.0TBCTB.C1 www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12-10-2004, Pº nº 2265/04, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17-5-2007, Pº, nº 07B1362, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-01-2006, Pº nº 0537114, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3-12-1996, Processo nº 9420572, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-1-1999, CJ, Ano XXIV (1989), T1, 78 a 81;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-3-1978, CJ, Ano III (1978), T2, 439;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13-3-2008, Pº nº 830/2008-8;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2-12-2010, Pº nº 526/08.8TBRR.L1-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-10-2009, Pº nº 526/08.8TBRR.L1-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20-10-2005, Pº nº 8552/2005-6, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 1-4-2004, Pº nº 2476/2004-6, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-11-2006, Pº nº 0635220, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-6-2008, Pº nº 0833981, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-10-2008, Pº nº 0822204, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4-2-2010, Pº nº 1110/05.3TBSCD.C2.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 26-01-2010, Pº nº 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 27-09-2007, Pº nº 1599/07-2, www.dgsi.pt

Decisão do Tribunal Judicial da Comarca de Fronteira, citada por Maria Clara Pereira Sottomayor, Síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização, Julgar,

Edição da Associação Sindical dos Juizes Portugueses, Janeiro-Abril de 2011, Coimbra, Coimbra Editora;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-12-2009, Pº nº 88/2002.L1-7, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08-07-2008, Pº nº 5895/2008-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 12-1-2017, Pº nº 996/16.0T8BCL-D.G1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-6-2012, Pº nº 33/12.4TBRR-L.1-8, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-10-2013, Pº nº 5358/11.3TBSXL-8;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 9-7-2014, CJ, Ano XXXIX (2014), T3, 229;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-9-2012, CJ, Ano XXXVII (2012), T4, 265;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 14-01-2014, Pº nº 1288/07.1TBAMD-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-07-2012, Pº nº 1796/08.7TBCTB-A.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 11-04-2012, Pº nº 612/09.7TMFAR.E1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-02-2015, CJ, Ano XL (2015), T1, 293;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14-01-1992, Pº nº 9140574, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-02-1991, Pº nº 0409944, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 2-11-1994, CJ, Ano XIX, T5, 34;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30-01-1990, Pº nº 0200897, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-01-1994, Pº nº 0071992, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 06-02-1992, Pº nº 0039666, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16-01-1997, Pº nº 0000642, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06-11-1990, Pº nº 0000642, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 19-04-1988, CJ, Ano XIII (1988), T2, 67;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-10-1972, BMJ nº 220, 113;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 105/90, de 29-03-1990, BMJ nº 395, 185;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9-2-2012, Revista nº 819/09.7TMPRT.P1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 16-11-89, BMJ nº 391, 702;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-1-78, CJ, Ano III (1978), T1, 250;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31-01-2006, Apelação nº 4027/05-1, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04-03-2008, CJ (STJ), Ano XVI, T1, 143;

Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-06-1983, DR, de 27-8-1983, BMJ nº 328, 297;

Assento do Supremo Tribunal de Justiça, nº 4/83, de 21 de junho de 1983, DR n.º 197/1983, Série I, de 1983-08-27, BMJ nº 328, 297, e RLJ, 116º, 314, com anotação de Antunes Varela.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-9-2010, Processo nº 495/04.3TBOR.C1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional, nº 473/07, de 28-11-2007, Processo nº 589/2007, DR, IIª série, de 18 de janeiro de 2008, 2519 a 2525;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2010, Pº nº 144/07.8TBFVN.C1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 06-11-2018, Pº nº 2790/16.0T8VFX.L1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-9-2003, Pº nº 2505/03, 6.ª Secção, Sumários de Acórdãos do STJ;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18-4-2002, Pº nº 737/02, 2.ª Secção, Sumários de Acórdãos do STJ;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-5-98, Pº nº 244/98, 1.ª Secção, Sumários de Acórdãos do STJ;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16-1-1971, BMJ nº 209, 153;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6-2-1953, BMJ nº 35, 333;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2010, Revista nº 144/07.8TBFVN.C1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 6-11-1968, JR, 14º, 967;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-11-2004, Revista nº 04A3795, Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, 2005, nº 301, Janeiro/Março de 2005, Braga, 2005, 123;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 13-02-2007, Pº nº 1337/05.8TBVNO.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25-03-2010, Pº nº 144/07.8TBFVN.C1.S1, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-1-1970, BMJ nº 193, 385;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 28-01-2004, CJ, Ano XXIX (2004), T1, 279;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-4-1967, JR, 2º, 411;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-5-1998, Pº nº 98B334, www.dgsi.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 6-7-1962, BMJ nº 119, 471;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12-7-1963, BMJ nº 129, 499;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-2-1960, JR, 1º, 64;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 15-3-1957, JR, 2º, 388;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21-5-1998, Pº nº 98B334, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12- 2003, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 320/00, de 21-7-2000, Pº nº 135/2000, www.tribunalconstitucional.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-11-2000, CJ, Ano XXV (2000), T5, 82;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 181/97, de 5-3-1997, Pº nº 402/96, www.tribunalconstitucional.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 470/99, de 14-7-1999, Pº nº 535/98, www.tribunalconstitucional.pt

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-11-2004, Pº nº 04A3795, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 26-06-1999, Pº nº 1181/07 -1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 25-09-2007, Sumários de Acórdãos da Relação de Coimbra;

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24-04-2008, Pº nº 864-08-2, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, Pº nº 95/17, de 24-4-2018, DR n.º 87/2018, Série I, de 7-5-2018;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 465/2019, de 18 de setembro, proferido no processo nº 829/2019, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-11-2004, Revista nº 04A3795, www.dgsi.pt e Scientia Iuridica, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIV, nº 301, Janeiro/Março de 2005, Braga, 2005, 129;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30-11-2004, Revista nº 04A3795, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 26-2-2008, Processo nº 50031-B/2000.C1, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31-01-2002, CJ, Ano XXVII (2002), Tomo I, 95 e 96;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-01-1991, Pº nº 0225403, www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, Pº nº 0635220, de 23-11-2006, www.dgsi.pt

Sentença do 4º Juízo, 1ª secção, do Tribunal Judicial de Coimbra, de 23-02-1989, Pº nº 439/88, confirmada por Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, não publicado;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 609/07, de 11-12-2007, Processo nº 563/2007, publicado no DR, IIª série, de 7 de março de 2008;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, Pº nº 95/17, de 24-4-2018, DR n.º 87/2018, Série I, de 7-5-2018;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 465/2019, de 18 de setembro, proferido no processo nº 829/2019, acessível em <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20190465.html>

JURISPRUDÊNCIA COMUNITÁRIA

(Por ordem de entrada no texto)

Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, A 112, § 72, www.coe.int Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, A 290, § 50, www.coe.int

Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27 de outubro de 1994, A 297-C, §32, www.coe.int

Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandi c. Reino Unido, de 28 de Maio de 1985, A 94, § 62, www.coe.int;

Decisão da Comissão, de 6 de Janeiro de 1992, sobre a queixa nº 18643/91 de Josefa Benes c. Áustria, www.coe.int;

Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandi c. Reino Unido, de 28 de maio de 1995, A 94, § 62, www.coe.int

Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, A 290, § 44, www.coe.int

Acórdão Marckx c. Bélgica, de 13 de junho de 1979, A 31, www.coe.int

Acórdão McMichael c. Reino Unido, de 24 de fevereiro de 1995, A 307-B, www.coe.int

Acórdão Kroon e outros c. Holanda, de 27 de outubro de 1994, A 297-C, www.coe.int

Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, R97-II, www.coe.int

Acórdão Chapman c. Reino Unido, de 18 de janeiro de 2001, R01-I, www.coe.int

Acórdão Lebbink c. Holanda, de 1 de junho de 2004, R04-IV, § 37, www.coe.int

Decisão de 3-10-1983 (G. and E. v. Noruega), D.R. 35

Acórdão Rieme c. Suécia, de 22 de abril de 1992, A 226-B, § 70, www.coe.int

Acórdão Johnston e outros c. Irlanda, de 18 de dezembro de 1986, A 112, §§ 56 e 72, www.coe.int

Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 22 de abril de 1997, R 97-II, www.coe.int

Acórdão Johnston e Outros c. Irlanda, de 27 de outubro de 1994, A 297-C, § 40, www.coe.int

Acórdão Keegan c. Irlanda, de 26 de maio de 1994, A 290 § 45, www.coe.int

Acórdão Elsholz c. Alemanha, de 13 de julho de 2000, R00-Viii, § 44, www.coe.int

Acórdão Berrehab c. Holanda, de 21 de junho de 1988, A 138, § 21, www.coe.int

Acórdão X. Y. e Z. c. Reino Unido, de 18 de dezembro de 1986, A 112, www.coe.int

Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27 de outubro de 1994, A 297-C, www.coe.int

Acórdão Emonet e Outros c. Suíça, de 13 de dezembro de 2007, A 112, www.coe.int

Acórdão Gül c. Suíça, de 19 de fevereiro de 1996, R96-I, www.coe.int

Acórdão Haas c. Holanda, de 13 de janeiro de 2004, R04– I, www.coe.int

Acórdão LebbinK c. Holanda, de 1 de junho de 2004, R04 – IV, www.coe.int

Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998, R98-VII, www.coe.int

Acórdão S.H. e Outros c. Áustria, de 1 de abril de 2010, A 112, www.coe.int

Decisão da Comissão, de 8 de fevereiro de 1993, sobre a queixa nº 16944/90 de J.R.M. c. Holanda, www.coe.int

Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, R97 – II, www.coe.int

Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27 de outubro de 1994, A 297-C, www.coe.int

Acórdão Emonet e Outros c. Suíça, de 18 de dezembro de 2007, www.coe.int

Acórdão Gül c. Suíça, de 19 de fevereiro de 1996, R96-I, www.coe.int

Acórdão Lebbink c. Holanda, de 1 de junho de 2004, R04-Iv, § 37, www.coe.int

Acórdão K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, R01 – VII, §§ 149 e 150, www.coe.int

Acórdão Pini, Bertani e outros c. Roménia, de 22 de junho de 2004, R04-V, §§ 146 e 148, www.coe.int

Acórdão Kroon e Outros c. Holanda, de 27 de outubro de 1994, A 297-C, www.coe.int

Acórdão Shofman c. Rússia, de 24 de Novembro de 2005, www.coe.int

Acórdão Phinikaridou c. Chipre, de 20 de Dezembro de 2007, www.coe.int

Decisão sobre a admissibilidade da queixa nº 27110/95, de 29 de junho de 1999, de Nylund c. Finlândia, www.coe.int

Acórdão Yousef c. Holanda, de 5 de novembro de 2002, R02-VIII, www.coe.int

Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28 de outubro de 1998, www.coe.int

Acórdão Eski c. Áustria, de 25 de janeiro de 2007, www.coe.int

Acórdão Chepelev c. Rússia, de 26 de Julho de 2007, www.coe.int

Decisão de 3 de dezembro de 2005, sobre a queixa nº 64848/01 de Kuijper c. Holanda, www.coe.int

Acórdão K. e T. c. Finlândia, de 12 de julho de 2001, R01-VII, §§ 149 e 150, www.coe.int

Decisão de 19 de maio de 1992, sobre a queixa nº 15666/89 de Kerkhoven e Hinke c. Holanda, www.coe.int

Acórdão E.B. c. França, de 22 de janeiro de 2008, www.coe.int

Acórdão Frétté c. França, de 26 de fevereiro de 2002, RO2-I, www.coe.int

Acórdão Schalk e Kopf c. Áustria, de 24 de junho de 2010, www.coe.int

Acórdão X., Y. e Z. c. Reino Unido, de 22 de abril de 1997, R97 – II, www.coe.int

Decisão da Comissão, de 8 de fevereiro de 1993, sobre a queixa nº 16944/90 de J.R.M. c. Holanda, www.coe.int

Acórdão Christine Goodwin c. Reino Unido, e Acórdão I. c. Reino Unido, ambos de 11 de julho de 2002, www.coe.int

Acórdão Christine Goodwin c. Reino Unido, e Acórdão I. c. Reino Unido, ambos de 11 de julho de 2002, www.coe.int

Acórdão de 13 de junho de 1979, no caso Marccks contra Bélgica, Processo nº 6833/74, www.coe.int;

Acórdão de 29 de junho de 1999, no caso Nylund contra Finlândia, Processo nº 27110/95, www.coe.int

Acórdão de 28 de maio de 1985, no caso Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra Reino Unido, Peocessos nºs 9214/80, 9473/81 e 9474/81, www.coe.int

Nylund v. Finland, Recurso nº 27110/95, TEDH, 1999-VI, www.coe.int

Lebbink v. The Netherlands, Recurso nº 45582/99, TEDH, de 1-09-2004, www.coe.int

Pini and others v. Romania, Recursos nº 78028/01 e nº 78030/01, TEDH, de 22-09-2004, www.coe.int

Görgülü. v. Germany, Recurso nº 74969/01, TEDH, de 26-05-2004, www.coe.int

K. and T. v. Finland, Recurso nº 25702/94, TEDH, de 27-04-2000, www.coe.int

Hokkanen v. Finland, Recurso nº 19823/92, TEDH, de 23-09-1994, www.coe.int

JURISPRUDÊNCIA DO BRASIL

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70022853089, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de dezembro de 2012, nº 1281093/SP, Terceira Turma, [www.http://stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70018765628, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70031164676, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70029363918, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível nº 292.657.4/9, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Cível nº 1.0382.06. 064486-3/001, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 30-09-2010, Apelação Cível com Revisão nº 643294-4/4-00, <http://www.tj.sp.gov.br/>

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 13-06-2007, Apelação Cível nº 70018506303, <http://www.tjrs.br/site/>

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – Recurso Especial nº 140.479, de 1998, www.stj.jus.com.br

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp 40.690, www.stj.jus.com.br

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp 1690, www.stj.jus.com.br

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp833.712 – em 17.05.2007, www.stj.jus.com.br

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp932.692 – 2008, www.stj.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 700009804642, ano de 2005, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 70006979538, de 5-11-2003, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Embargos Infringentes nº 599277365, de 10-09-1999, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Apelação cível nº 1.0672.00.029573-9/001 (1), ano de 2007, www.tjrs.jus.com.br

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça – RESp878.941, de 2008, www.stj.jus.com.br

JURISPRUDÊNCIA ALEMÃ

Acórdão do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão).

