



Universidade do Minho
Escola de Direito

**Da guarda conjunta na regulação do exercício das
responsabilidades parentais**

Rita Andreia Gomes Ferreira Barroso

**Da guarda conjunta na regulação do
exercício das responsabilidades parentais**

Rita Andreia Gomes Ferreira Barroso

UMinho | 2017

Outubro de 2017



Universidade do Minho

Escola de Direito

Rita Andreia Gomes Ferreira Barroso

Da guarda conjunta na regulação do exercício das responsabilidades parentais

Tese de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação do
Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves

DECLARAÇÃO

Nome: Rita Andreia Gomes Ferreira Barroso

Endereço eletrónico: ritagfbarroso@gmail.com Telefone: 917285557

Número do Bilhete de Identidade: 13747625 6ZZ7

Título dissertação /tese : Da guarda conjunta na regulação do exercício das responsabilidades parentais

Orientador(es): Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves

Ano de conclusão: 2017

Designação do Mestrado ou do Ramo de Conhecimento do Doutoramento: Mestrado em Direito Judiciário

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DE QUALQUER PARTE DESTA TESE/TRABALHO

Universidade do Minho, 25/10/2017

Assinatura: _____

Agradecimentos

A elaboração da presente dissertação de mestrado, pese embora seja um trabalho individual, não seria possível sem o apoio, auxílio, motivação e carinho das pessoas que vou referir de seguida e de outras, que pelo curto espaço dedicado a esta seção de agradecimentos, me impossibilita de referir.

Em primeiro lugar, à minha família, que sempre acreditou em mim, principalmente aos meus pais, a quem devo tudo e ao meu irmão mais novo, do qual sou exemplo.

Ao Vasco, o meu maior manifesto de gratidão pela paciência, por ser, incondicionalmente, a minha principal fonte de inspiração e motivação.

Aos meus amigos, que, prontamente, compreenderam a minha ausência.

À Dr.^a Elisabete Rebelo, pelo auxílio na escolha do tema desta dissertação.

À Dr.^a Diana Araújo, pelo seu enorme contributo nas ideias sobre o tema.

Ao meu chefe e colegas de trabalho, que me permitiram ter mais tempo para abraçar este projeto.

Institucionalmente, manifesto o meu mais sincero agradecimento a todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a conclusão deste trabalho, ao corpo docente do Mestrado em Direito Judiciário da Escola de Direito da Universidade do Minho, pelo excelente profissionalismo, aos Serviços de Secretaria, pela resposta a todos os telefonemas e *e-mails*, aos meus colegas de Mestrado, que me esclareceram todas as dúvidas, e, por último, o meu especial agradecimento ao Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves, como meu orientador, por toda a atenção e disponibilidade inigualáveis, as quais foram o sustento da minha dedicação.

A todos dedico este trabalho e deixo o meu franco agradecimento.

Título

Da guarda conjunta na regulação do exercício das responsabilidades parentais

Resumo

A presente dissertação de mestrado pretende analisar o exercício conjunto das responsabilidades parentais através do regime da guarda conjunta, aferindo a sua tramitação processual e outros aspetos de relevo.

Tais aspetos traduzem-se no estudo sobre a possibilidade de obtenção de acordo entre os progenitores e o eventual recurso à mediação familiar, sobre os demais regimes de guarda em paralelismo ao da guarda conjunta, sobre a prossecução do superior interesse da criança e a importância da audição do menor, sobre a necessidade dos regimes de visita e a aplicabilidade da residência alternada, não descurando a esfera da partilha das responsabilidades parentais no regime da guarda conjunta, bem como sobre a competência para a atribuição do respetivo regime, ou ainda sobre a jurisprudência e doutrina que nos concernem sustentabilidade ao longo desta análise.

Partindo de uma temática não consensual na doutrina, colocam-se diversas questões: quais as especificidades deste regime perante a legislação vigente? Quais os argumentos que o defendem? Sob que parâmetros legais poderão os progenitores, após divórcio, tomar decisões que coloquem em prioridade o superior interesse dos seus filhos? Quais os fatores que deverão ser sujeitos à prudente ponderação exercida pelo juiz que analisa o processo de divórcio dos pais, para a atribuição da respetiva guarda? Quando se aplica o recurso da homologação de uma residência alternada?

A resposta a estes e outros quesitos revelou-se a força motriz ao longo desta investigação.

Ademais, consideramos pertinente estudar a aplicação deste regime nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, bem como o contributo das outras ciências para a compreensão desta temática.

Em suma, o objeto da presente dissertação consistirá na análise dos aspetos que nos demonstram que a guarda conjunta é aquela que melhor protege o bem-estar dos filhos, à luz da dissociação familiar.

Palavras-Chave: Poder Paternal, Responsabilidades Parentais, Divórcio, Exercício conjunto das responsabilidades parentais, Guarda conjunta.

Title

Joint Custody and regulation of the exercise of parental responsibilities

Abstract

The aim of this research is to analyze the actual *status quo* and the Portuguese legal framework of parental regulation through the shared custody regime, in order to scrutinize all the prosecution aspects as well as, other important legal aspects.

These other concerning legal aspects entail a deep study regarding the possibility of an eventual agreement, between the parents, and an eventual resort to familiar mediation. In addition, there are other parallel regimes of sharing custody that can also be assessed. Furthermore, the child's best interests must be a primary consideration as well as, acquires a major importance the consultation with the minor on all matters concerning him or her, the need for visiting schemes and the applicability of alternate residence. Nonetheless, regardless of the chosen visiting scheme, the parental responsibilities and the legitimacy for the applicability of the chosen regime must not be affected during all the prosecution stages. Notwithstanding, it is paramount to take into consideration all case law and doctrine, that are paramount for the analysis and substance of the case at stake, and aim to enhance the child's best interests.

There are several questions that arise if we depart from a non-consensual part of the Portuguese doctrine such as, what are the specificities of this regime before the current legislation? What are the arguments that legally sustain this position? Under what legal parameters can the parents, after divorce, take decisions that put their children's best interest in priority? In addition to the above mentioned interrogations, there are other questions that also arise and require a detailed research. These may be translated into other questions such as, what factors should be subject to the careful consideration of the judge who analyses the divorce proceedings of the parents, in order to assign the respective custody?, even as when does the appeal of an alternate residence regime applies?

The answer to these above mentioned questions proved to be the driving force throughout this research.

Besides, it is also relevant to study the applicability of this regime to foreign jurisdictions, as well as the other sciences input in order to fully understand this subject.

In sum, the object of the research consists of the analysis of the sharing custody legal aspects which reveals to be the regime that better enhances the child's best interests, at the light of family dissociation.

Keywords: Parental Responsibility, Parental Authority, Divorce, Joint exercise of parental responsibilities, Joint Custody.

Índice

AGRADECIMENTOS	V
RESUMO	VI
ABSTRACT	VII
ÍNDICE.....	IX
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....	XIII
INTRODUÇÃO.....	10
1. Objeto.....	10
1.1. Enquadramento do tema	10
1.2. Pertinência e atualidade do tema.....	11
2. Objetivo. Plano de Trabalho.	13
Capítulo I - Das Responsabilidades Parentais	14
1. Evolução Histórica.....	14
2. Natureza jurídica das responsabilidades parentais	17
2.1. Alguns critérios doutrinários, sociais e culturais que têm sido assumidos na jurisprudência: gênese e crítica dos mesmos	19
2.2. As responsabilidades parentais na Constituição da República Portuguesa	20
2.3. Início e termo das responsabilidades parentais	21
3. Conteúdo das responsabilidades parentais	22
3.1. Poder-dever de guarda	23
3.2. Poder-dever de vigilância	24
3.3. Poder-dever de prestação de sustento e cuidados de saúde	24
3.4. Poder-dever de educação	25
3.5. Poder-dever de administração legal dos bens do filho	25

3.6.	Poder-dever de representação do menor.....	26
4.	Regime legal do exercício das responsabilidades parentais.....	27
4.1.	Exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio	27
4.1.1.	Audição dos menores.....	28
4.2.	Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento e de rutura da união de facto	30
4.2.1.	Questões de particular importância na vida do filho	31
4.2.2.	Meros atos da vida corrente do filho	34
4.2.3.	O interesse do menor como conceito indeterminado e critério decisivo.....	36
4.2.3.1.	Alguns contributos do conhecimento interdisciplinar para o superior interesse da criança.....	40
4.2.4.	Residência do menor.....	41
4.2.5.	Regime de Visitas.....	43
4.2.5.1.	A criminalização do incumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais.....	44
4.2.6.	Mediação Familiar.....	44
4.3.	O processo tutelar cível e de jurisdição voluntárias (OTM)	49
5.	Das responsabilidades parentais e da nova competência das Conservatórias do Registo Civil.....	50
	Capítulo II – Modalidades de exercício das responsabilidades parentais.....	54
1.	Do exercício conjunto das responsabilidades parentais	54
1.1.	Origens e razões do seu aparecimento	54
1.2.	Pressupostos do exercício conjunto das responsabilidades parentais.....	55
1.3.	Formas de organização prática.....	57
1.4.	Vantagens e inconvenientes do exercício conjunto das responsabilidades parentais.....	58
1.5.	O princípio de exercício conjunto das responsabilidades parentais na Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro	58

1.6.	Modelos legislativos.....	59
1.7.	Obrigação de alimentos.....	60
1.7.1.	Noção de alimentos	60
1.7.2.	Da obrigação de alimentos	61
1.7.3.	Relações jurídicas entre pais e filhos	62
1.7.4.	Alimentos familiares: breve caracterização.....	62
1.7.5.	A prestação de alimentos na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio.....	63
1.7.6.	C�culo da prestação de alimentos	63
	Capítulo III – Da guarda conjunta.....	64
	SECÇÃO I – Regimes de guarda.....	64
1.	Conceito de guarda e a sua consagração legal.....	64
2.	Modalidades de Guarda.....	66
2.1.	Guarda única, guarda conjunta e guarda alternada	66
2.1.1.	Alienação Parental	68
	SECÇÃO II – Guarda conjunta: tramitação processual e outros aspetos de relevo	70
1.	Conceito	70
2.	Origem: exercício conjunto das responsabilidades parentais e guarda conjunta na Europa	72
3.	Investigação científica sobre a guarda conjunta em ordenamentos jurídicos estrangeiros	74
3.1.	Investigação científica sobre a guarda conjunta na Austrália.....	74
3.2.	Investigação científica norte-americana sobre a guarda conjunta	75
4.	A posição da jurisprudência portuguesa em relação à guarda conjunta	76
5.	A perspetiva das crianç�as sobre a “dupla residência” e os seus direitos de participação.....	78
6.	Dimensão quantitativa da guarda conjunta e evolução da jurisprudência	79

7.	Os critérios jurisprudenciais e doutriniais na admissibilidade da guarda conjunta	80
8.	Competência dos Tribunais	81
8.1.	Competência Internacional	81
8.2.	Contributos do Regulamento Bruxelas II BIS	83
8.3.	Competência Interna	83
9.	Posição adotada.....	85
CONCLUSÕES		90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		94
WEBBIBLIOGRAFIA		99
JURISPRUDÊNCIA		100

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

al. – Alínea

art.º – Artigo

art.ºs – Artigos

atual. – atualizado (a)

aum. – aumentado (a)

CC – Código Civil (aprovado DL n.º 47344/66, de 25 de novembro)

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

cf. – Conforme

cfr. – Conferir

CNUDC – Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança

conj. – Conjugado CP – Código Penal

CRC – Código do Registo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

ed. – Edição

EM – Estado-Membro

et al. – e outros (autores)

E.U.A. – Estados Unidos da América

LOSJ – Lei da Organização do Sistema Judiciário

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

MP – Ministério Público

nCPC – Novo Código de Processo Civil

n.º – número

n.ºs – números

op. cit. – Obra Citada

OTM – Organização Tutelar de Menores

p. – página

pp. – páginas

proc. – processo

rev. – revisto (a)

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

SAP – Síndrome da Alienação Parental

Sec. – Secção

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

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

vol. – volume

INTRODUÇÃO

1. Objeto

1.1. Enquadramento do tema

Nos últimos anos, verificou-se o desaparecimento da noção tradicional do poder paternal e a aquisição de igual poder de decisão em relação aos filhos¹ em consequência das alterações introduzidas pela “Lei do Divórcio” (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro), no seu artigo 3º, passando a expressão de “poder paternal” a ser designada como “responsabilidades parentais”, precisamente no sentido de uniformizar o exercício de poder perante o menor.

Em Portugal, a cooperação e a maior responsabilização na relação entre pais e filhos acentuaram-se nos últimos trinta anos, devido à mudança no quotidiano das famílias. Na verdade, assistiu-se a uma maior aproximação do papel do pai às tarefas domésticas e à preocupação no desenvolvimento e futuro dos filhos.

Neste sentido, o risco de perda ou afastamento por parte do pai impulsionou o aparecimento de diversos movimentos sociais, sobretudo na década de setenta, acabando por surgir a terminologia de “guarda conjunta”.

Com efeito, a guarda conjunta ou guarda partilhada, consoante a preferência dos autores a que a ela se referem, prevê a partilha da responsabilidade parental por ambos os progenitores perante todas as decisões que envolvam a vida dos seus filhos, após a rutura do casamento ou união de facto. Nessa senda, a guarda conjunta surge como sinónimo da responsabilidade parental conjunta, sendo esse o termo mais recentemente utilizado.

A guarda conjunta pressupõe a partilha da autoridade parental sobre a criança, ou seja, que a mesma seja exercida por ambos os progenitores, não significando que haja, necessariamente, residência alternada².

¹ Nos termos dos artigos 1901º e ss. do Código Civil.

² Segundo a lei portuguesa, os pais podem solicitar ao tribunal a alternância da residência de acordo com a regulação das responsabilidades parentais.

Fundamentalmente, pretende-se com este regime responsabilizar e envolver ambos os progenitores na vida quotidiana e na educação da criança³. Todavia, há quem entenda a admissibilidade da guarda conjunta com residências alternadas⁴.

Surge então a questão de saber como é que a guarda conjunta pode ser perspectivada essencialmente no ordenamento jurídico português, uma vez que não existe um desenvolvimento consensual sobre a questão.

1.2. Pertinência e atualidade do tema

Nos dias de hoje, a guarda conjunta assume uma especial importância no seio da educação das crianças após a rutura do casamento dos pais.

A pertinência do regime da guarda conjunta baseia-se no facto de as crianças terem a oportunidade de partilhar o seu quotidiano com ambos os progenitores, sendo para isso essencial que estes ultrapassem as suas divergências, mantendo um equilíbrio relacional, colocando os filhos como prioridade⁵ e proporcionando-lhes bem-estar emocional. Caso contrário, isto é, perante situações de conflito entre os pais, será aconselhada a mediação familiar⁶ para obtenção de acordo.

Assim, não vivendo o casal na mesma casa, o filho passará distintos períodos na casa de cada um, de acordo com a decisão tomada por ambos os progenitores. Porém, a guarda será igualmente considerada como “partilhada”, uma vez que, o ponto de relevo é a partilha da responsabilidade parental pelos pais, em relação a todas as decisões que envolvem a vida dos seus filhos.

³ Neste sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR diz que "é inconveniente à boa formação da personalidade do filho, ficar submetido à guarda de pais, separados, durante a semana, alternadamente (...) pois compromete o equilíbrio da criança, a estabilidade do seu quadro de vida e a continuidade e unidade da sua educação, pois não garante a colaboração dos pais no interesse da mesma" – citação disponível no Ac. do TRL de 28 de junho de 2012, proc. n.º 33/12.4TBRR.L1-8.

⁴ De acordo com o Ac. do TRL de 24 de junho de 2014, proc. n.º 4089/10.6TBRR.L1-1, "(...) guarda conjunta com residências alternadas é admissível, desde que se faça um juízo de prognose favorável quanto ao que será a vida do menor (...) relacionamento amistoso entre ambos os progenitores, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os mesmos habitam."

⁵ Nos termos do art.º 1878º do CC. Em igual sentido, o Ac. do TRC de 04 de maio de 2010, proc. n.º 1014/08.8TMCBR.A.C1, refere que "os desentendimentos entre os progenitores sejam eliminados ou minimizados, colocando os interesses da criança acima dos mesmos; pressupõe uma convivência estreita entre ambos os progenitores e a possibilidade de tomada de decisões em comum".

⁶ Cf. art.º 24º do RGPTC.

Estamos, então, perante um regime absolutamente direcionando para o interesse dos filhos, exigindo a colaboração de ambos os pais⁷, existindo apenas a necessidade de mudança de um ambiente físico determinado, mas mantendo-se os projetos em comum.

A guarda conjunta revela a sua importância no pós-divórcio, contribuindo para um desenvolvimento equilibrado da criança e diminuindo o conflito relacional no que respeita às suas orientações educativas por parte dos pais⁸.

Em suma, o que se pretende com esta análise é contribuir não só para a compreensão dos tipos de guarda existentes, bem como as suas vantagens e desvantagens, mas também permitir alguma reflexão sobre o regime da guarda conjunta.

⁷ Nos termos do art.º 1901º do CC.

⁸ Nos termos do art.º 1906º, n.º 1 e 3, do CC.

2. Objetivo. Plano de Trabalho.

No âmbito da primeira parte desta investigação, o grande pilar para o presente estudo será a análise das responsabilidades parentais nos termos dos art.º 1877º e seguintes do CC, na medida em que servem de base para a compreensão do regime da guarda dos filhos.

Continuamos o nosso périplo pelos meandros da explicitação do exercício conjunto das responsabilidades parentais e seguidamente dos regimes de guarda existentes no nosso ordenamento jurídico.

Ademais, deve perceber-se em que termos a guarda conjunta é o regime mais aconselhado a adotar nas situações de pós-divórcio, para o que recorreremos à análise da doutrina, da jurisprudência e de outras ciências, nomeadamente a psicologia.

Numa última parte da análise, desenvolveremos o estudo direcionado para o foco da mesma, o do regime da guarda conjunta, designadamente no que diz respeito à sua tramitação processual, conceito, origem, evolução na jurisprudência, doutrina, bem como os fatores a seu favor.

O estudo do direito comparado será também essencial, para encontrar novos pontos de vista sobre esta temática, não só permitindo conhecer a opção legislativa tomada noutros ordenamentos jurídicos, mas também permitindo obter inspiração para a ponderação dos argumentos conflitantes quanto ao regime.

Por último, pretendemos contribuir para uma evolução futura do tema.

Com esta dissertação, além do objetivo geral de clarificar algumas problemáticas, procuraremos também desenvolver as nossas capacidades académicas, no sentido da aprendizagem de recolha de informação objetiva, raciocínio, capacidade de síntese e filtragem da documentação, argumentação e coerência no discurso apresentado.

Capítulo I - Das Responsabilidades Parentais

1. Evolução Histórica

O instituto das responsabilidades parentais remonta à sociedade mais primordial, sendo a procriação uma necessidade biológica associada ao ser humano.

O instinto de cuidar e educar os filhos decorre naturalmente da paternidade e trata-se de um verdadeiro poder-dever, que sofreu uma importante evolução até aos dias de hoje, que iremos referir brevemente.

Antigamente, em época primitiva, importava a proteção conjunta entre as famílias, para o bem da comunidade, evitando-se os conflitos e protegendo as crianças. As famílias apresentavam, assim, uma característica comunitária em consequência da propriedade coletiva dos bens⁹, assim como um forte sentido de igualdade entre os homens e as mulheres. O mesmo já não se passou na sociedade romana, onde a mulher tinha um papel submisso em relação ao homem¹⁰.

No entanto, ao longo do tempo, a mulher foi conquistando a sua autonomia, principalmente no concernente à educação dos filhos, com vista à sua emancipação, no respeitante à sua liberdade, direito de voto, igualdade perante o divórcio, administração de bens, entre outros.

Cronologicamente, o Código de Seabra – Código Civil Português de 1867 – introduz as primeiras referências e separa claramente a guarda do exercício das responsabilidades parentais, sendo que ainda impunha o paradigma familiar do homem como “chefe de família”, reservando à mãe o direito a ser ouvida, quanto ao interesse dos filhos¹¹. Quer isto dizer que, nos casos de separação, a guarda, sendo confiada a um dos progenitores, não impedia que ao outro continuasse a competir a representação dos filhos ao nível da sua educação e da administração dos seus bens.

O Código Civil de 1966 não especificou o tema das responsabilidades parentais após o divórcio, apenas estipulando que, ao progenitor guardião, cabe o direito de ser ouvido e participar em tudo o que diga respeito à criança (art.º 1882º), no caso de ausência do outro progenitor, a quem cabe tudo o que referimos acima além de consentir a sua emancipação (art.º 1881º).

⁹ Cf. RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA, “Direito da Família e das Sucessões”, Relatório sobre o programa, o conteúdo e os métodos de ensino de tal disciplina, Coimbra, 1999, *apud* DÉBORA FERREIRA MACEDO DOS SANTOS, Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Minho, 2016, p. 4

¹⁰ A. Santos Justo, “Direito Privado Romano I”, Parte Geral (Introdução. Relação jurídica. Defesa dos direitos), 4ª Ed., Coimbra Editora, 2008, *apud* DÉBORA FERREIRA MACEDO DOS SANTOS, Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade do Minho, 2016, p. 4

¹¹ Consultar art.º 139º do CC de 1867.

Por outras palavras, o progenitor detentor da guarda necessitaria de autorização do outro relativamente aos assuntos de interesse na vida dos filhos. No entanto, trouxe uma alteração deveras importante, quanto à atribuição do exercício do poder paternal a ambos os progenitores¹².

Com a Revolução do 25 de abril de 1974, o paradigma alterou-se através da reforma legislativa inerente à entrada em vigor da Nova Constituição, que consagrou, por fim, o princípio da igualdade conjugal, previsto no art.º 36º, n.º 3, da CRP.

Cumprido, deste modo, assinalar este marco, do exercício conjunto do poder paternal por ambos os progenitores subjacente ao princípio da igualdade conjugal.

Com a reforma ao Código Civil de 1977, consagrou-se no art.º 1906º a solução de que o exercício das responsabilidades parentais da parte do progenitor guardião do filho passa por proteger acima de tudo a estabilidade da vida da criança através da educação transmitida no dia-a-dia, uma vez que passam mais tempo juntos.

Em 1995, o Código Civil volta a sofrer alterações, através da Lei n.º 84/95 de 31 de agosto, que estipulou, tal como entendemos, o exercício conjunto das responsabilidades parentais no n.º 2 do art.º 1906º ou a atribuição de determinados assuntos a cada um dos progenitores através de acordo, estabelecido no n.º 3 do referido artigo, tratando-se de uma exceção, pois, na altura, considerava-se menos frequente a ausência de conflitos entre os progenitores.

Os casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada na Lei *supra* mencionada não eram, normalmente, admitidos, pois entende-se que o legislador teve a intenção de que os deveres dos pais fossem partilhados e nunca que a criança ficasse prejudicada com a respetiva alternância.

O art.º 1906º volta a sofrer alterações em 1999 em que o exercício conjunto das responsabilidades parentais não fica privilegiado pelo legislador, sendo utilizada em casos excecionais, uma vez que se entendia que o progenitor que coabita com a criança conhece melhor as suas necessidades e fica sujeito ao acordo com o outro progenitor.

Neste seguimento, importa então referir as mais importantes alterações quanto às responsabilidades parentais, designadamente, nos casos de dissociação familiar, de acordo com a legislação atualmente em vigor.

¹² Cfr. o art.º 1881º do CC de 1966.

Com efeito, previsto na Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o exercício das responsabilidades parentais sofreu pertinentes alterações, mormente: o interesse do menor passou a ser a grande base do processo, uma vez que regula o exercício das responsabilidades parentais; as responsabilidades parentais continuam a ser praticadas em conjunto, por acordo, entre ambos os pais, na medida em que o interesse do menor esteja protegido, ou em caso de os progenitores não granjearem acordo, o tribunal impõe como regime-regra aos progenitores o exercício conjunto das responsabilidades parentais; as questões de maior importância na vida dos filhos passam a ser exercidas em comum por ambos os progenitores, fortificando-se, desta forma, o princípio da igualdade entre os progenitores, constitucionalmente consagrado no art.º 36º da CRP.

Assim, com a entrada em vigor da lei *supra* referida, o conceito de poder paternal alterou-se para um termo mais expressivo, o das responsabilidades parentais, que expressa melhor a ideia de que os pais se encontram investidos de um encargo de prosseguimento dos interesses dos seus filhos.

A regulação do exercício das responsabilidades parentais está consagrada nos art.ºs 1905^{o13} a 1912º do CC, estando a legitimidade de intentar o processo judicial atribuída aos pais, para que, nos casos de divórcio, possa ser atribuída à criança o modelo de exercício destas responsabilidades, a pensão de alimentos, o regime de visitas e, concretamente, o regime de guarda.

Sendo os menores seres humanos dotados de sentimentos e necessidades, pretende-se, não colocá-los como sujeitos da relação jurídica, mas sim atender ao equilíbrio emocional e bem-estar dos mesmos, preservando-os a nível moral e intelectual. Por esta mesma razão, encontra-se legalmente estabelecido o regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente ao menor, precavendo os casos em que os progenitores não alcancem acordo.

Nesta senda, o objetivo principal da regulação do exercício comum das responsabilidades parentais é defender sempre o interesse da criança e para tal, o tribunal assume o papel de protetor deste.

¹³ Conj. com o art.º 34º do RGPTC.

2. Natureza jurídica das responsabilidades parentais

As alterações que se vão considerando relevantes ao longo do tempo, na jurisdição da família em matéria de crianças e jovens, são sempre difíceis devido aos usos e costumes associados a cada cultura, ou seja, muitas vezes entre o que está previsto legalmente nas normas e o que é interpretado pela doutrina e aplicado pelos Tribunais, existe um grande fosso cultural que analisaremos¹⁴.

Quanto aos critérios legais, o regime das responsabilidades parentais está essencialmente previsto no art.º 1905º, que se refere aos alimentos, e no art.º 1906º sobre a guarda e visitas. Regime este que se aplica aos pais, por motivos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, cessação de convivência entre cônjuges¹⁵, em união de facto ou casados¹⁶, ou que, por outros motivos, nunca tenham vivido juntos¹⁷, não vivam como cônjuges ou vivam em situações “análogas” às dos cônjuges.

Neste sentido, a legislação também abrange, perante estes casos, a coabitação entre corresponsáveis parentais em que se aplicam os mesmos artigos *supra* citados, devidamente adaptados, a entrega das crianças a familiar de um dos progenitores¹⁸ ou ainda a terceiros¹⁹ e por morte²⁰ de um dos progenitores que traga perigo para os menores²¹, sendo apenas referências legais que não iremos analisar.

Ora, refere o ac. do TRC de 4 de maio de 2010²² que “o processo de regulação do poder paternal (responsabilidades parentais) tem por objeto decidir do destino dos filhos, fixar os alimentos a estes devidos, a forma da respetiva prestação e ainda fixar o regime de visitas no tocante ao progenitor que não tem a seu cargo as crianças (...) Na prossecução das aludidas finalidades deverá sempre que possível privilegiar-se uma solução de consenso com respeito pelo interesse do menor, devendo o Tribunal recusar uma solução que não defenda adequadamente

¹⁴ JOAQUIM MANUEL DA SILVA, “A família das Crianças na separação dos Pais- A Guarda Compartilhada”, Petrony Editora, abril 2016, p. 49.

¹⁵ Redação do art.º 1911º do CC.

¹⁶ Redação do art.º 1909º do CC.

¹⁷ Redação do art.º 1912º do CC.

¹⁸ Redação dos art.º 1904º e 1904-Aº do CC.

¹⁹ Redação dos art.º 1904º e 1907º do CC.

²⁰ Nos casos de ausência, incapacidade ou morte de um progenitor, importa realçar a recente alteração ao regime de exercício das responsabilidades parentais, introduzida pela Lei n.º 137/2015, de 07 de setembro, que veio promover o seu alargamento.

²¹ Redação dos art.º 1908º e 1918º do CC.

²² Ac. do TRC de 04 de maio de 2010, proc. 1014/08.8TMCBR-A.C1 do relator Távora Vitor, disponível em www.dgsi.pt.

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

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

Assim, generalizando, perante o divórcio dos pais, o Estado, através da intervenção judicial, impõe a regulação das responsabilidades parentais em prol da proteção dos filhos.

Em 2008, com a reforma do Código Civil, surgem importantes alterações a favor dos interesses da criança e da sua proteção, sendo o exercício conjunto das responsabilidades parentais estipulado como regime-regra no n.º 1 do art.º 1906º do CC, contribuindo para uma distribuição equilibrada das responsabilidades parentais entre os progenitores, permitindo uma maior proximidade de ambos com os filhos, como referido no n.º 7 do art.º 1907º.

Este regime do exercício conjunto das responsabilidades parentais, que iremos analisar no próximo capítulo, é estabelecido quanto aos atos de particular importância da vida dos filhos, que, sendo um conceito indeterminado, se trata essencialmente dos atos referentes a decisões importantes, tais como a educação, saúde, prática de atividades desportivas que possam pôr em risco a saúde dos menores, saídas para o estrangeiro além de turismo, alteração de residência do progenitor guardião²³, entre outros de importância equivalente.

Ora, distinguem-se assim dos atos da vida corrente, que se referem à rotina diária dos menores, tais como a alimentação, atividades extracurriculares, acompanhamento dos estudos, entre outros, que são exercidos pelo progenitor que esteja com a criança, sendo que, ainda assim, o progenitor visitante não deverá ir contra as indicações implementadas pelo progenitor guardião, segundo o n.º 3 do art.º 1906º do CC.

Os casos em que não seja aplicado o regime-regra, devem ser devidamente fundamentados e justificados perante o tribunal, de forma a garantir o superior interesse da criança, segundo o n.º 2 do art.º 1906º do CC. Assim, o exercício das responsabilidades parentais exercido em

²³ Concretização prevista no ac. do TRC de 18 de outubro de 2011, proc. 626/09.7TMCBR.C1 da relatora Regina Rosa, disponível em www.dgsi.pt.

exclusividade por um dos progenitores trata-se de uma exceção e como tal deve ser exercido através dos trâmites acima referidos.

Quanto à fixação da residência das crianças e respetivo regime de vistas, estabelece o n.º 5 do art.º 1906º do CC que o tribunal privilegia o acordo entre os pais, sendo que, nessa impossibilidade, terá de ponderar todas as circunstâncias e decidir sempre em prol da segurança e bem-estar dos filhos, principalmente averiguar qual o progenitor que reúne mais condições de estabilidade a quem será confiado o menor. O conceito de residência faz remissão para o regime legal de domicílio, estipulado nos art.ºs 82º e seguintes do CC. Concretamente, no n.º 1 do art.º 85º do CC, está mencionado que o domicílio legal das crianças é o domicílio da família a que pertence ou do guardião.

Ademais, segundo o n.º 1 do art.º 82º do CC, a residência pode ser exclusiva ou alternada, conforme o regime estabelecido de exercício das responsabilidades parentais²⁴, sendo possível os filhos terem mais do que uma residência nos casos de residência alternada.

Qualquer que seja o regime de guarda em vigor, os progenitores devem tentar funcionar harmoniosamente quanto aos aspetos mais relevantes da vida dos filhos, devendo o progenitor guardião transmitir as decisões relacionadas ao outro, segundo o n.º 6 do art.º 1906º do CC.

2.1. Alguns critérios doutrinários, sociais e culturais que têm sido assumidos na jurisprudência: génese e crítica dos mesmos

No que concerne ao regime das responsabilidades parentais, nem sempre os direitos entre pai e mãe foram igualitários, pois observa-se que, antes da já referida reforma de 2008, as crianças eram quase naturalmente atribuídas à mãe, talvez pela figura da mulher ser mais associada ao facto de cuidar, estar em casa e até ao processo de gravidez e amamentação.

No entanto, a Lei n.º 38/2008 não vem alterar tão drasticamente este fator, continuando a sentir-se a preferência da mãe quanto à atribuição da guarda das crianças. Esta questão da preferência pela mãe como progenitor guardião em detrimento do outro, neste caso o pai, acaba

²⁴ O exercício conjunto das responsabilidades parentais entrou em vigor com a Reforma de 1995, antigo art.º 1905º, n.º 2 do CC95, sendo hoje o regime-regra como já referimos, pelo art.º 1906º, n.º 1 do CC.

por trazer alguns distúrbios, pois deve avaliar-se caso a caso e escolher aquele que reúna as melhores condições como já vimos à criança, independente de ser o pai ou mãe.

Por seu turno, nos dias de hoje, deve ser adotada uma posição de neutralidade e igualdade²⁵ entre progenitores, sendo que o contrário levará a uma maior probabilidade de conflito entre os pais, dificultando todo o processo que defendemos.

2.2. As responsabilidades parentais na Constituição da República Portuguesa

Com base na importância das responsabilidades parentais no ordenamento jurídico português, a CRP estipula preceitos constitucionais específicos, nomeadamente no n.º 1 do art.º 36º quanto ao vínculo jurídico consequente do nascimento dos filhos, no n.º 3 do mesmo artigo, quanto à igualdade entre cônjuges na relação com os seus filhos, no n.º 5 do mesmo artigo, quanto à educação e mantimento dos filhos por parte dos pais, em prol do interesse daqueles e no n.º 6, quanto ao princípio da inseparabilidade dos filhos dos seus pais, desde que não sejam colocados em perigo.

Note-se que a legislação indagou no sentido de aumentar a importância destinada ao princípio da igualdade entre os progenitores, quer casados, quer não casados, no que respeita a titularidade, bem como ao exercício do poder paternal (atualmente responsabilidades parentais).

Inerente ao princípio da atribuição aos pais do direito-dever de instrução e manutenção dos filhos, conjeturado no n.º 5 artigo 36º da CRP, este abarca quer a perspectiva do direito-dever em relação aos filhos, uma vez que, é da mestria dos pais orientar a educação dos seus filhos menores²⁶, agraciando a personalidade do filho e promovendo a sua emancipação²⁷, quer a perspectiva do direito-dever em relação ao Estado, pois é da competência dos pais a instrução dos seus filhos, coadjuvando na construção das suas ideologias, filosofias, crenças políticas, morais e religiosas, bem como da sua capacidade intelectual.

²⁵ Quanto ao princípio da igualdade entre cônjuges, no que concerne à manutenção e instrução dos filhos, este princípio baseia-se numa concretização do princípio da igualdade, estipulado no art.º 13º da CRP e pressupõe especial relevância, não apenas no âmbito das relações conjugais, mas também no âmbito das relações entre pais e filhos. Posto isto, este princípio vem fomentar um vínculo entre a titularidade e o exercício do poder paternal.

²⁶ Cf. o art.º 1878º, n.º 1, do CC.

²⁷ Cf. os art.ºs 1874º, n.º 1, e 1878º, n.º 2, do CC.

Ademais, do n.º 6 do art.º 36º da CRP, retiramos o princípio da inseparabilidade dos filhos em relação aos seus progenitores, princípio este que subjaz a um direito subjetivo dos progenitores a não se verem privados dos filhos. Assim, os filhos somente poderão ser separados dos seus pais, nos casos expressamente estipulados na lei, por outras palavras, nos casos em que os pais entrem em incumprimentos das suas obrigações primordiais face aos seus filhos, perante decisão judicial²⁸.

Por seu turno, o estudo do relacionamento entre pais e filhos baseou-se nos princípios constitucionais quanto aos pais. No seio de tais princípios, direcionados aos direitos dos filhos, não se descure o direito que os filhos têm a serem instruídos pelos seus pais, subjacente, ao n.º 5 do art.º 36º e à al. c) do n.º 2 do art.º 67º, ambos da CRP, o direito que os filhos têm a coabitar e conviver com os pais, ou seja, o direito a não serem afastados deles, estipulado no n.º 6 do art.º 36º da CRP, o direito, pelo contrário, a serem afastados dos pais quando os mesmos entrem em incumprimento das suas as obrigações primordiais face aos seus filhos, conforme o previsto no n.º 6 art.º 36º da CRP, bem como o direito a serem protegidos com vista à sua evolução global, estipulado no n.º 1 do art.º 67º da CRP.

Assim, segundo o art.º 67º da CRP, cabe ao Estado a proteção da família, auxiliando os progenitores nas suas funções, de acordo com princípio da proteção da maternidade e paternidade estipulado no art.º 68º, estando assim, conseqüentemente, os menores protegidos pela sociedade e pelo Estado, como refere o art.º 69º, ambos da mesma Constituição²⁹.

Analogamente aos Princípios, Liberdades e Garantias, os direitos consagrados nesta norma constitucional são aplicáveis diretamente, vinculando as entidades públicas e as entidades privadas³⁰.

2.3. Início e termo das responsabilidades parentais

Segundo o n.º 1 do art.º 1882º do CC “os pais não podem renunciar ao exercício do poder paternal nem a qualquer dos direitos que ele especialmente lhes confere”, ou seja, as responsabilidades parentais dos pais têm início aquando do nascimento dos seus filhos, momento

²⁸ Cfr. os art.º 1915º e 1918º do CC.

²⁹ V. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Ed., Coimbra, Almedina, 2003, pp. 403-404, *apud* HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, “Questões de Particular no Exercício das Responsabilidades Parentais”, Coimbra Editora, 1ª ed., janeiro de 2011, p. 51

³⁰ *Ibidem*, pp. 44-50.

em que adquirem personalidade jurídica, terminando, em regra, com a sua emancipação³¹ ou maioridade³²

3. Conteúdo das responsabilidades parentais

O carácter funcional e altruísta incumbido na educação dos pais face aos seus filhos constitui não apenas de uma mera opção, mas antes uma verdadeira obrigação, constitucionalmente contemplada no art.º 36º da CRP³³, como vimos no ponto 2.2 deste capítulo.

As responsabilidades parentais abrangem obrigações da parte dos progenitores, quer quanto à pessoa, quer quanto ao património dos seus filhos. Obrigações estas que, de acordo com a capacidade financeira dos pais, compreendem a educação, promoção do desenvolvimento físico, intelectual e moral, atendendo especialmente aos casos em que este desenvolvimento seja deficitário, ou seja, quando os filhos apresentem diminuta capacidade física e/ou intelectual, em que estas obrigações terão de ser exercidas adequadamente, como refere o art.º 1835º do CC.

Por outro lado, os pais estão obrigados a garantir, segundo o art.º 1888º do CC³⁴, a administração dos bens do menor, visando sempre o interesse deste, sendo que em casos específicos terão de ser autorizados pelo tribunal, previsto no art.º 1889º do CC.

As responsabilidades parentais são definidas como “o conjunto dos 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”³⁵.

As responsabilidades parentais estão reguladas nos art.ºs 1877º e ss. do CC. Ora, aos pais compete, no interesse dos filhos, velar pela segurança, saúde e educação dos mesmos e aos filhos, que estão sujeitos às responsabilidades parentais compete a respetiva obediência aos pais³⁶.

³¹ Redação do art.º 1880º, com remissão para o art.º 1879º, conjugado com o art.º 2003º, todos do CC.

³² Redação do art.º 1877º do CC, conjugado com o art.º 122º do mesmo Código, que define o menor por aquele que ainda não tiver completado dezoito anos de idade, sendo que, ao atingir a mesma, passa a ser considerado cidadão com acesso a pleno uso das suas faculdades.

³³ Sobre esse princípio consultar FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA, *Direito da Família*, vol. I, Coimbra Editora, 2005, p. 49 ss. *apud* ANA SOFIA GOMES, “Responsabilidades Parentais”, 3ª Ed., atual. e aum., Quid Juris sociedade Editora, 2012, p. 15.

³⁴ Conj. com os art.ºs 1920º, 1922º e 1967 e ss. do CC.

³⁵ Esta definição pode ser encontrada na Recomendação n.º R (84) sobre as Responsabilidades Parentais de 28 de fevereiro de 1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa.

³⁶ No mesmo sentido, pode ler-se no n.º 1 do artigo 1878º do CC que “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”.

Como referimos, com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o conceito de poder paternal alterou-se para um termo mais expressivo, o das responsabilidades parentais, que expressa melhor a ideia de que os pais se encontram investidos de um encargo de prosseguimento dos interesses dos seus filhos.

Assim, as “responsabilidades parentais surgem juridicamente como efeito automático, irrenunciável, indissolúvel e indisponível da filiação, traduzindo-se num conjunto de faculdades legalmente atribuídas aos pais, para as desempenharem no interesse do filho, com vista a assegurar o sustento, segurança, saúde, educação do filho menor e administração dos bens deste”. Ora, a fundamentação jurídica da obrigação de alimentos advém da natureza vital e irrenunciável do interesse, juridicamente tutelado, que tem subjacente a responsabilidade dos pais pela conceção e nascimento dos seus filhos³⁷.

Em suma, o conteúdo das responsabilidades parentais reveste-se de uma natureza altruísta, uma vez que é exercido em prol dos interesses dos filhos, bem como de uma natureza complexa, quanto às obrigações dos progenitores em relação aos seus filhos, impostas pelo legislador.

O estudo do conteúdo das responsabilidades parentais tem vindo a ser dividido, pela doutrina, em poderes-deveres que analisaremos de seguida.

3.1. Poder-dever de guarda

Este poder-dever, de natureza pessoal, diz diretamente respeito à envolvimento dos pais com a pessoa física do filho. A Lei n.º 25/12, de 22 de agosto de 2012, sobre a Proteção Integral da Criança, no seu art.º 9, conjugada com o n.º 1 do art.º 85º do CC, consagram precisamente o direito de guarda, que se consubstancia na obrigação dos filhos a viverem com os pais nas suas residências. Retirar os menores da residência dos seus pais sem respetiva autorização envolve um ilícito penal, que se poderá enquadrar na subtração de menores, segundo aos artigos 342º a 344º do CP.

Atente-se que a delegação deste poder-dever da guarda está legalmente prevista. No entanto, tratar-se-á sempre de um ato de natureza temporária e revogável³⁸.

³⁷ MARIA OLIVEIRA, em Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-forenses, “Alimentos devidos a menores”, Universidade de Coimbra, 2015, p. 14.

³⁸ MARIA DO CARMO MEDINA “Direito da Família”, Escolar Editora, 2ª ed., atual., 2013, pp. 141-142.

No mesmo sentido, como já vimos, também o art.º 36º, n.º 6, da CRP estabelece que os filhos só podem ser separados dos pais “quando estes não cumpram os seus deveres para com eles e sempre mediante uma decisão judicial”.

3.2. Poder-dever de vigilância

Este poder-dever, de natureza pessoal, encontra-se previsto nos art.ºs 1874º, n.º 1, e 1878º do CC e consiste no zelo e proteção, por parte dos pais, pela integridade física e moral dos seus filhos, sempre dando primazia aos seus interesses.

Deste modo, os pais poderão praticar alguns atos estipulados em nome dos seus filhos, conforme o art.º 461º do CC e devem impedir os mesmos de lesar terceiros, sob sua responsabilidade (presunção de *culpa in vigilando*), conforme o art.º 491º do CC, sempre atendendo à sua maturidade.

3.3. Poder-dever de prestação de sustento e cuidados de saúde

Este poder-dever, de natureza pessoal, integra o dever geral de prestação de alimentos³⁹ por parte dos pais em prol dos seus filhos⁴⁰, onde se inclui o dever de assistência material, além da alimentação, o vestuário, habitação, educação, entre outros, variando o respetivo quantitativo consoante a capacidade financeira dos pais. Trata-se de um dever imposto constitucionalmente pelo art.º 36º, n.º 5, da CRP.

A prestação de cuidados de saúde, incluída na prestação de alimentos, está diretamente ligada ao desenvolvimento físico e psíquico dos menores, no sentido de os menores estarem devidamente protegidos de doenças e com sanidade, como se pode ler no art.º 14º da Lei n.º 25/12, sobre a Proteção e Desenvolvimento Integral da Criança.

No cumprimento deste poder-dever, aos pais cabe autorizar os tratamentos e intervenções cirúrgicas a que os seus filhos sejam submetidos e ainda proporcionar-lhes um nível de vida semelhante ao seu, dentro das suas capacidades económicas.

³⁹ Iremos abordar esta temática no ponto 1.7 do Cap. II.

⁴⁰ Consultar art.ºs 1874º, n.º 2, e 1878º e do CC.

Ora, estipula o artigo 1879º do CC, que os progenitores ficam desobrigados de providenciar o sustento dos seus filhos na medida em que estes estejam em condições de suportar as suas próprias despesas.

Posto isto, importa salientar a alteração do regime de alimentos devidos a filhos maiores ou emancipados, introduzida pela Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro, que se baseia no facto de, no âmbito das responsabilidades parentais, a prestação de alimentos a favor do menor se manter, atendendo aos critérios de razoabilidade, como já vimos, até aos 25 anos de idade, em vez de apenas até aos 18 anos de idade, como acontecia até à entrada em vigor da mesma.

3.4. Poder-dever de educação

Este poder-dever, de natureza pessoal, estabelece que a formação dos filhos menores é o fim primordial do exercício das responsabilidades parentais, segundo o art.º 28º da CNUDC, que também é moldável de acordo com a disponibilidade financeira dos pais. Os pais deverão acompanhar os estudos dos filhos, orientá-los e prepará-los para o seu futuro. Ademais, estabelece o provimento, por parte dos pais em relação aos seus filhos, do desenvolvimento físico intelectual e moral, tal como refere o art.º 1885º, bem como a religião, de acordo com o art.º 1886º, ambos do CC.

3.5. Poder-dever de administração legal dos bens do filho

A administração legal dos bens dos filhos, poder-dever de natureza patrimonial, pode nem sempre pertencer aos pais, quando assim esteja expressamente previsto pelo tribunal ou quando se tratem de produto de trabalho dos filhos.

Sendo esta administração de natureza restrita, pois existem atos de administração extraordinária que saem fora da alçada dos pais, tais como a alienação ou oneração de bens móveis de carácter duradouro ou imóveis, repúdio de heranças ou assunção de e obrigações que vinculem o filho depois de ele atingir a maioridade, que carecem de autorização judicial.

Ademais, o nosso ordenamento jurídico prevê a possibilidade de anulação dos atos de administração praticados pelos pais dentro ou fora dos seus poderes de administração que sejam lesivos para os interesses dos filhos.

Note-se que, de acordo com os art.º 1889º e 1892º do CC, conjugados com o previsto nos artigos 2º, n.º 1, alínea b) e 3º do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, há ainda um conjunto de atos patrimoniais cuja prática depende de autorização do MP, sendo que, praticados sem esta, os mesmos atos serão anuláveis, conforme estipulado no art.º 1893º do CC e art.º 2º, n.º 1, al. d), do DL *supra* aludido.

Daqui se retira também, de acordo com o art.º 1897º do CC, que o cumprimento deste poder-dever deve orientar-se pelo cuidado dos progenitores na administração dos bens dos filhos com o mesmo cuidado com que administram os seus, evitando, assim, o legislador que os pais pratiquem uma administração ruínosa concernente ao património dos filhos.

3.6. Poder-dever de representação do menor

O poder-dever de representação do menor, de natureza patrimonial, encontra-se previsto nos art.º 1878º, n.º 1 e 1881º do CC, estabelecendo este último preceito legal que o poder de representação “compreende o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho”, excetuando-se os atos considerados meramente pessoais e aqueles dos quais a sua administração seja da alçada dos pais.

Por sua vez, refere o n.º 2 do art.º 1878º do CC que “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”.

Considerando estes fatores, o legislador entendeu, em prol do bom relacionamento entre pais e filhos, que, a partir de certo momento, será recomendável os pais concederem aos filhos uma certa liberdade e autonomia na deliberação das suas opções de vida.

4. Regime legal do exercício das responsabilidades parentais

O regime legal vigente demonstra claramente a intenção de responsabilização sistemática de ambos os progenitores quanto ao poder-dever das responsabilidades parentais, de carácter altruísta, exercido em prol das crianças.

Assim, privilegia-se o exercício das responsabilidades parentais exercido em conjunto pelos pais, independentemente da situação adotada quanto à residência dos menores.

4.1. Exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio

As responsabilidades parentais são exercidas em comum acordo aquando da constância do matrimónio, tal como se lê nos n.ºs 1 e 2 do art.º 1901º do CC. O mesmo se deverá aplicar nos casos em que ambos os progenitores vivam em condições análogas às dos cônjuges e em que não vivam em condições análogas às dos cônjuges, mas que exerçam em comum as responsabilidades parentais, segundo o n.º 1 do art.º 1911º e o n.º 2 do art.º 1912º.

Destarte, decorre do n.º 5 do art.º 36º da CRP que os “pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”, como vimos, competindo, assim, o exercício das responsabilidades parentais aos progenitores, excetuando-se nos casos em que estes não consigam assegurar a segurança dos seus filhos e seja necessária intervenção estadual, como estipula o n.º 6 do mesmo artigo.

Cumprido, neste âmbito, fazer novamente referência ao princípio da igualdade conjugal⁴¹, em que subjaz aos progenitores uma partilha de deveres e cuidados para com os seus filhos de igual forma, excetuando-se os casos em que um dos progenitores esteja impedido judicialmente, caso em que o exercício das responsabilidades parentais será exercido pelo outro progenitor, ou, estando este impedido, a outro familiar, conforme previsto nos art.ºs 1903º e 1904º do CC.

Não havendo acordo entre os progenitores quanto às questões de elevada relevância para a vida do menor, apesar de se tratar de um conceito indeterminado, estaremos, então, perante casos que devem ser resolvidos através da via judicial, sendo que, antes de qualquer decisão, o

⁴¹ Analisado no ponto 2.2. deste capítulo.

menor deverá ser ouvido⁴², “salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem”, de acordo com o n.º 3 do art.º 1901º do CC.

4.1.1. Audição dos menores

Como já referimos, os pais devem exercer as responsabilidades parentais tendo em conta o superior interesse dos filhos e, nesse sentido, devem evitar a sujeição dos menores a audição perante o tribunal em consequência dos seus desentendimentos.

Cumpramos assinalar que, a violência desta sujeição será tanto maior, quanto menor for a idade dos filhos. Todavia, os magistrados são sensíveis aos casos em que os menores sejam ouvidos, proporcionando um ambiente o menos constrangedor possível, sendo que esta audição de menores deverá ser inviabilizada de acordo com o art.º 1901º do CC.

O enquadramento social e o estado psicológico da criança deverão ser fatores fundamentais a ponderar nestas situações, podendo ser apresentados ao tribunal relatórios médicos nesse sentido. Também os próprios progenitores podem apresentar as razões pelas quais acreditam que a audição dos filhos pode ser extremamente prejudicial e pôr em causa o tão protegido interesse de que falamos.

Um dos exemplos práticos de maior complexidade com que nos deparamos durante a nossa investigação foi o de quando se detetam dificuldades de aprendizagem nos filhos e é necessário determinar a necessidade de os mesmos frequentarem uma escola de ensino especial, não estando um ou ambos os progenitores de acordo.

Nestes casos, é perceptível que, por essas mesmas dificuldades, a audição dos menores perde o cabimento, podendo prejudicar o seu estado de saúde. No entanto, ao ser realizada, deverá sê-lo através de cuidados especiais adequados à situação.

⁴² Uma vez que a lei deixa de estabelecer uma idade mínima para o direito do filho a ser ouvido, quando não haja acordo entre progenitores nas questões de particular interesse da vida dos filhos, sendo solicitada a intervenção do tribunal, os menores devem ser ouvidos antes da decisão, salvo em situações consideradas prejudiciais para os mesmos.

Constata-se que, em matéria de responsabilidades parentais, o ideal seria os progenitores chegarem a um acordo quanto às decisões de particular relevância da vida dos filhos, tal como se lê no n.º 1 do art.º 1906º do CC.

Paralelamente à audição do menor em julgamento, isto é, da sua escolha quanto ao progenitor com o qual pretende coabitar, pode o tribunal entender que, pelo contrário, o mesmo deve ser entregue ao outro progenitor, se entender que estão reunidas melhores condições para a harmonização dos seus interesses⁴³.

Contudo, a audição do menor pode ser absolutamente essencial⁴⁴ nos casos de responsabilidades parentais, para identificar a vontade genuína da criança, alheia a quaisquer influências ou manipulações por parte dos pais.

Deste modo, a audição dos menores é consagrada como a forma mais lídima de auscultar o superior interesse da criança. Também através da jurisprudência *supra* aludida se verifica o quanto esta se tem debruçado nestes casos com menores de pelo menos 10 anos de idade.

Justifica-se o desaconselhamento da realização da audição de menores quando esta diligência implique o seu sofrimento, desconforto ou angústia⁴⁵ (art.ºs 1981º, n.º 1, a) e 1984º, a) do CC).

Ademais, no art.º 12º da CNUDC, prevalece a atribuição à criança de liberdade de expressão nas questões que lhe digam respeito, considerando a sua idade maturidade ou grau de desenvolvimento⁴⁶.

Assim, a audição de menores torna-se fator de razoabilidade imprescindível a ter em consideração pelo tribunal, de acordo com o art.º 5º do RGPTC.

⁴³ Neste sentido, consultar Ac. do TRP de 28 de junho de 2011, Proc. 1814/09.1TJVNf-A.P1, do relator Rodrigues Pires, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁴ A lei estabelece este princípio, sempre possível, segundo a al. i) do art.º 4º da Lei n.º 147/99 de 1 de setembro, aplicável por força do art.º 147º -A da OTM, atual art.5º do RGPTC, bem como do n.º 2 do art.º 1878º e n.º 3 do art.º 1901º, ambos do CC.

⁴⁵ No que concerne às crianças, no contexto judicial, diversos autores referem o “testemunho infantil” como uma prova difícil, pois é frequentemente colocada em questão exatamente a precisão e fidedignidade do seu testemunho. Nas crianças devem ser tidas em consideração todas as suas capacidades, tendo como objetivo favorecer a recuperação mnésica e minimizar o impacto negativo de interrogatórios sugestivos que possam resultar em distorções pejorativas.

⁴⁶ De acordo com o n.º 1 do art.º 10 da LPCJP, a al. a) do n.º 1 do art.º 1981º e a al. a) do art.º 1984º, ambos do CC, a vontade do menor é relevante a partir dos seus 12 anos de idade. Sobre a questão do grau de desenvolvimento, veja-se, de forma mais alargada, o Ac. do TRE de 5 de dezembro de 2013, Proc. 3-C/2000.E1, do relator José Lúcio, disponível em www.dgsi.pt.

Conclui-se que, nos casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, é do entendimento pacífico da doutrina, bem como da legislação, regulamentos da UE e convenções internacionais, de que se deve recorrer à audiência do menor, sempre que possível, tendo em conta a sua maturidade e capacidade de gestão emocional (onde a psicologia pode intervir em larga escala)⁴⁷, não apenas quanto ao apuramento dos factos existentes no desacordo entre os pais mas também pela necessidade de se criar um projeto educativo neste sentido⁴⁸.

4.2. Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento e de rutura da união de facto

Inerente aos casos de dissociação familiar, no que respeita às questões de particular importância na vida dos filhos, estabeleceu o legislador como regime-regra o do exercício conjunto das responsabilidades parentais⁴⁹.

Efetivamente, importantes alterações impostas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, foram introduzidas nos art.ºs 1905º e 1906º do CC, que analisaremos de seguida.

Quanto ao art.º 1905º do CC, alterou-se no sentido de se passar a referir em exclusivo aos alimentos devidos aos filhos nos casos de divórcio, separação ou anulação do casamento, que devem ser regulados através de acordo sujeito a homologação, com vista ao interesse dos mesmos.

Quanto ao art.º 1906º do CC, que regula as responsabilidades parentais nos casos acima referidos, em primeiro lugar, no que respeita às questões de particular importância para a vida dos filhos, impõe-se o exercício conjunto das mesmas; passa a distinguir-se as “questões de particular importância” e as “questões dos atos correntes” da vida dos filhos bem como se definem as “orientações educativas mais relevantes” assumidas pelo progenitor que reside habitualmente com o menor; quanto à definição da residência dos filhos e o direito de visita, a responsabilidade decisória por parte do tribunal ganha primazia perante o acordo entre os pais; introduz-se o dever

⁴⁷ De acordo com o n.º 2 do art.º 24º da CDFUE e o n.º 2 do art.º 12 da CNUDC, bem como, com o Regulamento (CE) 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro.

⁴⁸ JOÃO BOTELHO, “Regulação das responsabilidades parentais”, maio de 2015, pp. 29-39.

⁴⁹ Antes da reforma introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a regra, para os mesmos casos, isto é, de dissociação familiar, era a do exercício unilateral das responsabilidades parentais, subjacente a uma manifesta preferência jurisprudencial pela entrega da guarda dos filhos à mãe.

de prestar informações por parte do progenitor que assume as responsabilidades parentais ao outro; clarificação do critério de decisão do tribunal em prol do interesse dos filhos, no sentido de reforçar a proximidade dos mesmos com ambos os progenitores e que as responsabilidades parentais sejam partilhadas.

Daqui se retira que as alterações introduzidas por esta lei procuraram obter uma maior proximidade entre os filhos e ambos os progenitores perante as situações de divórcio ou separação, em prol do interesse das crianças, pressupondo a partilha as responsabilidades parentais entre os pais⁵⁰.

Será, então, perceptível que o legislador procurou a obtenção de acordo por parte dos progenitores quanto às questões de principal relevância na vida dos filhos⁵¹, de forma a que, pese embora a separação conjugal, sejam dirimidos os possíveis conflitos entre os pais, permitindo que ambos possam continuar a participar ativamente na vida dos menores, assegurando os seus interesses e sobretudo preservando o vínculo paterno-filial.

Nesta senda, torna-se imprescindível explanar, de seguida, as “questões de particular importância na vida do filho”, bem como os fundamentos que sustentaram as referidas alterações legislativas.

4.2.1. Questões de particular importância na vida do filho

O exercício comum do poder paternal (agora responsabilidades parentais) já se encontrava previsto antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, nos casos de acordo entre progenitores homologado pelos tribunais competentes, quer durante o matrimónio, quer posteriormente ao divórcio dos pais.

Após a entrada em vigor desta lei, continua a vigorar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, quer durante a vigência casamento, como previsto nos art.ºs 1901º e ss. do CC, quer nos casos em que os progenitores vivam em situações análogas às dos cônjuges, através do n.º 1 do art.º 1911º do CC, quer após o divórcio, quanto às questões de particular importância da vida dos filhos, tal como para as situações separação judicial de pessoas e bens,

⁵⁰ RITA LOBO XAVIER, “Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro”, Almedina, agosto 2010, pp. 63-67.

⁵¹ Cf. art.º 44 do RGPTC.

declaração de nulidade ou anulação do casamento, como se lê no art.º 1906º do CC, estendendo-se este regime para os casos de cessação de convivência em condições análogas às dos cônjuges (n.º 2 do art.º 1911º do CC), ou quando não vivam em situações análogas às dos cônjuges, mantenham filiação estabelecida em relação a ambos (art.º 1912º do CC) e nas situações de separação de facto entre os pais (art.º 1909º do CC).

Ademais, no âmbito das responsabilidades parentais, segundo o art.º 1902º do CC, sempre que um dos progenitores pratique um ato, a presunção da lei assume que o mesmo seja de acordo com o outro progenitor, nos casos em que não seja expressamente exigido pela lei o consentimento mútuo entre os pais, ou se trate de ato de particular relevância na vida dos filhos.

Assim, quando se tratem de casos de particular importância na vida das crianças, a falta de acordo entre progenitores não será oponível a terceiros de boa-fé, não devendo esses intervir em atos praticados por um dos progenitores, quando não seja presumível o acordo do outro ou quando a oposição do mesmo seja do seu conhecimento⁵².

As questões de particular importância, tal como o interesse do menor, que analisaremos mais tarde, tratam-se de conceitos indeterminados, sendo estas da maior relevância, uma vez que se tratam da estrutura basilar de todo o regime das responsabilidades parentais. Conceitos indeterminados estes que servem precisamente para que seja possível prever o maior número de situações possíveis de surgir.

De acordo com o abordado, o art.º 1906º do CC estabelece atualmente que as responsabilidades parentais sejam exercidas em comum pelos progenitores, quando atinentes às questões de particular importância da vida dos menores.

Neste particular, constituem questões de particular relevância da vida do menor, entre outras, a realização de intervenções cirúrgicas, quando impliquem risco para a vida dos filhos; prática de atividades desportivas radicais; interrupções voluntárias de gravidez das crianças do sexo feminino; prática de atividade laboral dos filhos; escolha de religião; escolhas no ensino, nomeadamente opção pelo público ou particular⁵³, bem como pelo ensino universitário ou profissional; alteração

⁵² MARTA FALCÃO *et al.*, "Direito da Família: da Teoria à Prática", Almedina, 2016, 2ª Ed., rev. e atual., p. 125.

⁵³ Existe uma divergência na doutrina quanto a esta questão, pois há Autores, como ABILIO NETO (em "Código Civil Anotado", 18ª Ed. rev. e atual., Ediforum, Lisboa, 2013) que entendem que, se a escolha do local de ensino for particular, envolve mais custos, tratando-se por isso de uma questão de particular importância, enquanto que, se a escolha for para um local de ensino público, então já estaremos perante atos da vida corrente dos filhos. Por outro lado, MARIA CLARA SOTTOMAYOR (em "Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio", 5ª Ed., 2011, p. 313) entende que, independentemente de o local de ensino eleito pelos pais ser de cariz público ou privado, essa decisão deverá ser

de residência que implique afastamento geográfico, nomeadamente entre Portugal continental e ilhas ou entre Portugal e estrangeiro; atos previstos no art.º 1889º do CC, relativos à administração de bens e que impliquem alterações substanciais no património dos filhos; aquisição de nacionalidade; ida para o estrangeiro que comprometa a segurança ou saúde dos menores; concretização de casamento dos filhos; exercício do direito de queixa e solicitação de passaporte⁵⁴.

Por outras palavras, referimo-nos a questões que introduzam mudanças significativas na vida do menor, que vão influir diretamente com o futuro do mesmo e que, por esse motivo, devem subentender o acordo de ambos os progenitores.

Ilustre-se que as questões de particular importância “serão sempre acontecimentos raros. Os dois progenitores, assim, apenas terão a necessidade de cooperar episodicamente, e sempre à volta de assuntos que, por serem importantes para a vida do filho, porventura os chamarão à sua responsabilidade de pais e à contenção recomendável para essas ocasiões”⁵⁵.

No sentido de se harmonizarem as decisões futuras, os progenitores, aquando do acordo do exercício das responsabilidades parentais, devem estabelecer, desde logo, as questões que ambos consideram como relevantes na vida dos seus filhos.

O exercício comum das responsabilidades como regra deixa de ter lugar perante situações de “urgência manifesta”, isto é, quando o obívio da prática do ato implica para a criança um prejuízo iminente que em tempo útil seja impossível entrar em contacto com o outro progenitor ou alcançar a sua autorização.

Ora, quando não seja possível o acordo entre progenitores quanto às questões de particular importância da vida dos filhos, poderá haver lugar à mediação familiar⁵⁶ ou a processo judicial, tal como se estipulava no art.º 184º da OTM⁵⁷ e atualmente se estipula no art.º 44º do RGPTC.

tomada pelo progenitor que está com o filho no seu dia-a-dia. No nosso entendimento, a escolha do local de ensino faz parte das questões de particular importância, uma vez que pode determinar, indubitavelmente, o futuro das crianças.

⁵⁴ HELENA GOMES DE MELO, *et. al.*, “Poder Paternal e Responsabilidades Parentais”, 2ª Ed., rev., atual. e aum., Quid Juris Sociedade Editora, 2010, p. 159.

⁵⁵ GUILHERME DE OLIVEIRA, “A nova lei do divórcio”. In *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*. Coimbra, Coimbra Editora, Ano 7, n.º 13, (2010), *apud* DÉBORA FERREIRA MACEDO DOS SANTOS, “Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio”, em Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade do Minho, 2016, p. 22.

⁵⁶ Iremos abordar o tema da mediação familiar no ponto 4.2.7. deste capítulo.

⁵⁷ Revogada pelo RGPTC.

Em suma, não obstante o facto de estarmos perante um conceito indeterminado, o das “questões de particular importância para a vida do filho”, cremos na viabilidade de delimitação do rol de atos que integram o seu núcleo, concernindo ao tribunal ou às partes a sua concretização do acordo que regule o exercício das responsabilidades parentais.

4.2.2. Meros atos da vida corrente do filho

Como vimos no ponto anterior, no respeitante às questões de particular importância para a vida do filho, as responsabilidades parentais devem ser exercidas em conjunto por parte dos pais, nos mesmos termos que se exerciam na perseverança do matrimónio e na medida em que esteja garantido o interesse do menor⁵⁸.

Os meros atos da vida corrente para o filho, isto é, os atos decorrentes do seu quotidiano, deverão ser da decisão do progenitor com o qual a criança coabita ou com aquele se encontre temporariamente, sendo que este último deverá ter o cuidado de, ao exercer essas mesmas responsabilidades não contrariar as orientações educativas relevantes definidas pelo progenitor da residência habitual do menor, tal como se por ler no n.º 3 do art.º 1906º do CC.

Nestas situações, impor o exercício conjunto implicaria a criação de algum dramatismo e contacto frequente entre ambos, que em nada beneficiaria o filho e os seus interesses.

Nesta senda, ao não permitir que o progenitor não coabitante com o menor contrarie as orientações educativas mais significativas estabelecidas pelo outro progenitor procura-se asseverar uma maior constância no dia-a-dia do filho, precavendo, dessa forma, que o progenitor não coabitante usufrua do seu período com ele de forma magnânima. Ora, posto isto, manifestamos a nossa harmonização com a solução legal *supra* aludida, uma vez que, acreditamos que a mesma minorará expressivamente a disparidade entre os moldes de educação incitada pelos respetivos pais, garantido a estabilidade essencial ao desenvolvimento ordinário do menor.

Não se descure, contudo, que em ambos os atos *supra* aludidos, isto é, quer nos atos de particular importância, quer nos meros atos da vida corrente dos filhos, estamos perante noções de carácter indeterminado, o que pode levar a potenciais conflitos parentais, motivo pelo qual o

⁵⁸ Vide o ac. do TRC de 1 de fevereiro de 2011, proc. 90/08.8TBCNT-D.C1 do relator Arlindo Oliveira, disponível www.dgsi.pt. O exercício conjunto das responsabilidades parentais por parte dos progenitores, relativamente às questões de particular importância na vida dos filhos, surge como regra, subjacente da 1ª parte do n.º 1 do art.º 1906º do CC.

legislador não elencou tais atos, deixando esse papel para a doutrina e para os tribunais, que mais tarde analisaremos.

Refira-se que, ao progenitor que não coabita com o menor, cabe o direito de ser informado pelo outro sobre o seu modo de exercício, nomeadamente, no que concerne à educação dos filhos, de acordo com o n.º 6 do art.º 1906º do CC⁵⁹, caso entenda que essas questões não estejam a ser bem defendidas pelo progenitor guardião⁶⁰.

Acresce que, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo que “o progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício”. Desta forma, cremos na resolução ou atenuação de possíveis conflitos gerados pela confiança provisória a terceiros aos quais foi delegado o exercício das responsabilidades parentais.

Assim, quando estejam em causa meros atos da vida do filho, prevendo o legislador a possibilidade de estes mesmos atos serem diligenciados pelo progenitor que se encontra com o menor, sendo o coabitante ou não, consegue alcançar-se uma maior flexibilidade na organização da vida dos progenitores, evitando por sua vez possíveis conflitos entre eles e até mesmo eventuais deslocações para assistir às necessidades básicas do menor.

Em suma, nos casos de dissociação familiar, importa encontrar a distinção do limiar entre as questões de elevada importância na vida do menor e os meros atos correntes do seu quotidiano, idealmente até serem mesmo pré-definidos pelos próprios progenitores, de forma a adquirirem legitimidade na tomada de decisões aquando da permeância com os filhos.

Ora, simplificando, os atos de elevada importância serão a exceção na vida do menor e os meros atos da vida da criança serão a reiteração no seu quotidiano⁶¹.

⁵⁹ Pode ler-se neste artigo que o progenitor não residente tem o “direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho”, por parte do progenitor detentor da guarda física do menor.

⁶⁰ JOÃO BOTELHO, *op. cit.*, pp. 43-47.

⁶¹ De acordo com MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, p. 324.

4.2.3. O interesse do menor como conceito indeterminado e critério decisivo

Nos conceitos indeterminados no seio do direito da família e menores, importa realçar, uma vez mais, que, quanto ao regime do exercício das responsabilidades parentais, o superior interesse da criança é o conceito fundamental a ter em consideração.

A consagração da criança como sujeito de direitos foi uma das conquistas conseguidas após a Revolução do 25 de abril de 1974, surgindo, assim, a necessidade de usar a técnica legislativa dos conceitos indeterminados por parte do legislador para permitir concretizar as necessidades de cada criança.

Destarte, na utilização de conceitos indeterminados, nunca nos podemos abstrair de que esta discricionariedade não pode significar arbitrio, mas simplesmente deixar margem para que se possa decidir adequadamente perante cada caso.

Ora, o critério do interesse da criança foi consagrado pelo legislador como um conceito indeterminado, o que pode torná-lo ambíguo na apreciação dos juízes. Neste sentido, o julgador deve atender às necessidades e ao desenvolvimento de cada criança, uma vez que se trata de um critério tão importante e que serve de base para a atribuição da guarda das crianças.

Sendo o interesse do menor um conceito indeterminado, poderá carecer de sujeição a “valorações objetivas” ou a “valorações pessoais” por parte do decisor. No entanto, quanto mais indeterminado for, mais facilmente se alcança esse mesmo interesse, nunca prescindindo de factos obrigatórios a constar na decisão definidos pelo legislador.

A determinação do interesse da criança baseia-se em fatores relevantes como a segurança, saúde, sustento, educação, autonomia, desenvolvimento físico, intelectual, moral e opinião da criança (art.ºs 1878º, 1885º e 1901º do CC), sendo que a relação afetiva deve prevalecer às possibilidades financeiras dos pais.

Refira-se, que o interesse do menor deverá ser o critério fundamental quer quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais, tal como se pode ler no art.º 1878º do CC, quer quanto às decisões judiciais, como previsto no n.º 1 do art.º 3º da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989⁶².

⁶² Pode ler-se neste artigo 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 o superior interesse da criança”.

Segundo o art.º 175º da Organização Tutelar de Menores, a criança pode participar na conferência em que os pais são propostos a acordo por parte do juiz, dependendo da sua idade e maturidade⁶³.

No que concerne ao superior interesse da criança, este deve ser garantido através de “uma relação de grande proximidade entre os progenitores”, como refere o n.º 7 do art.º 1906º do CC e ainda que o juiz deve optar por “decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidade entre eles”.

A Assembleia das Nações Unidas aprovou a Declaração dos Direitos das Crianças em 20 de novembro de 1959, onde consta que “a criança deve beneficiar de uma proteção especial e ver-se rodeada de possibilidades concedidas pela Lei e por outros meios, a fim de se poder desenvolver de uma maneira sã e normal no plano físico, intelectual, físico, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. Na adoção de leis para este fim, o superior interesse da criança deve ser a consideração determinante”.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças de 1990, no mesmo sentido, baseou-se no superior interesse da criança como princípio determinante nas tomadas de decisões.

Assim, o interesse do menor deve ser atendido como princípio fundamental enformador de base a qualquer tomada de decisão concernente ao exercício das responsabilidades parentais. Portanto, as responsabilidades parentais devem ser exercidas como um poder-dever e não discricionariamente, prosseguindo a proteção e promoção de interesses dos filhos, por forma a obter um consonante desenvolvimento dos mesmos.

Não se descure que, na decisão relativa à entrega do menor ao pai ou à mãe, deve acautelar-se devidamente se estão reunidas todas as condicionantes para que o interesse do menor seja salvaguardado, tentando proporcionar uma certa continuidade do seu estilo de vida, atenuando os possíveis choques consequentes do divórcio dos progenitores⁶⁴.

Neste sentido, o Acórdão do STJ de 4 de fevereiro de 2010 indica que o “critério orientador, na regulação do poder paternal (responsabilidades parentais) é o superior interesse do menor, conceito aberto que carece de concretização, por parte do juiz, devendo tomar-se em linha de

⁶³ Será entre os 12 ou 14 anos de idade, segundo o art.º 1901º do CC.

⁶⁴ Neste sentido, consultar o Ac. do TRG de 18 de maio de 2010, proc. 1230/07.OTBEPS.G1 da relatora Maria Luísa Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

conta a disponibilidade afetiva demonstrada pelos progenitores, ou terceira pessoa, a capacidade, ou não, dos progenitores de promoverem o harmonioso desenvolvimento do menor e de se adaptar às suas necessidades. Em todo o caso, é o superior interesse da criança que norteia toda a regulação do exercício do poder paternal (responsabilidades parentais), e, moderadamente, tem-se entendido que o fator relevante para determinar esse interesse é constituído pela regra da figura primária de referência, segundo a qual a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia. Por outro lado, este critério também está em harmonia com as orientações legais acerca do conteúdo do poder paternal (responsabilidades parentais) e com as que consideram a vontade da criança como um fator decisivo na resolução de questões que dizem respeito à sua vida⁶⁵.

Por conseguinte, como referimos, pode ler-se no n.º 7 do art.º 1906º do CC 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”.

À semelhança do estipulado nos n.ºs 1 e 2 do mesmo artigo, as responsabilidades parentais, no que concerne às questões de particular importância na vida do menor, são exercidas conjuntamente pelos progenitores, nas circunstâncias em vigor na constância do matrimónio, excetuando-se quando tal não seja em prol do interesse dos filhos.

Sucedo, contudo, que, com as alterações introduzidas pela Lei 61/2008, o legislador vem reconhecer a necessidade de se manterem os laços afetivos com ambos os pais, promovendo o interesse dos filhos que deve ser visto como suficientemente vasto por forma a abranger todas as circunstâncias legítimas de serem relevadas, isto é, quer primordialmente a nível intelectual, moral, social, físico, religioso, material, como o sexo ou idade do menor, grau de desenvolvimento, capacidade de adaptação da criança às novas circunstâncias que advêm da separação dos pais, que podem implicar mudanças de escola, círculo de amigos, residência, entre outros.

Outras circunstâncias que os tribunais devem atender, numa segunda fase, são a aptidão por parte dos pais para conduzir as necessidades dos seus filhos, a sua diligência para cuidar deles, o sexo dos progenitores quanto a fatores como o da preferência maternal, as ligações entre cada

⁶⁵ Transcrição redigida no Ac. do STJ de 4 de fevereiro de 2010. proc. 1110/05.3TBSCD.C2.S1, do relator Oliveira Vasconcelos, disponível em www.dgsi.pt.

um deles com cada filho, situação financeira, entre outros fatores alheios aos progenitores e aos filhos, como condições materiais ou geográficas que pesam na decisão⁶⁶.

Constata-se, pois, que tal interesse, além de constituir um princípio norteador das decisões judiciais concernentes às responsabilidades parentais, que por sua vez, se sobrepõe ao dos progenitores, também se trata de um conceito do qual a lei se refugia, tronando-se impossível, e bem, defini-lo.

Esta ideia é retirada do acórdão do TRL de 4 de fevereiro de 2010, em que “a guarda dos filhos, acima do interesse dos próprios pais, sobreleva o interesse dos menores, na medida em que a guarda, antes de um direito dos pais, é um dever, verdadeiro direito-dever. Daí que a convivência dos progenitores fique em segundo plano, quando em conflito com os interesses dos menores” e que “o tribunal deve conceder um peso decisivo à estabilidade e equilíbrio emocional dos menores”⁶⁷.

Ora, claro está que, no parecer de alguns autores, este conceito está sujeito ao entendimento de cada ordenamento jurídico e ao seu respetivo contexto cultural.

Atendendo ao interesse da criança, importa aqui também realçar o impacto possivelmente traumático que decorre dos litígios gerados pela rutura da unidade familiar que lhe serve de base. Assim, ao menor cabe a sujeição ao papel de vítima inocente objeto dos novos interesses dos progenitores, muitas vezes disfarçados de interesses daquele, a que alguns autores se referem de ficção jurídica.

Através desta ponte, vimos defender, uma vez mais, a aplicação do regime da guarda conjunta, que analisaremos particularmente mais tarde, para que seja possibilitado ao menor manter o contacto com ambos os progenitores, evitando os conflitos subjacentes do exercício da responsabilidade parental⁶⁸.

Sumariamente, o interesse dos filhos é, destarte, um critério que deverá estar subjacente a todas as decisões concernentes à vida do menor, não somente no seio dos tribunais, como também no seio da mediação familiar⁶⁹, que analisaremos mais tarde.

⁶⁶ Neste sentido, consultar o Ac. do TRP de 28 de junho de 2011, proc. 1814/09.1TJVNFA.P1 do relator Rodrigues Pires, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁷ Transcrição redigida no Ac. do TRL de 4 de fevereiro de 2010, proc. 8506/2006-6, da relatora Fátima Galante, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 15-27.

4.2.3.1. Alguns contributos do conhecimento interdisciplinar para o superior interesse da criança

As ciências, quer sociais, quer exatas, também contribuem para a construção do conceito do “superior interesse” das crianças. Iremos, por isso, referir inferir alguns ramos que são fundamentais neste domínio.

No ramo da antropologia, psicologia e física, desde a teoria de Darwin, ao aparecimento do código genético, à evolução biológica, ao processo do desenvolvimento do homem, este, tem vindo sempre a ser considerado um indivíduo pluripotencial, de forma a desenvolver-se de diversas formas de acordo com o seu meio social.

A física quântica, com a nova visão das energias, criou movimentos filósofos que justificam alguns comportamentos dos progenitores quanto ao exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente do controlo comportamental no quadro relacional, sendo que a psicologia acrescenta que os maus-tratos psicológicos podem trazer danos muito superiores aos físicos.

No ramo da neurociência (o cérebro e a emoção), também no seguimento da linha de Darwin, surgem outros pensamentos contributivos nesta matéria, que explicam que o cérebro do ser humano sofre, na sua evolução, diversas alterações. Por outras palavras, primeiro o cérebro, através do pensamento, focava-se nos instintos básicos de sobrevivência, de onde poderia surgir a violência do homem, evoluindo depois para um pensamento que se focava na proteção e instintos maternais ou paternais.

Importa perceber que as decisões humanas estão sempre baseadas em emoções positivas ou negativas, sendo a consciência um meio de resolução de conflitos, que depois de resolvidos incorporam o inconsciente, isto é, o emocional. No quadro emocional negativo, têm surgido as responsabilidades parentais, uma vez que os progenitores acabam por canalizar cargas negativas nas crianças em consequência da dissociação familiar. Este quadro só pode ser alterado se existirem emoções positivas que só dependem dos progenitores, sendo isso que tentamos alcançar.

No ramo da psicologia (estágios de desenvolvimento da criança), o foco está na criança e no seu desenvolvimento desde que nasce, sendo que o mesmo é potencialmente diferenciado conforme o ambiente em que a criança cresce.

Assim, ao longo do seu crescimento, há alterações decorrentes do desenvolvimento emocional e cognitivo desde bebê, a criança, a jovem e adulto, que dependem diretamente do exercício das responsabilidades parentais.

Ora, a psicologia contribui em larga escala na nossa análise, uma vez que explica algumas vantagens e desvantagens no regime da guarda conjunta que explanaremos posteriormente⁷⁰.

Joaquim Manuel da Silva⁷¹ refere ainda alguns estudos de autores, dos quais, entre quarenta e oito realizados, em apenas dois deles foram encontrados efeitos negativos para o desenvolvimento da criança em regime de guarda conjunta.

Também a Associação para a Igualdade Parental e Direito dos filhos aponta no sentido de que este regime é o que traz mais vantagens para o desenvolvimento da criança, baseando-se numa amostra composta por mais de quatrocentas famílias.

São inúmeros os argumentos apresentados pela doutrina no aconselhamento deste regime, nomeadamente o facto de atenuar os conflitos entre progenitores, evitar o abandono das crianças e diminuir o stress geral da família.

4.2.4. Residência do menor

Quanto à residência do menor, no âmbito das responsabilidades parentais, prevê o art.º 1905º do CC que possa ser com um ou ambos os progenitores. Também poderá residir com terceira pessoa, em caso de tutor ou em estabelecimento de educação ou assistência, segundo a Lei de Proteção de Jovens em Perigo.

De acordo com os art.ºs 1776-A e ss. do CC, quanto à atribuição da residência dos menores, a deliberação do progenitor a quem é concedida poderá ser feita através de acordo extrajudicial entre ambos os pais ou através de decisão judicial.

Daqui se retira que, se a dissociação familiar estiver subjacente a uma separação por mútuo consentimento, então os progenitores devem, desse, logo, fixar um acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, que, por sua vez, é averiguado pelo MP em consórcio com o Tribunal

⁷⁰ JOSÉ MANUEL DA SILVA, "A Família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada", Petrony Editora, abril 2016, pp. 78-80.

⁷¹ *Ibidem*, p. 125.

competente⁷², que se pronunciará no prazo de trinta dias, tendo por base da sua ponderação o interesse do menor, como referimos no ponto anterior.

Nesta senda, não havendo acordo entre os progenitores, será o juiz a ditar as consequências da dissociação familiar quanto às responsabilidades parentais dos progenitores sobre os seus filhos⁷³.

Paralelamente à atribuição das responsabilidades parentais, o menor pode residir com ambos os progenitores, através do regime de guarda conjunta, que, salvo melhor opinião, será o mais sensato com vista aos interesses das crianças⁷⁴.

Para isso, deverão os progenitores ser sensíveis quanto à proximidade entre residências, para que os impactos negativos nas crianças sejam atenuados ao máximo. Deverão ser tidos em consideração também fatores como a disponibilidade dos progenitores, a distribuição dos períodos de residência dos filhos, o local onde estudam ou têm atividades extracurriculares, para que a guarda conjunta seja eficaz.

Importa, então, realçar que a estabilidade do menor deve ser prioridade, devendo o período de tempo em que passa em cada residência ser, no mínimo, de uma semana.

Assim, a guarda conjunta possibilita o convívio com ambos os progenitores, não permitindo que surjam sentimentos de insegurança ou de saudade de um deles.

No caso de os progenitores terem mais de um filho, com base no mesmo princípio da estabilidade dos menores, os irmãos nunca devem ser separados.

Com as alterações introduzidas pela Lei 61/2008 de 02 de junho, presentes nos art.ºs 1905º e 1906º, tornou-se possível a autonomização da fixação da residência dos filhos e do exercício das responsabilidades parentais, afastando destas o conceito de guarda.

Com efeito, torna-se claro que uma realidade corresponde à fixação da residência dos filhos com um dos progenitores e outra realidade diz respeito à determinação de que progenitor exerce

⁷² Analisaremos a competência dos Tribunais, nestas matérias, no ponto 8 da Sec. II do Cap. III.

⁷³ Consta-se um certo antagonismo quanto às normas da OTM, que consideravam o acordo como uma forma de regulação do exercício das responsabilidades parentais paralelo da decisão judicial. Ademais, será recusada a homologação dos acordos, quando estes não assegurem devidamente os interesses das crianças (art.º 1778.º-A, n.º 3 do CC).

⁷⁴ Em casos extremos, como o ordenamento jurídico belga, chega-se mesmo a exigir a guarda conjunta.

as responsabilidades parentais. O conceito de guarda fica, então, circunscrito ao seu sentido estrito, sendo que se lhe atribui a fixação de residência.

4.2.5. Regime de Visitas

Iniciando este preâmbulo pelo direito de visita, importa referir que, juridicamente, este implica a visita dos pais aos seus filhos em consequência da dissolução da união familiar, pertencendo este direito ao progenitor que não tenha a guarda física da criança, exceto nos casos de emprego do regime de guarda conjunta conjeturada para responder aos interesses do menor.

Ora, pode, assim, afirmar-se que este direito foi concebido com o objetivo de proporcionar a confraternização entre o progenitor não detentor da guarda e o filho, subjugando-se ao mesmo uma forte realidade afetiva⁷⁵.

Por seu turno, os casos mais comuns em que se estabelece um regime de visitas quanto ao acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais são aqueles em que a guarda está atribuída a um dos progenitores.

No entanto, também na guarda conjunta fará sentido, quando o período em que o menor passa com um dos progenitores extravase, por exemplo, uma semana.

Posto isto, é importante que sejam definidos horários e tudo o que envolva a recolha dos filhos para que se evitem conflitos entre os progenitores.

Acresce ainda que, para quando se tratem de bebés em período de amamentação, o regime de visitas deve ser reduzido a horas, devido aos cuidados frequentes e diários de aleitamento.

⁷⁵ Não se descure que, antes, este direito transportava um sentido circunscrito, de forma a que apenas se referia à contingência facultada ao progenitor não detentor da guarda do menor, de visitar o mesmo na sua residência habitual, ou ausentar-se com ele por determinado período de horas, facto que atualmente se flexibilizou para alguns dias ou até semana.

4.2.5.1. A criminalização do incumprimento do regime de regulação das responsabilidades parentais

O art.º 7 da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio também alterar disposições do CP, passando a consagrar o crime da “subtração de menor” (alteração do n.º 1 do art.º 249º do CP) em caso de incumprimento, repetitivo e injustificado, do regime do exercício das responsabilidades parentais, recusando ou impedindo a sua entrega a quem de direito. Neste particular, importa realçar a al. c) do referido art.º 249º do CP, que refere que “quem, de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”, é punido com pena de prisão ou multa.

Esta conduta punível vem agora abarcar, para além da recusa da entrega do menor, outros incumprimentos quanto ao regime estipulado para o exercício das responsabilidades parentais. Assim, com esta alteração, o bem jurídico eventualmente lesado ultrapassará a desobediência à autoridade, uma vez que o referido regime será estipulado por sentença judicial, considerando-se de “interesse público” o contributo de ambos os progenitores na vida dos filhos⁷⁶.

Ademais, estabelece o art.º 41º do RGPTC que, se o progenitor a quem foi confiada a criança “não cumprir com o que tiver sido acordado ou decidido, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer, ao tribunal que no momento for territorialmente competente, as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa (...) e, verificando-se os respetivos pressupostos, em indemnização a favor da criança, do progenitor requerente ou de ambos”.

4.2.6. Mediação Familiar⁷⁷

“A filosofia da mediação é que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem resolvê-lo”⁷⁸.

⁷⁶ RITA LOBO XAVIER, *op. cit.*, pp. 70-71.

⁷⁷ Introduzida no nosso ordenamento jurídico através da Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, que aditou o art.º 147º-D ao DL n.º 314/78, de 27 de outubro (Organização Tutelar de Menores).

⁷⁸ JUAN CARLOS VEZZULLA, 2001 *apud* RITA SEVERINO, “As rupturas conjugais e as Responsabilidades Parentais”: Mediação Familiar em Portugal, p. 57.

Os conflitos entre os progenitores podem resultar em ruturas conjugais, que são particularmente prejudiciais quando existem filhos, os quais acabam por ser os principais afetados.

No que concerne ao enquadramento jurídico da mediação familiar em Portugal, os papéis desempenhados pelos pais na estrutura familiar foram sofrendo alterações ao longo dos anos, quer pela legislação que foi sendo introduzida no Direito da Família, quer por motivos de ordem social.

Ora, refira-se, a título informativo, que a primeira lei do divórcio foi publicada em 3 de novembro de 1910 e focava os aspetos da dissolução do casamento, do divórcio litigioso, do divórcio por mútuo consentimento e da separação de bens e pessoas.

A mediação familiar desenvolve-se sobretudo nos anos 70. Todavia, em Portugal, revela uma maior procura a partir dos anos 90, sendo que, em 1990, nasce o Instituto Português de Mediação Familiar e, em 1997, a Associação Nacional para a Mediação Familiar, ambos privados. Ademais, neste mesmo ano, nasce o Gabinete de Mediação Familiar, de foro público e não remuneratório.

Trata-se de uma forma de resolução de litígios conduzida por um mediador, que adota uma postura imparcial perante a condução da assistência aos progenitores que o procuram, com vista à obtenção de um acordo entre si.

Saliente-se que a mediação familiar sustenta-se no facto de serem os pais e não o Estado a determinar os interesses do menor, até porque, se os acordos forem criados pelos respetivos pais, serão mais facilmente cumpridos, sendo estes os principais envolvidos.

Deste modo, a mediação familiar entende-se por uma via de resolução de conflitos em que o mediador auxilia o casal em fase de separação, no âmbito das relações familiares no sentido que se obter uma negociação não conflituosa. Esta modalidade extrajudicial é solicitada pelas partes em litígio e controlada por uma terceira pessoa, que visa a obtenção de acordo entre as mesmas.

Assim, estamos perante uma alternativa ao processo judicial com vista à resolução de conflitos em que os mediados decidem e o mediador promove a comunicação entre as partes, ajudando-as a encontrar soluções ajustadas à situação em concreto.

Quanto às responsabilidades parentais, conseguimos apurar que, fatores como o processo de mediação ser solicitado por ambas as partes ou como os pais terem formação superior, contribuem para que as mesmas sejam partilhadas.

Com efeito, o art.º 1774º da Lei n.º 61/2008, impõe precisamente a divulgação dos serviços de mediação familiar às conservatórias e aos Tribunais, antes que se dê início a uma ação de divórcio, sendo possível concluir que o legislador no nosso ordenamento jurídico está ciente dos benefícios que a mediação acarreta.

Segundo o art.º 6 do Despacho 18778/2007, quanto ao recurso à mediação familiar, este pode ser realizado extrajudicialmente ou no decorrer da suspensão do processo judicial, sendo que há uma divisão da doutrina quanto à obrigatoriedade da mediação familiar antes de iniciada uma ação de divórcio.

De qualquer forma, o incremento atribuído legalmente à mediação familiar traz enormes benefícios para o interesse dos menores e mesmo para o dos próprios progenitores, deixando em aberto a sua obrigatoriedade⁷⁹.

Assim, em consequência dos incumprimentos e alterações às responsabilidades parentais inculcadas judicialmente, surge uma via alternativa e não jurisdicional de dirimir esse problema. Com o contributo de juristas e psicólogos, de forma informal, a mediação tem como objetivo atenuar os efeitos da rutura familiar, promovendo a resolução de conflitos através de técnicas específicas que estimulam o diálogo entre as partes e sobretudo a mútua cooperação para que prevaleça a harmonia dos filhos.

Desta evidência também se retira que este método extrajudicial de resolução alternativa de conflitos se aplica essencialmente quando não se encontra pendente nenhum processo judicial e que, no caso de haver esse mesmo processo, esteja entregue à mediação familiar ou perante suspensão da referida instância judicial por parte dos progenitores, sob garantia de sigilo.

Ora, ao mediador não cabe a decisão, mas sim a manutenção de diálogo entre os pais com vista a um acordo entre eles e à escolha do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Assim, o mediador tem um papel esclarecedor, informando as partes das soluções possíveis, visando ao acordo entre elas.

Não se descure, contudo, que não pode aos mediadores ser delegado o poder de decisão que cabe aos magistrados.

⁷⁹ HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 63-67.

Importa realçar que “a família continua a ser a célula básica, o grande mediador cultural, a essencial matriz biológica e afetiva para o desenvolvimento harmonioso da criança e a realização do adulto”⁸⁰.

Porém, a mediação só poderá ser utilizada em alguns casos, ou seja, em que os pais, apesar da separação, conseguem reconhecer cordialmente que o bem-estar dos filhos prevalece, devendo, por isso, ser acautelado.

Ao juiz cabe, sempre que entender, solicitar a intervenção dos mediadores através da autorização dos interessados, sendo que também pode ser requerida por estes, sempre com vista a garantir o interesse do menor, dirimindo os conflitos e agilizando os processos.

O sistema da mediação familiar, implementado pelo Despacho n.º 18778/2007, é constituído por diversos colaboradores profissionais e especializados representados pela Associação Nacional para a mediação familiar. Este sistema garante fatores como a voluntariedade, uma vez que a adesão ao mesmo é totalmente livre e pode ser abandonado quando as partes assim o entenderem. Também garante a celeridade, sendo que um dos seus objetivos principais face à condução do processo é o rumo ao acordo entre progenitores, atingindo, no máximo, noventa dias. A proximidade é garantida por este sistema, promovendo que cada progenitor apresente as suas motivações através de diálogo fomentando a capacidade de conciliação entre os pais, com vista à melhor solução para a criança.

Além destes fatores, também a flexibilidade é uma característica deste sistema, pois são as partes que, por sua iniciativa, recorrem ao sistema da mediação familiar, envolvendo cedências mútuas entre os progenitores e também em relação ao futuro para que a vida dos menores não esteja circunscrita a um acordo, mas sim a um regime que se possa adaptar às suas necessidades ao longo tempo. Por último, é um sistema confidencial, onde se garante o sigilo por parte do legislador, estando o mediador impedido de intervir como testemunha.

O Gabinete para a Resolução de Alternativa a Litígios assegura o funcionamento do sistema de mediação familiar. Os mediadores podem prestar serviço público ou privado e as sessões podem ser realizadas no local onde for acordado.

⁸⁰ ARMANDO LEANDRO, “Ajuda à decisão, ajuda aos pais, aos filhos e à justiça em caso de separação e divórcio”, 1986 *apud* RITA SEVERINO, *op. cit.*, pp. 27 ss.

Nesta senda, o regime acordado pelos progenitores através dos serviços de mediação ficará sempre sujeito a homologação por parte do Tribunal, que irá sempre verificar se está garantido, em primeiro lugar, o interesse do menor.

No mesmo sentido, constata-se a importância da mediação familiar, que serve para que os cônjuges cheguem a um acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais quando existam filhos menores, nomeadamente quanto à prestação de alimentos e ao regime de guarda que mais vantagens reúne para os pais e sobretudo para as crianças, garantindo sempre o superior interesse da criança.

Entendemos que a proposta de resolução que melhor concilia o conflito familiar é a atribuição das responsabilidades parentais conjuntas, por forma a evitar decisões tomadas por apenas um dos progenitores que ponham em causa os interesses, educação e moral dos filhos.

Segundo MARIA CLARA SOTTOMAYOR, a mediação familiar enquadra-se num contexto de “desjudicialização”⁸¹ do direito da família, permitindo a divisão de competências entre o julgador e profissionais das outras ciências sociais, sem significar, contudo, delegação do poder de decisão. Deve ser mantido o instituto no sentido de descongestionar os tribunais e acelerar as decisões. Os acordos de regulação das responsabilidades parentais, pelo facto de envolverem crianças, correspondem a uma reserva de intervenção judicial.

Nestes casos, a melhor opção seria conferir aos juizes uma formação especializada em direito das crianças e uma equipa de técnicos com função coadjuvante no exercício da atividade de investigação, pois o interesse das crianças é um valor superior à necessidade de descongestionar os tribunais.

Por estas razões, consideramos a mediação familiar uma via fortemente eficaz nos casos de separação, divórcio e no exercício das responsabilidades parentais, uma vez que visa a obtenção de soluções de forma mais célere e menos dispendiosa. Os casos de divórcio provocam um grande impacto na vida dos filhos, sendo o objetivo da mediação dirimir os litígios da melhor forma possível.

Em suma, podemos constatar que a mediação familiar se trata um meio extrajudicial de resolução de litígios, particularmente direcionado para conflitos consequentes de relações

⁸¹ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio”, 5ª Ed., 2011, pp. 38-39.

familiares, com vista à obtenção de acordo entre os progenitores e por forma a garantir os interesses dos filhos.

4.3. O processo tutelar cível e de jurisdição voluntárias (OTM)

Até 8 de outubro de 2015, a OTM no seu título III, previa a regulação do exercício das responsabilidades parentais, prevendo normas gerais e especiais, embora recentemente revogada pelo novo RGPTC.

Ora, o processo tutelar cível inicia-se através de reunião com os progenitores com vista ao acordo entre eles. No entanto, caso não seja possível chegar a acordo entre os pais, o processo segue para recolha de alegações, elaboração de relatórios (que integram a instrução probatória), julgamento, sentença e, por último, possibilidade de recurso.

Trata-se de um processo de jurisdição voluntária, quer quando previsto pela OTM anteriormente, quer como previsto no art.º 12º do RGPTC, conjugado com os artigos 986º e 1081º do CPC, uma vez que não há litígio, pois o objetivo da tramitação do processo é obter a solução que melhor salvaguarde o interesse da criança, embora sejam analisadas todas as circunstâncias relevantes dos pais.

Segundo o art.º 12º do RGPTC, o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais configura um processo de jurisdição voluntária, importando referir que, neste processo, o tribunal não está comprometido com critérios de legalidade estrita, devendo antes decidir com base na equidade (art.º 987º nCPC), sendo prioritário, uma vez mais, o superior interesse da criança.

5. Das responsabilidades parentais e da nova competência das Conservatórias do Registo Civil

No que concerne às situações de rutura da união familiar, a Lei n.º 5/2017, de 2 de março, veio estabelecer o regime da regulação das responsabilidades parentais por mútuo acordo nas Conservatórias de Registo Civil.

Ora, no seio de um processo de divórcio por mútuo consentimento, já existia a possibilidade de os pais recorrerem ao procedimento junto das Conservatórias de Registo Civil. Porém, esta recente alteração legislativa, prevista no DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, vem possibilitar recorrer ao mesmo modelo de procedimento por parte dos progenitores unidos de facto ou não casados.

A Lei *supra* mencionada entrou em vigor no dia 1 de abril do presente ano e trouxe consigo diversas alterações que importam referir. Alterações essas, que se introduziram quer nos art.ºs 1909º, 1911º e 1912º do CC, bem como no aditamento dos art.ºs 274º-A a 274º-C ao Código do Registo Civil. Por seu turno, os pais que solicitem a regulação do exercício das responsabilidades parentais face aos filhos menores, por mútuo acordo, ou, ademais, procedam à alteração de acordo homologado precedentemente, devem requerê-lo junto de qualquer Conservatória do Registo Civil, a todo o tempo.

No nosso entendimento, no que respeita ao aparecimento da referida lei e às consequentes alterações e recurso, quer por parte dos pais casados, quer por parte dos pais separados, às Conservatórias do Registo Civil, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, o legislador pode não ter sido tão cuidadoso com a eleição da letra da lei quanto o que seria necessário.

Por outras palavras, podemos explicar, exemplificando, que esta novidade legislativa altera o art.º 1909º, n.º 2, do CC, onde o legislador refere “os progenitores podem” e adita o art.º 274º-A ao CRC, como mencionamos ambos acima, onde este expressa “os progenitores devem”. Isto, para explicar que, de facto, as duas expressões referidas são díspares, pois, uma trata-se de uma faculdade e outra de uma obrigação.

Portanto, de uma perspetiva crítica, questionamos se os progenitores, no exercício das responsabilidades parentais, quando haja mútuo acordo, podem ou devem recorrer às Conservatórias do Registo Civil. Salvo melhor opinião e no sentido construtivo, podemos constatar

que a terminologia utilizada pelo legislador expressa um sentido de obrigatoriedade, no que concerne ao recurso a estas Conservatórias.

Refira-se ainda, na análise desta lei, que, quer o acordo que regula o exercício das responsabilidades parentais, quer o acordo que fixa a prestação de alimentos, devem fazer-se acompanhar pelo referido requerimento da parte dos progenitores, que deve estar assinado por ambos, ou pelas pessoas delegadas com procuração legal nesse sentido.

Posto isto, cabe ao Conservador, ao receber o requerimento das partes e respetivos acordos referidos, apreciar-los, propondo aos progenitores possíveis alterações se observar que o superior interesse da criança não esteja devidamente protegido, podendo assim exigir a execução de novos atos ou produção de prova, fortuitamente necessária.

Neste sentido, as alterações legislativas, patenteadas através do n.º 4 do art.º 14º do DL n.º 272/2001, de 13 de outubro, atualizado pelo DL n.º 122/2013, de 26/08, parecem passar a abarcar o poder de apreciação, por parte do Conservador, numa fase primordial, quanto ao conteúdo dos acordos referidos, com o objetivo de assegurar se o interesse da criança se encontra devidamente acautelado, o que não sucedia anteriormente.

Importa ainda acrescentar, nesta senda, que, apenas posteriormente à apreciação, por parte do Conservador, dos respetivos acordos, concernentes à regulação do exercício das responsabilidades parentais, é enviado o processo ao MP junto ao Tribunal de primeira instância, competente em razão da matéria, no seio da delimitação da residência do menor, para que este se pronuncie sobre o mesmo, no prazo de 30 dias, conforme resulta agora do art.º 274º-A, n.º 4, do CRC.

Assim, neste seguimento, o respetivo processo será remetido ao Conservador do Registo Civil, para que este o possa homologar, desde que não haja qualquer indicação contrária por parte do MP, quanto ao acordo ostentado pelos progenitores, produzindo-se os mesmos efeitos relativos às decisões judiciais, acerca da matéria similar.

Ademais, continuando a nossa análise nos acordos concernentes à regulação do exercício das responsabilidades parentais, quanto à sua apreciação, por parte do MP, considerando este que os referidos acordos não asseguram o interesse dos filhos menores, como vimos, têm os

progenitores a possibilidade de fazer alterações nesse sentido ou ainda apresentar novo acordo, submetido novamente ao MP.

Fazendo alusão ao tema da audição da criança, de acordo com o art.º 274º-B do CRC, aditado pela Lei n.º 5/2017, de 2 de março, constata-se que o MP promove o mesmo, no sentido de ser possível apurar fatores substancialmente necessários para salvaguardar o superior interesse das crianças, sendo que se aplica, com as devidas alterações, o previsto nos art.ºs 4º e 5º do RGPTC, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro.

Ora, a audição da criança é promovida, e bem, segundo o nosso entendimento, por parte do MP, no que respeita aos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, mesmo nos casos em que haja acordo entre os pais.

Este direito de audição e participação do menor, previsto na al. c), do n.º 1 do art.º 4º do RGPTC, nos processos que lhe dizem respeito, tem-se manifestado internacionalmente, através de instrumentos de direito que obrigam a autoridade judicial a salvaguardar a audição dos filhos menores, de acordo com a sua idade e maturidade, antes de ser tomada qualquer decisão, neste caso em relação ao MP.

À luz da Lei n.º 5/2017, de 2 de março, pese embora estejamos perante processos de divórcio ou dissolução da união de facto, por mútuo consentimento, a correr os seus termos na Conservatória de Registo Civil, deve sempre atender-se ao facto de a criança ser dotada de direitos, que, por motivo algum, podem deixar de ser salvaguardados, por todas as partes envolvidas nos respetivos processos, de forma a que se possa respeitar a oportunidade ou possibilidade de audição ou participação dos filhos menores, nas questões que lhes concernem.

Subjacente a estes fatores, o próprio “Regulamento Bruxelas II BIS”⁸², isto é, o Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, em matérias de competência, reconhecimento, execução de sentenças judiciais em matéria matrimonial e de responsabilidades parentais, também se refere à salvaguarda do direito de audição dos filhos.

A título de exemplo, ainda alusivo ao referido Regulamento, podemos constatar, que a sua base jurídica consubstancia-se no princípio do exercício do contraditório e no direito de audição da criança. Quer isto dizer que, em termos práticos, perante uma homologação, por parte do

⁸² Iremos analisar os contributos deste Regulamento, no ponto 8.1.1. da Secção II do cap. III.

Conservador, de acordo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, uma decisão judicial de competência interna, que tenha sido decretada sem que o filho menor tenha tido a faculdade de ser ouvido, sem razões que o fundamentem, conduzirá a que a referida homologação do Conservador não seja reconhecida por outro EM, uma vez que não se encontra ao abrigo deste Regulamento.

Cumpra, deste modo, assinalar que, da conjugação das disposições legais *supra* aludidas, resulta que ao filho menor concerne o direito de ser ouvido e participar nas sentenças a que a ele respeitem, sendo aconselhado, por seu turno, o acompanhamento preferencial de técnicos assessores especializados dos tribunais.

Em suma, face a este estudo crítico, resultante da análise da Lei n.º 5/2017, de 2 de março – que estabelece o regime de regulação das responsabilidades parentais, por mútuo acordo, nas Conservatórias do Registo Civil, em caso de separação de facto e de dissolução da união de facto, bem como entre pais não casados, nem unidos de facto – pretende dispensar os juízos de família e menores nestas matérias, diminuindo exponencialmente a competência dos mesmos, relativamente a processos do seio familiar e acerca dos filhos menores, concedendo, inversamente, mais competências às Conservatórias do Registo Civil, e, naturalmente, aos respetivos Conservadores⁸³.

⁸³ Cfr. o parecer dos advogados, Dr. Rui Alves Pereira e Dr.ª Madalena Sepúlveda, disponível no *site* indicado em “Responsabilidades Parentais”, da nossa webbibliografia, acedido em 18 de abril de 2017.

Capítulo II – Modalidades de exercício das responsabilidades parentais

1. Do exercício conjunto das responsabilidades parentais

1.1. Origens e razões do seu aparecimento

O exercício conjunto das responsabilidades parentais serve de sustento a toda a análise do nosso projeto de investigação.

Partindo do malogro e das desvantagens, que revelaremos mais tarde, como consequência da aplicação do regime de guarda única⁸⁴, tornou-se necessário recorrer a outros tipos de guarda, nomeadamente ao da guarda conjunta que defendemos e que garante o direito da criança a relacionar-se com ambos os progenitores na mesma proporção que estes subtraem igualdade de direitos e responsabilidades entre si, pressupondo-se exatamente o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Refira-se que os poderes-deveres diretamente relacionados com as responsabilidades parentais eram exercidos pelo progenitor a quem fora confiado o menor, sendo que este gozava o direito de determinação da residência do filho e de confraternizarem no quotidiano, arrogando o papel principal quanto às responsabilidades mais relevantes na vida do menor, essenciais ao seu normal desenvolvimento.

Todavia, quanto ao progenitor a quem não fora confiada a guarda, este apenas detinha a titularidade das responsabilidades parentais, estando o seu papel vedado ao direito de manter relações pessoais com a criança e confirmar a forma como a mesma estava a ser instruída pelo outro progenitor, de forma a garantir a sua segurança.

Desta evidência retira-se que os progenitores encontravam-se em posições muito díspares, promovendo a possibilidade de conflito entre os mesmos, perspetivando-se uma espécie de “competição”. Nesta senda, torna-se claro que a guarda exclusiva propiciava o que acabamos de referir, pondo em causa o interesse do menor e focando na disputa entre os progenitores, que passara para primeiro plano.

Certo é que, anteriormente, era muito comum a atribuição da guarda ser associada à figura maternal, sendo que, conseqüentemente, a mãe acabava por se sentir mais sobrecarregada a nível financeiro, físico e mesmo intelectual. Por outro lado, o pai acarretava um sentimento de

⁸⁴ Iremos abordar a Guarda Única no Capítulo III.

rejeição e maior afastamento das questões importantes na vida dos filhos, associado a um sentimento de perda.

Assim, o menor acabava por ver limitadas as possibilidades de confraternização com o progenitor ao qual não fora atribuída a guarda, reduzindo-se as oportunidades de criar um vínculo que afetasse o menos possível os seus interesses e o seu desenvolvimento no pós-divórcio.

Por forma a encontrar uma solução contra este sistema tradicional, carregado de desvantagens sobretudo para o menor – que, na verdade, é a pessoa que mais deve ser protegida – surge o exercício conjunto das responsabilidades parentais, motivando uma extensão dos direitos do progenitor que não coabita com o menor, passando este a usufruir de maior flexibilidade, nomeadamente quanto ao direito de visita, bem como de um direito ao conhecimento, concernente aos assuntos de maior relevância na vida do menor.

Numa perspetiva otimista, podemos, então, afirmar que a contingência de cooperação entre os pais após a rutura familiar apareceria da profunda alteração das tradicionais relações familiares, da vulgarização do divórcio, de uma cultura direcionada para os direitos do menor, pois garantia que ambos os progenitores gozassem de um papel permanentemente ativo na instrução dos filhos.

Então, o exercício conjunto responsabilidades parentais, de exceção, passa a regra, e apenas é afastado quando decidido judicialmente e fundamentado no superior interesse da criança (art.º 1906º, n.º 2, do CC)⁸⁵.

1.2. Pressupostos do exercício conjunto das responsabilidades parentais

Antes de mais, importa realçar que a decisão quanto à regulação das responsabilidades parentais nunca deverá ser tomada com base em juízos de prognose no comportamento futuro dos pais, mas atendendo a situações concretas no momento e às circunstâncias de particular importância, como, por exemplo, a idade ou a maturidade da criança.

⁸⁵ O direito espanhol consagra mais uma exceção no art.º 92º, n.º 7, do Código Civil Espanhol: “No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridade física, la libertad, la integridade moral o la libertad e indemnidade sexual del outro cónyuge e de los hijos que convivan com ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”.

Assim, para que o exercício conjunto das responsabilidades parentais seja exercido de forma eficaz, é fulcral a colaboração de ambos os progenitores, no sentido de ser possível a tomada de decisões importantes para a vida da criança em conjunto, relevando capacidade de evitar conflitos que coloquem essas mesmas decisões em causa e que acarretem repercussões negativas na vida dos filhos.

Cumpra assinalar que o interesse da criança deverá ser sempre prioritário, quer para a tomada de decisão por parte do juiz, quer para as decisões tomadas pelos pais, sendo este o principal fator favorável à atribuição da guarda conjunta.

No que concerne ao grau de exigência na definição da residência dos pais, este será relativo de caso para caso, dependendo das necessidades e/ou da preferência da criança/adolescente.

Em suma, de acordo com a doutrina majoritária, os requisitos que devem ser preenchidos na regulação do exercício conjunto das responsabilidades parentais são:

- I. “Capacidade dos progenitores em separar os seus conflitos da relação com o filho;
- II. Estabilidade e maturidade emocional dos pais;
- III. Inexistência de conflitos graves entre os progenitores;
- IV. Capacidade dos progenitores para atingirem, pelo diálogo, decisões conjuntas em relação ao filho;
- V. Partilha de valores quanto à educação dos filhos;
- VI. Respeito um pelo outro como pais;
- VII. Flexibilidade dos pais para se acomodarem às necessidades da criança e às do outro progenitor;
- VIII. Proximidade das residências dos pais ou possibilidade de comunicações fáceis e frequentes;
- IX. Condições de habitação de cada um dos progenitores”.

1.3. Formas de organização prática

Segundo MARIA CLARA SOTTOMAYOR, o exercício conjunto das responsabilidades parentais pode ser praticado através de três modalidades⁸⁶:

- I. Exercício conjunto das responsabilidades parentais com fixação da residência principal dos filhos com um dos progenitores;
- II. Exercício conjunto com residência alternada;
- III. *Birds' Nest Arrangement*.

Ora, poderá ser praticado através do exercício conjunto das responsabilidades parentais com fixação da residência principal dos filhos com um dos progenitores, ou seja, as responsabilidades parentais são exercidas em conjunto através de acordo entre os pais.

No entanto, a residência habitual da criança será junto de um dos progenitores, sendo que o outro goza de liberdade de relacionamento a desejo de ambos, sem necessidade de ser estipulado um regime de visitas. Esta situação é claramente a mais adotada em Portugal, uma vez que transmite mais segurança e estabilidade aos filhos.

Poderá também ser praticado através do exercício conjunto com residência alternada, sendo que, neste caso, além dos aspetos jurídicos supramencionados também estão em causa os aspetos materiais, em que a criança reside por determinado período temporal em casa de cada um dos pais, sendo que os períodos não necessitam de ser exatamente iguais. Importa referir ainda que este modelo não se confunde com a guarda alternada, em que cada um dos progenitores detém a guarda dos seus filhos alternadamente, de acordo com um período temporal pré-definido, ou seja o progenitor detentor da guarda exerce exclusivamente o poder paternal, beneficiando o outro do direito de visita e vigilância.

Note-se que não apoiamos este tipo de guarda (alternada), uma vez que as decisões tomadas por um dos progenitores no seu período de detenção da guarda podem frustrar completamente as expectativas educacionais e morais do outro.

Ainda, este exercício conjunto, de forma menos comum, pode ser praticado através do "*Birds' Nest Arrangement*", utilizado essencialmente nos E.U.A., em que a criança continua a residir na casa de morada de família e os progenitores vivem nessa mesma casa alternadamente.

⁸⁶ MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, p. 237.

1.4. Vantagens e inconvenientes do exercício conjunto das responsabilidades parentais

Apesar de a nossa análise favorecer e defender o exercício conjunto das responsabilidades parentais, importa explorar também as suas críticas, percecionando que, de facto, se trata de uma temática controversa, que suscita grandes questões, às quais procuraremos dar uma resposta possível ao longo desta dissertação.

Muito embora diversos autores defendam uma posição contrária à nossa linha de pensamento, pois uns defendem que o exercício conjunto é a melhor solução encontrada para que a vida da criança sofra o mínimo de alterações possível e outros defendem que se trata de uma fonte de conflitos e de instabilidade para os filhos, o nosso legislador adotou, e bem, a solução mais sensata. Solução esta que passa por defender, de facto, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, mas com o equilíbrio suficiente para se acautelar que esse mesmo exercício seja realizado através de acordo entre os progenitores.

Existe também uma grande controvérsia quanto à atribuição de residência alternada, pois alguns autores consideram que esse fator contribui para que a criança sinta a repercussões atenuadas por manter o contacto favorável com ambos os progenitores, manter o estilo de vida⁸⁷ e até diminuir a percentagem de não pagamento da obrigação de alimentos da parte do progenitor que não coabita com o filho, enquanto outros consideram que a residência alternada instiga na criança uma grande instabilidade, maior probabilidade de conflitos e maior ansiedade.

Acreditamos, neste sentido, que a alternância de residência não será problemática quando associada ao regime de guarda conjunta.

1.5. O princípio de exercício conjunto das responsabilidades parentais na Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, manifesta a pretensão de globalizar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, implicando a tomada de decisões comuns entre os pais nos assuntos de particular relevância na vida dos filhos. No entanto, ignora a importância da existência de acordo entre os progenitores, ou seja, há uma visão otimista do legislador na esperança da

⁸⁷ Não deve confundir-se com o regime de visitas associado à guarda única, pois, nestes casos, o contacto torna-se mais frequente e existe coabitação com ambos os pais, sendo a interação e proximidade maiores.

maturidade e relacionamento respeitoso entre os pais, sendo que a sua prioridade deve ser o interesse da criança. Esperança esta que, para muitos casos, pode ser irrealista e que, por essa mesma razão, frisamos a importância do desejo do exercício conjunto ser de ambos os pais⁸⁸.

O exercício partilhado das responsabilidades está previsto no art.º 1906º, n.ºs 1 e 5, o qual não exige a residência alternada da criança, mas sim a partilha de decisões fundamentais para o desenvolvimento da mesma.

1.6. Modelos legislativos

A lei portuguesa consagra que, para o exercício conjunto de responsabilidades, é necessário acordo entre os progenitores, por forma a garantir o apaziguamento dos conflitos entre eles e proteger a estabilidade dos seus filhos. Assim, o papel do juiz deverá passar por incentivar os pais a optar pelo acordo da guarda conjunta.

Desta forma, a guarda conjunta que iremos abordar no próximo capítulo é considerada o princípio regra, sendo, assim, a preferência legal, uma vez que protege o interesse da criança, que pode manter o contacto contínuo com ambos os progenitores.

Portanto, mesmo quando não exista acordo entre os pais, o juiz acaba por assumir um papel de mediador, podendo decidir aplicar o regime de guarda conjunta, no sentido de nunca prejudicar a criança e de garantir a igualdade de direitos e responsabilidades entre os pais.

Constatamos que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, após a dissociação familiar, pode ser consagrado através dos seguintes modos legislativos:

I. Por acordo extrajudicial, homologado pelo Juiz, entre os progenitores;

II. Por decisão judicial alheia à vontade dos progenitores;

III. Por aplicação, como regra, após a dissolução da união, passando o exercício exclusivo das responsabilidades parentais a exceção, a ser decretada quando um ou ambos os progenitores a requeiram, no caso de existir fundamentação específica que a implique.

⁸⁸ Previsto no art.º 1906º, n.º 7, do CC que incentiva os progenitores na partilha de responsabilidades.

Ora, como referimos, o exercício conjunto das responsabilidades parentais requer a cooperação e diálogo entre os pais, devendo corresponder à vontade de ambos, por forma a evitar litígios incessantes que colocariam em causa o interesse dos filhos.

Como sabemos, no ordenamento jurídico português, o acordo entre progenitores é uma condição primordial exigível para o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

No mesmo sentido, a nossa doutrina entende que o acordo entre os progenitores constitui a via mais sustentável do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Por outra perspetiva, aquando da falta de acordo entre os progenitores quanto à guarda dos menores, a imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais patenteia para o juiz uma escapatória subjacente a uma decisão complexa, permitindo-lhes optar por uma solução de compromisso que, embora possa igualar os direitos dos pais, pode prejudicar gravemente o menor, expondo-o a divergências, culminando na criação de um instrumento de disceptação entre os pais.

Ademais, no que concerne ao último modo legislativo *supra* mencionado, a este lhe subjaz o princípio de que os pais, após dissociação familiar, transportam a capacidade de cooperação conjunta face ao menor.

1.7. Obrigação de alimentos

1.7.1. Noção de alimentos

Por alimentos, podemos entender tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, ou seja, os deveres de carácter patrimonial, de todos os que não tenham hipóteses de os obter e que deles careçam. Ora, sendo o alimentando menor, incluímos também neste conceito a sua instrução e educação, neste caso os deveres de carácter pessoal⁸⁹.

Previsto no art.º 2003º do CC, este conceito é normativo, sendo que o termo “sustento” deve ser interpretado em sentido amplo, tal como tem entendido a nossa doutrina e jurisprudência, abrangendo tudo o que seja necessário à satisfação das necessidades do alimentando⁹⁰.

⁸⁹ REMÉDIO MARQUES, “Algumas Notas sobre Alimentos Devidos a Menores”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2007, p. 32.

⁹⁰ Neste sentido GONÇALVES CUNHA, “Tratado de Direito Civil”, vol. II, p. 430, e vol. VI, p. 776, e MOUTINHO DE ALMEIDA, “Dos Alimentos”, In *Scientia Iuridica*, Tomo XVI, 1968, p. 269.

Quanto à natureza dos alimentos, estes podem dividir-se em naturais, ou seja, alimentos indispensáveis à vida, civis, isto é, instrução, habitação e vestuário e, por último, em despesas da demanda, que, por outras palavras, são as despesas calculadas para os alimentos provisórios⁹¹.

Neste sentido, importa referir o art.º 36º, n.º 5, da CRP, onde o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos são incumbidos aos pais, bem como os art.ºs 1874º e 1878º, n.º 1, do CC, que referem que o sustento dos filhos é da competência dos pais. Também a Convenção sobre os Direitos da Criança⁹², no seu art.º 27º, n.º 2, refere que é da competência e responsabilidade dos pais garantir, dentro das suas possibilidades, as condições necessárias ao desenvolvimento da vida da criança.

1.7.2. Da obrigação de alimentos

Através do art.º 24º da CRP, relativo ao direito à vida e à sobrevivência, decorre a obrigação geral e legal de alimentos, através da qual se pretende garantir um nível de vida com a mínima dignidade ao alimentando.

Esta obrigação de prestação justifica-se pelo facto de o ser humano não se desenvolver sozinho e necessitar de alimentos no mínimo para a satisfação das suas necessidades básicas, até se encontrar apto para a vida em sociedade.

Ademais, esta obrigação emerge a favor das pessoas descritas no art.º 2009º do CC.

Contudo, atendendo às responsabilidades parentais, o dever de alimentos é da competência específica dos pais, nos termos do art.ºs 1878º, 1880º e 1885º do CC, conjugado com o art.º 45º do RGPTC.

Por outro lado, contestar-se a fixação de determinada prestação de alimentos⁹³, na apreciação do tribunal que regule o exercício das responsabilidades parentais, com fundamento no não conhecimento da posição do progenitor não guardião, ou de carência de rendimentos por parte do mesmo, é análogo a não salvar quem, justamente, o Direito da Família e Menores pretende, sobretudo, proteger, ou seja, o filho menor

⁹¹ ANA LEAL, "Guia Prático da Obrigação de Alimentos", Coimbra, Almedina, 2012, p. 17.

⁹² Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro.

⁹³ Cf. art.º 48º do RGPTC.

1.7.3. Relações jurídicas entre pais e filhos

O art.º 36º, n.º 5, da CRP consagra que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos. Estas relações jurídicas, além de reguladas na Lei Fundamental, também se encontram previstas na lei civil, nomeadamente nos seus art.ºs 1877º e ss. do CC, bem como em convenções internacionais, nomeadamente no Protocolo n.º 7 anexo à CEDH, no seu art.º 5º

⁹⁴.

1.7.4. Alimentos familiares: breve caracterização

Na origem jurídica do aparecimento da obrigação de alimentos reconhece-se um dever de solidariedade e assistência entre pessoas unidas por vínculos familiares ou parafamiliares ⁹⁵.

Mesmo sendo o Estado considerado um assistente na realização das decisões familiares quanto ao sustento, formação e educação, tal como estipulado pelo art.º 67º, n.º 2, al. c), da CRP, é a família quem se enaltece como primeira responsável nestas tarefas.

Ao arrogar esta natureza familiar, o direito a alimentos é indisponível, irrenunciável, impenhorável e intransmissível ⁹⁶, tal como tem sido entendido pelos tribunais, uma vez que estão em causa situações pessoais dos filhos.

Podemos classificar os alimentos, quanto à sua natureza, como sendo naturais (alimentos indispensáveis à vida), civis (instrução, habitação e vestuário) e despesas da demanda (calculadas para os alimentos provisórios)⁹⁷.

A exigência da obrigação alimentar consiste em suprir uma carência que, normalmente, está coligada a uma situação de incapacidade, sendo que as situações de maior evidência estão associadas a menores.

⁹⁴ J. J GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 566.

⁹⁵ ANA LEAL, “Guia Prático da Obrigação de Alimentos”, Coimbra, Almedina, 2012, p. 17.

⁹⁶ EDUARDO SANTOS, “Direito da Família”, Coimbra, Almedina, 1999, p. 522.

⁹⁷ L. P. MOUTINHO ALMEIDA, “Dos Alimentos”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XVI, 1968, p. 269.

1.7.5. A prestação de alimentos na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio

Quando estamos perante uma separação judicial, ficando o filho à guarda de um dos progenitores, fica o outro obrigado à atribuição de alimentos. Pretende-se, assim, que ao filho sejam atribuídas condições semelhantes às que tinha antes da rutura familiar.

MARIA CLARA SOTTOMAYOR defende que, no processo de divórcio, o progenitor que tem legitimidade para requerer a prestação de alimentos e recebê-la é o progenitor convivente com o filho, tal como previsto no art.º 1407º, n.ºs 2 e 7, e do art.º 1412º do CPC, sendo que é o progenitor convivente com o filho que suporta os encargos relativos à educação, sustentando o filho que coabita consigo⁹⁸.

Em suma, a importância da prestação de alimentos sustenta-se na responsabilidade por parte dos pais, que, por serem responsáveis pelo nascimento dos filhos, devem esforçar-se, sustentar e manter os mesmos com zelo e prontidão.

1.7.6. Cálculo da prestação de alimentos

Tradicionalmente, para obter o cálculo da prestação da obrigação de alimentos, partia-se do modelo do exercício unilateral das responsabilidades parentais associado à guarda única.

No entanto, com a introdução do exercício conjunto das responsabilidades parentais associado à guarda conjunta, objeto de análise da nossa parte no próximo capítulo, importa reajustar o respetivo cálculo. Assim, se estivermos perante um caso com ausência de alternância de residência, o modelo corresponde ao da guarda única, ou seja, um dos progenitores é o guardião que reside habitualmente com a criança e o outro relaciona-se com a mesma em circunstâncias semelhantes aos parâmetros do direito de visita.

Nos casos de guarda conjunta, justifica-se uma redução na obrigação de alimentos e para tal pode ser utilizada a fórmula de Melson⁹⁹ que, calcula o tempo que cada um dos progenitores fica com a criança e o aumento de despesas gerado pela guarda conjunta, em que se estima que 50% das despesas geradas com os filhos deve ser dividida entre os progenitores na proporção dos rendimentos de cada um.

⁹⁸ Relativamente à introdução de uma cláusula atinente ao pagamento de alimentos aos filhos, nos processos de divórcio, MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, p. 334.

⁹⁹ Sobre este método consultar "Child Custody: A complete guide fo concerned mothers" de Marianne Takas, pp.184-185.

Capítulo III – Da guarda conjunta

SECÇÃO I – Regimes de guarda

1. Conceito de guarda e a sua consagração legal

Antes de mais, importa fazer alusão às principais vertentes da regulação do poder paternal, portanto, após a reforma de 1977 até ao aparecimento da Lei n.º 61/2008, constituídas pela atribuição da guarda do menor a um dos progenitores, pela fixação de um regime de visitas e pela fixação de alimentos, referentes ao progenitor ao qual a guarda não foi atribuída.

Implicando a atribuição da guarda, o destino dos filhos e a respetiva regulação do poder paternal deve explorar-se minuciosamente o conceito de guarda, investigando a intenção do legislador, sendo que, para isso, se realça a conceção doutrinal desenvolvida por MARIA CLARA SOTTOMAYOR¹⁰⁰, que atribui ao conceito de guarda um sentido amplo, na medida em que se reuniam todas as particularidades do poder paternal, nomeadamente os poderes-deveres de vigilância, sustento e cuidados de saúde, direção e educação dos filhos, e por outro lado atribui ao conceito de guarda um sentido estrito quando se foca apenas na particularidade do poder-dever dos pais em ter os filhos em sua residência, concernente à fixação de residência dos menores.

Com vista a um melhor entendimento do conceito de guarda, torna-se necessário abordar o enquadramento do poder paternal que consistia essencialmente num conjunto de ações que deveriam ser manifestadas de forma altruísta por parte dos progenitores, enaltecendo o interesse dos filhos e conseqüentemente o seu correto desenvolvimento.

Neste contexto, a guarda correspondia à interligação entre o sentido amplo e estrito *supra* referidos. Este conceito tornou-se muito importante, essencialmente, numa situação de separação dos pais, para perceber a intenção e posição jurídica de cada um deles.

Retira-se desta análise que o sentido estrito do conceito de guarda acabava por torná-lo vazio, na medida em que diminuía os direitos do progenitor não detentor da guarda ao facto de fixar a residência onde viviam os filhos, ignorando os atos praticados pelo progenitor “guardião”, pelo simples facto de viver com o menor e que o sentido amplo acarretava para o progenitor não detentor da guarda a carência de todas as particularidades pertinentes no poder paternal, enunciadas acima.

¹⁰⁰ Estudos e monografias – Exercício do poder paternal, Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, 2ª ed., pp. 32-33.

Assim, o conceito de guarda considerava-se inadequado e sem pronúncia na legislação, pelo facto de o progenitor não detentor da guarda nunca poder ser ignorado, por exemplo, no que concerne às questões mais importantes da vida do filho, que deve ser dividido entre os pais, que não era tido em consideração, devendo também incluir-se para além da residência do menor, os atos usuais da sua vida.

Resulta desta constatação terminológica que o próprio legislador, na redação da reforma de 1977, utilizava o conceito de “guarda” indiscriminadamente, de onde devemos assumir que as referências a “confiado” ou “entregue” presentes no n.º 2 do art.º 1905 do CC, significam atribuição da guarda.

Nos dias de hoje, com as alterações legislativas, desde a redação da reforma de 1977 até às alterações introduzidas pela Lei n.º 61/2008¹⁰¹, a guarda reflete-se numa consagração legal mais altruísta, incumbida aos progenitores em relação aos seus filhos, no sentido de fazer valer os interesses destes.

¹⁰¹ HELENA GOMES DE MELO, *et al.*, *op. cit.*, pp. 43-47.

2. Modalidades de Guarda

No que respeita à atribuição da guarda, quando a separação dos pais é por mútuo consentimento, estes devem definir um acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, sujeito à fiscalização por parte do Ministério Público e averiguação por parte do juiz no sentido de apurar se o interesse dos filhos está garantido.

Quando não haja consentimento de um dos cônjuges no divórcio, o juiz fixa um regime provisório para que o nível de vida da criança seja idêntico ao que usufruía na constância do matrimónio. Em ambas as situações, existe controlo judicial para que os direitos das crianças sejam atendidos.

Os critérios de atribuição da guarda estão definidos no art.º 3 da LPCJP, sendo que o MP deverá requerer medidas de proteção das crianças, de confiança da guarda a pessoa idónea [art.º 35, al. c)], e do exercício das responsabilidades parentais.

2.1. Guarda única, guarda conjunta e guarda alternada

No direito português, detetamos a existência de três tipos legais de regime de guarda.

Sucintamente, o regime da guarda única pressupõe a guarda no seu sentido estrito, quanto à fixação da residência do filho; o regime de guarda conjunta acrescenta ao da guarda única o exercício conjunto das responsabilidades parentais; e o regime de guarda alternada prevê que a criança resida alternadamente com cada um dos progenitores, por períodos semelhantes, sem partilha de responsabilidades.

Certo é que, com a publicação da Lei n.º 61/2008, o exercício conjunto das responsabilidades parentais foi estabelecido como regime-regra, favorecendo, então, a escolha da modalidade de guarda conjunta que pressupõe esse mesmo preceito.

De seguida, faremos uma breve alusão ao regime da guarda única, uma vez que é o exponencial máximo inverso ao regime de guarda que aqui defendemos, para que melhor nos enquadremos.

A guarda única constitui uma tipologia de guarda que se revela através do exercício unilateral das responsabilidades parentais.

Entendemos ser um sistema radical, que, segundo MARIA CLARA SOTTOMAYOR¹⁰², pressupõe um conflito de soma zero em que aquilo que um dos pais ganha é igual ao que o outro perde, tornando-se num sistema de tudo ou nada, que os autores americanos desigam por “Winner take all” e os alemães por “Alles oder nichts”.

Nesta tipologia, através do art.º 1878º do CC, as responsabilidades parentais são exercidas exclusivamente pelo progenitor a quem foi entregue a criança, ou seja, que reside e coabita com a mesma (art.º 1906º do CC). Estas responsabilidades passam pela educação e pela formação escolar, moral, cívica e religiosa, contribuindo, assim, para a formação da personalidade da criança, uma vez que o progenitor guardião é responsável pela física e moral desta.

Desta forma, o progenitor não detentor da guarda do menor, acaba por ter um papel passivo, vendo vedada a possibilidade de participação nas decisões importantes da vida do filho.

Situações como as que esta tipologia exige, contribuem, muitas das vezes, para conflitos entre os pais, ou seja, situações que conduzem à sobrecarga do detentor da guarda nas responsabilidades parentais, bem como ao impedimento do progenitor não guardião de visitar os filhos, que, por sua vez, poderá resultar em não pagamento da pensão de alimentos por parte do progenitor não detentor da guarda, que pode ainda sentir-se excluído dos fatores mais importantes para o desenvolvimento saudável do filho, afetando o foro psicológico do mesmo.

Outros autores indicam também como desvantagem do regime da guarda única a alienação parental, que abordaremos de seguida.

Em síntese, consideramos que a guarda alternada potencia uma maior possibilidade de discórdia entre os pais, por exercerem em exclusivo as responsabilidades parentais, no período a que lhes concerne a guarda da criança, e por sua vez acatar uma maior instabilidade da mesma.

No mesmo sentido, quanto à guarda única, de acordo com o supra explanado e no sentido de colmatar as desvantagens reveladas (quer pela guarda alternada, quer pela guarda única), surge a necessidade de nos debruçarmos sobre um regime de guarda que permita o exercício conjunto das responsabilidades parentais, sendo esse o sentido sobre o qual se pende a nossa análise.

¹⁰² MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, p. 211.

2.1.1. Alienação Parental

Gardner explica uma perturbação de infância que surge quando a criança recusa relacionar-se com o progenitor sem a sua guarda, no contexto do divórcio e das disputas sobre o regime de guarda e regime de visitas¹⁰³.

As consequências de uma situação de conflito entre os pais que origine dissociação familiar acabam por recair sobre as crianças, pois estas são o principal alvo, quando assistimos regularmente, nos tribunais, a casos de incumprimento do regime de visitas.

Acontece que o progenitor não detentor da guarda do menor, muitas vezes, solicita ao tribunal medidas coercivas de execução de acordos judiciais quando restringido ao convívio com a criança por vontade desta, que se sente tratada como um objeto sob coação de forças policiais ou propriedade do progenitor requerente.

Neste sentido, a investigação científica explica que o impacto do divórcio nas crianças pode ter diversas formas, sendo que, uma delas, é o afastamento de um dos progenitores, aquele que não detém a guarda.

A síndrome da alienação parental criada por Richard Gardner difundiu-se em Portugal e explica as causas de recusa de convívio por parte da criança por um dos progenitores e a manipulação nesse sentido por parte do progenitor com que coabita.

Neste sentido, refere o ac. do TRL de 26 de janeiro de 2010¹⁰⁴ que “como potenciador da necessária alteração (regime de regulação do poder paternal/responsabilidades parentais previamente definidos), configura-se a designada síndrome de alienação parental, como um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e confiança da criança, caracterizado por um conjunto de sintomas resultantes do processo (alienação parental) pelo qual um progenitor transforma a consciência do seu filho, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir os vínculos da criança com o outro progenitor”.

Porém, não apoiamos a síndrome de alienação parental no que se refere à terapia da ameaça e consecutiva transferência da guarda para o outro progenitor, isto é, quando a guarda da criança é transferida da sua pessoa de referência, que ama, o “alienador”, e passa para o progenitor que

¹⁰³ Richard A. GARDNER, “Child Custody” in Basic Handbook of Child Psychiatry ed. J. Noshpitz, Vol. V, 1987, pp. 637-646.

¹⁰⁴ Ac. do TRL de 26 de janeiro de 2010, proc. n.º 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, da relatora Ana Resende, disponível em www.dgsi.pt.

a rejeita, pois pode afetá-la psicologicamente e emocionalmente, sendo considerado uma forma de coação legal que traumatiza a criança.

Inerente a este fator, consideramos que são violados, nestes casos, direitos fundamentais (art.º 36º, n.º 6 e 69º, n.º 1, ambos da CRP). Assim, julgamos criticável a aplicação deste sistema no que respeita à jurisprudência portuguesa e a sua respetiva aplicação nos nossos tribunais¹⁰⁵.

Ilustre-se que, mais recentemente, surge o conceito apenas de “alienação parental”, que remonta somente ao facto de a criança rejeitar um dos progenitores, no entanto, consideramos que a própria terminologia de “alienação” não será a mais correta, pois encontra-se “contaminada” pela ideologia de Gardner, a qual não apoiamos pelos motivos supra mencionados.

Por forma a contrariar as situações de malogro descritas anteriormente, surgem as responsabilidades parentais associadas à guarda conjunta, que analisaremos na próxima secção, individualmente.

¹⁰⁵ Ac. do TRE de 27 de setembro de 2007, proc. n.º 1599/07-2, do Relator Bernardo Domingos. Cf. ainda o ac. do TRL de 19 maio de 2009, proc. n.º 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, do Relator Arnaldo Silva, disponível em www.dgsi.pt.

SECÇÃO II – Guarda conjunta: tramitação processual e outros aspetos de relevo

1. Conceito

Após a rutura da união familiar, o regime de guarda conjunta pressupõe a coresponsabilização de ambos os progenitores relativamente aos seus filhos, tratando-se da modalidade de planeamento da vida familiar que mais se aproxima à realidade de uma família estável, pelo que se aconselha a sua aplicação sempre que possível.

Assim, a guarda conjunta torna-se um princípio norteador essencial. No entanto, são reconhecidas as situações em que não deve ser aplicada, nomeadamente em casos de existência de violência familiar, ou patologias mentais graves ou negligências da parte dos progenitores, devidamente comprovadas. Nestes casos, é aconselhável o recurso à mediação familiar.

Certo é que foi o próprio impacto negativo da dissociação familiar, nas crianças, que fez com que a doutrina e jurisprudência principiassem a exploração do regime da guarda conjunta.

Apesar da guarda conjunta pressupor a partilha das responsabilidades parentais entre os progenitores, tal não significa que a fixação da residência dos menores seja alternada.

Este regime de guarda, pode ser aplicado sem alternância de residências, isto é, a criança vive na sua residência habitual com o progenitor guardião e recebe visitas do progenitor não guardião, não tendo assim de se sujeitar à alternância de residências, garantindo-se a partilha das responsabilidades parentais.

No entanto, a guarda conjunta também pode (mas não tem de) ser aplicada sob forma de residência alternada, solicitada pelos progenitores ao Tribunal, para que a criança possa viver o seu dia-a-dia com ambos os progenitores.

Ora, nesta senda, os progenitores devem ultrapassar as suas divergências, privilegiando o interesse e bem-estar das crianças, por forma a atingirem um equilíbrio relacional, podendo dedicar-se às mesmas nos períodos em que lhes concerne a guarda.

A residência alternada deixa de ser aconselhável em situações em que os pais vivam em residências distantes entre si, prejudicando o quotidiano da criança.

Considera-se que a guarda conjunta consiste numa marcante e necessária evolução quanto à educação das crianças no pós-divórcio e tem sido, segundo diversos estudos, cada vez mais

utilizada com sucesso, quer no ordenamento jurídico português, quer em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros¹⁰⁶.

Por último, importa acrescentar que, no que concerne ao conceito de guarda conjunta, a terminologia de guarda conjunta ou de guarda partilhada poderá oscilar de acordo com a preferência dos autores a que a ela se referem, de acordo com as responsabilidades arrojadas e as decisões tomadas em conjunto pelos pais.

¹⁰⁶ Concretização prevista no ac. do TRL de 22 de maio de 2012, proc. n.º 1900/05.07TBSXL-E.L1-1, do relator João Ramos de Sousa, disponível em www.dgsi.pt.

2. Origem: exercício conjunto das responsabilidades parentais e guarda conjunta na Europa

Desde os anos quarenta, que o termo de guarda conjunta ou de parentalidade partilhada, surgiu nos países da *Common Law*.

No caso de Portugal, o exercício conjunto das responsabilidades parentais aparece em 1995, em caso de acordo entre os progenitores.

A lei espanhola exigia que este exercício conjunto fosse requerido por um dos progenitores, mesmo sem o consentimento do outro. No entanto, pressupunha a fixação de residência dos filhos junto de um deles, ou seja, era de rara aplicação¹⁰⁷. Assim, era considerada ilegal a residência alternada. No entanto, atualmente, existem movimentos dos pais no sentido da preferência da guarda conjunta, tratando-se, de facto, da opção mais escolhida e até presumida pelo legislador.

No caso francês, havia um maior radicalismo, uma vez que a guarda alternada fora rejeitada e existia a obrigação de fixação da residência dos filhos junto de um dos pais. Contudo, o exercício conjunto das responsabilidades parentais era uma alternativa, desde que os progenitores chegassem a acordo¹⁰⁸.

Em Itália, a guarda conjunta, além de ser permitida, foi considerada a mais adequada pelo legislador, embora não fosse o princípio-regra, pois permite o relacionamento da criança com ambos os progenitores, o chamado “*affidamento condisivo*”. A guarda alternada foi, novamente, a mais criticada no âmbito de aplicação da mesma, uma vez que se considera provocar maiores alterações na vida da criança, podendo influenciar prejudicialmente a sua vida¹⁰⁹.

Por sua vez, no direito alemão, a guarda única foi declarada inconstitucional em 1982 e permitiu o exercício conjunto das responsabilidades parentais, desde que a vontade e cooperação da parte de ambos os pais fosse mútua, nunca pondo em causa o interesse da criança, e que a convicção do juiz fosse que, de facto, os pais reuniam todas estas condições¹¹⁰.

¹⁰⁷ ANA SEISDEDOS MUIÑO, *La Patria potestad dual*, Universidad del País Vasco, 1988, pp. 332 e ss. *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge”, Coimbra, Almedina, 2014, p. 76

¹⁰⁸ NICOLAS-MAGUIN, “A propôs de la garde conjointe des enfants de parents divorcés”, *Dalloz*, Chr. XX, 1983, p. 113, *apud ibidem*, p. 82.

¹⁰⁹ DIETER HENRICH, “Separazione, divorzio, affidamento dei minori: L’esperienza tedesca, 2000, p. 50 (Giuffrè editore, milano) *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁰ WINFRIED BORN, “Gemeinsames Sorgerecht: Ende der “modern zeiten”, *FamRZ*, 1999, pp.396-399. *apud ibidem*, p. 89.

Ademais, no Reino Unido, em 1989, ficou clara a intenção do legislador no sentido de se manterem as obrigações e deveres dos pais para com os seus filhos, após a sua separação. Apesar de, no direito inglês, não se consagrar a guarda conjunta com residência dupla da criança é reconhecido o exercício conjunto quanto às decisões de interesse dos filhos¹¹¹.

¹¹¹ EEKELAAR, *Regulating divorce*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1991, p. 128-129. *apud Ibidem*, p. 90.

3. Investigação científica sobre a guarda conjunta em ordenamentos jurídicos estrangeiros

3.1. Investigação científica sobre a guarda conjunta na Austrália

Este regime não foi aconselhado, à semelhança da nossa situação em Portugal, nos casos de violência doméstica, abuso sexual, bem como de toxicodependência, alcoolismo e tudo o que ponha em causa o superior interesse da criança.

Refira-se que, o estudo elaborado por Jennifer Mcintosh¹¹² demonstra o lado das crianças e os seus sentimentos perante as situações de separação dos pais e o regime aplicado em consequência, sendo que os sentimentos negativos e a sua instabilidade aumentam atendendo também aos níveis de maturidade, disponibilidade emocional e propensão para o conflito.

Esta investigação referiu que o progresso emocional saudável dos menores depende da sua experiência inicial de uma relação continuada, coberta de prestação de cuidados emocionais, através dos quais as crianças nutrem a aprendizagem para formar um vínculo organizado e para fortalecer as suas capacidades humanísticas e relacionais.

Entendeu-se que a aplicação da guarda conjunta beneficiaria a criança, no sentido de permitir que a mesma conviva mais com ambos os progenitores, principalmente com o que não coabita normalmente, comparando, por exemplo, com o regime da guarda única. No entanto, esclareceu-se que quantidade não significa qualidade, em relação aos tempos passados juntos.

Ora, a guarda conjunta deverá ser preferencialmente aplicada tendo em conta fatores como a proximidade geográfica da residência, disponibilidade por parte dos progenitores em manterem uma relação saudável, modelos direcionados para os filhos, acordo entre os pais por forma a manterem um regime equilibrado, estabilidade financeira e ambos acreditarem nas capacidades educativas e decisórias para com os filhos.

Na população australiana, demonstrou-se que as crianças sujeitas a uma situação de divórcio, de facto, apresentam maior taxa de ansiedade do que as que não têm pais divorciados. Esta ansiedade aumenta por motivos como a relação entre os progenitores poder vir a tornar-se potencialmente conflituosa, níveis baixos de educação, divisão da estadia da criança nas suas

¹¹² RICHARD CHRISHOLM/ JENNIFER MCINTOSH, "Cautionary notes on the shared care of children in conflicted parental separations", 2008, p. 3, *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, "Temas de Direito das Crianças", *op. cit.*, p. 142.

residências quando não previamente estipulado, dificuldades financeiras, reduzida capacidade psicológica para transmitir bem-estar ao filho e quando este tenha menos de dez anos de idade.

Perante estas situações, aconselha-se a mediação familiar e que o sistema judicial seja o mais minucioso possível, pois tratam-se de crianças que acabam por ser o alvo principal da separação dos pais, garantindo o “princípio de precaução”¹¹³.

3.2. Investigação científica norte-americana sobre a guarda conjunta

Inicialmente, os sistemas adotados pelas famílias não permitiam distinguir entre guarda conjunta física e guarda conjunta legal, sem alternância de residência.

Esta investigação, inicialmente, não era tão apelativa à realidade, uma vez que os progenitores que pretendiam ser alvo destes estudos revelavam, desde logo, mais preocupação com os filhos.

Verificou-se o sucesso da guarda conjunta, nomeadamente através dos primeiros estudos, destacando-se o de ABARNABEL¹¹⁴, em que as crianças se adaptaram sem alterações comportamentais, perante os efeitos do divórcio e a divisão do tempo estudada em percentagem entre os pais. Verificou-se também que, da parte dos pais, das famílias alvo de estudo, que existia disponibilidade flexível e apoio entre si para lidar com o sistema.

Em sentido próximo, e com resultados positivos em relação aos estudos sobre a guarda conjunta, CONSTANCE AHRONS¹¹⁵, em 1980, concluiu, através de entrevista a diversos casais divorciados, que, um ano depois, mais de 80% se encontravam satisfeitos com os respetivos efeitos.

LUEPNITZ¹¹⁶ também contribuiu com os seus estudos, apresentando resultados positivos quanto à guarda conjunta. Investigou casais divorciados, três anos após a respetiva separação, constatando que nenhum progenitor no regime de guarda conjunta entrou em litígio, verificando ainda o inverso quanto aos progenitores que aplicaram o regime da guarda única.

¹¹³ Cf. MAURICE BERGER, “La bébé et la garde alternée, le droit d’hébergement du père concernant un bébé”, *Dialogue*, 2002, n.º 155, p. 90, *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Temas de Direito das Crianças”, *op. cit.*, p. 143.

¹¹⁴ ALICE ABARNABEL, “Shared parenting after separation and divorce: a study of joint custody”, *Journal of Orthopsychiatry*, April 1979, reproduzido in *Join Custody, A Handbook for judges, Lawyers and Counselors*, The Association of Family Conciliation Courts, 1979, p. C 12, *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Temas de Direito das Crianças”, *op. cit.*, p. 150.

¹¹⁵ CONSTANCE AHRONS, “Joint Custody Arrangements of Family Conciliation Courts, 1979, P. C 12 *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, *Idem Ibidem*.”

¹¹⁶ Cf. DEBORAH ANNA LUEPNITZ, “A Comparison of Maternal, Paternal and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life”, *Journal of Divorce*, vol. 9, 1983, *apud* MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “Temas de Direito das Crianças”, *op. cit.*, p. 151.

No entanto, existem diversos Autores, tais como MACOBY/DEPNER/MNOOKIN, PHEAR *et. al.*, STEINMAN, ZEMMELMAN E KNOBLAUCH, JOHNSTON, KLINE E TSCHANE, JUDITH WALLERSTEIN e ainda MARYGOLD S. MELLI/PATRICIA R. BROWN, que apresentam estudos em sentido contrário, ou seja, negativo para a guarda conjunta ou sem pontos que façam prevalecer sobre a guarda única. Daí ser, como já referimos, um tema alvo de diversos estudos, polémico e bastante controverso.

4. A posição da jurisprudência portuguesa em relação à guarda conjunta

Quanto ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, a jurisprudência portuguesa tem evoluído no sentido favorável à aplicação do regime de guarda conjunta. Todavia, tem assumido uma vertente preventiva, nomeadamente no sentido de evitar a aplicação da guarda partilhada quando se tratem de situações de violência doméstica ou famílias potencialmente conflituosas.

Importa então, neste assunto, atender a dois momentos, isto é, antes da reforma de 2008, quando existia esta prevenção *supra* aludida em grande escala por parte dos tribunais, para proteger a criança, e atualmente, em que esse paradigma sofreu alterações¹¹⁷.

Em 13 de dezembro de 2012, o relator Rijo Ferreira vem referir, no ac. do TRL, proc. n.º 1608/07.9TBCSC.L1-1¹¹⁸, sobre o exercício conjunto das responsabilidades parentais, conjugado com o art.º 1906º, n.º 1, do CC que “o exercício conjunto do poder paternal (responsabilidades parentais) pressupõe, desde logo, com vista a evitar a sujeição do menor a uma situação de permanente instabilidade, um clima de cooperação entre os progenitores no desenvolvimento de um projeto educativo comum”.

A jurisprudência tem-se manifestado no sentido de que a aplicação do art.º 1906º, n.º 1, do CC, quanto à guarda conjunta, pressupõe o acordo entre progenitores no que concerne ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, de forma a que seja possível tomar decisões conjuntas nos assuntos mais importantes da vida dos filhos, nomeadamente na sua educação.

Na nossa perspetiva, apesar de considerarmos que o superior interesse da criança é salvaguardado da melhor forma com a escolha do regime da guarda conjunta, reconhecemos que

¹¹⁷ Conforme acs. do TRC de 5 de maio de 2009, proc. n.º 530/07.3TBCVL-A.C1, e de 4 de maio de 2010, proc. n.º 1014/08.TMCBRA.C1, ambos do relator Távora Vítor, disponíveis em www.dgsi.pt.

¹¹⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

existem requisitos importantes para que tal seja garantido, como é o caso do acordo entre os pais, e que, caso contrário, nada obsta à aplicação no n.º 2 do referido artigo, ou seja, que as responsabilidades parentais sejam exercidas pelo progenitor a quem é confiada a criança, desde que resulte em maior interesse para o menor.

Ora, nestas situações, importa referir, que o regime de visitas deve respeitar a maior proximidade possível entre as residências dos progenitores, para que as mudanças no quotidiano do menor sejam as menores possíveis.

Abordando a perspetiva da psicologia, perante cada caso, as crianças devem ser sempre submetidas a uma avaliação psicológica para detetar a sua capacidade de superação e aceitação perante a separação dos pais, bem como privilegiar a sua estabilidade. A referida avaliação, deverá ser individualizada para garantir a conformidade entre as decisões tomadas pelos tribunais.

Quanto à intervenção das crianças em tribunal, devem ser tidas em consideração todas as suas capacidades, tendo como objetivo favorecer a recuperação mnésica e minimizar o impacto negativo de interrogatórios sugestivos que possam resultar em prejuízo para a sua estabilidade emocional.

Desta forma, é necessário que sejam adotadas técnicas adequadas na inquirição das crianças, sobretudo para a protegerem de reviver o momento associado à dissociação familiar, sempre atendendo à capacidade de comunicação, compreensão, idade e maturidade da criança.

Adiante, importa esclarecer que o exercício conjunto das responsabilidades parentais não implica a residência alternada da criança, nem que o tempo passado com a mesma seja igual. Implica sim, por outro lado, a tomada conjunta das decisões mais importantes da vida da criança, como já referimos.

Assim, se, por um lado, este exercício conjunto é tão benéfico para as crianças, porque permite uma maior estabilidade na sua vida e que a proximidade entre os progenitores seja maior, uma vez que tomam ambos as decisões, por outro lado, e por essa mesma razão da proximidade, pode ser prejudicial nos casos de vítimas de violência doméstica pós-divórcio.

5. A perspectiva das crianças sobre a “dupla residência” e os seus direitos de participação

A “dupla residência” representa a perspectiva das crianças quanto à aplicação do regime da guarda conjunta, que envolve avaliação dos seus sentimentos, bem como da sua participação nas decisões tomadas pelos pais.

Normalmente, eram sempre os progenitores a tomar as decisões sobre os aspetos mais relevantes da vida dos filhos, defendendo os seus interesses. No entanto, as crianças passam a ter o direito de participar nas decisões que sobre elas recaiam, atendendo à sua maturidade¹¹⁹, como referimos no ponto anterior.

Destarte, a opinião das crianças quanto à homologação dos acordos entre os pais e nas decisões judiciais deve ser tida em consideração, com peso decisivo.

Com efeito, a dupla residência pode permitir aos pais uma maior frequência de convívio com as crianças, bem como dividir tarefas entre si. No entanto, é normal que, ainda assim, os filhos precisem de tempo de adaptação. Neste sentido, para que esta adaptação seja mais fácil, é ideal a aplicação de uma guarda flexível, em que o interesse dos filhos seja prioridade e que a mesma possa ser ouvida.

¹¹⁹ Direito consagrado no art.º 12º da CNUDC de 1989, atualmente previsto no art.º 1901º, n.º 3, do CC, que deve aplicar-se analogicamente à guarda das crianças, conj. com o art.º 1878, n.º 2, 2ª parte, do CC. Neste sentido, também o art.º 147º-A da OTM consagra o princípio da audição obrigatória das crianças, sem limite de idade.

6. Dimensão quantitativa da guarda conjunta e evolução da jurisprudência

Numa primeira fase, a guarda conjunta apresentava alguns inconvenientes aos olhos das famílias, por se acreditar que os casos de violência doméstica poderiam ter continuidade, ou seja, que a igualdade elencada entre progenitores poderia transformar-se em desigualdade económica nos casos das famílias monoparentais.

Porém, o panorama alterou-se, passando esta modalidade de guarda a ser a mais aplicada em termos de percentagem dos estudos realizados em pais divorciados.

No nosso ordenamento jurídico, a jurisprudência encara, cada vez mais, de forma positiva a opção pela guarda conjunta, tendo-se verificado este facto principalmente nos tribunais de primeira instância, como analisaremos de seguida.

Assim, em termos de contexto histórico e demográfico, a guarda conjunta tem vindo a ganhar cada vez mais representação, segundo estudos elaborados, uma vez que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, que lhe subjaz, é o mais próximo da realidade familiar, que antecede a separação dos progenitores.

7. Os critérios jurisprudenciais e doutrinários na admissibilidade da guarda conjunta

Como sabemos, a admissibilidade deste regime é bastante controversa na jurisprudência e na doutrina, e, por essa mesma razão, torna-se desafiante defendê-lo através desta dissertação.

Em 1ª instância, podemos constatar que há magistrados que não aceitam este regime de guarda, mesmo que por acordo dos progenitores, sustentando-se no argumento de que o interesse da criança não é associado ao fator de instabilidade transmitido ao filho quando sujeito a alternâncias de residência e a uma maior probabilidade de assistência a conflitos entre os pais do que se estivesse num regime de exclusividade de exercício das responsabilidades parentais por um deles.

Acrescentam ainda os defensores da posição que desaconselha ou não atribui este regime de guarda que o mesmo prejudica também o desenvolvimento da criança, pelo facto de estarem sujeitas a parâmetros de educação diferentes.

Desta forma, consideramos que estes “pré-juízos” dos defensores e adotantes desta posição, segundo o n.º 5 do art.º 1906º do CC, quanto à fixação da residência da criança (exclusiva), baseiam-se numa interpretação extrema da letra da lei.

No entanto, quanto à admissibilidade ou não do regime da guarda conjunta na jurisprudência dos Tribunais Superiores, constatamos que o mesmo é admitido de forma uniforme, sendo considerado como o regime que mais permite o igual contacto da criança com ambos os progenitores, privilegiando o seu interesse¹²⁰.

Quanto à doutrina, as conclusões a que diversos autores chegam são as de que a lei não proíbe a residência alternada, como também não exige que essa alternância tenha por base um acordo entre progenitores.

Posto isto, podemos constatar que a admissibilidade do regime da guarda conjunta é praticamente unânime, na doutrina e na jurisprudência, no seio do ordenamento jurídico português.

¹²⁰ Alguns acórdãos neste sentido são o Ac. do TRL de 14 de dezembro de 2006, o Ac. do TRL de 14 de fevereiro de 2015, o Ac. do TRC de 5 de maio de 2009, o Ac. do TRC de 4 de maio de 2010, o Ac. do TRL de 24 de junho de 2014 e o Ac. do TRL de 2 de julho de 2015, todos disponíveis em www.dgsi.pt.

8. Competência dos Tribunais

De acordo com a al. g) do n.º 3 do art.º 81.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto (LOSJ), os juízos de família e menores são juízos de competência especializada, sendo que, nos termos dos arts.º 122.º e 123.º da mesma lei, têm competência para preparar e julgar litígios, no domínio do direito da família, relativos a cônjuges e ex-cônjuges, bem como a menores e filhos maiores

Em concreto, nos termos do art.º 123.º, n.º 1, al. d), os juízos de família e menores têm competência material para regular o exercício das responsabilidades parentais e conhecer das questões a este respeitantes.

Quanto à competência territorial, são competentes os juízos de família e menores com jurisdição na área de residência do menor, no momento em que se intenta o respetivo processo, tal com o previsto nos art.ºs 9.º e ss. do RGPTC. Acrescenta ainda este artigo, nos seus n.ºs 2, 3 e 4, que, “sendo desconhecida a residência da criança, é competente o tribunal da residência dos titulares das responsabilidades parentais (...) se os titulares das responsabilidades parentais tiverem residências diferentes, é competente o tribunal da residência daquele que exercer as responsabilidades parentais (...) no caso de exercício conjunto das responsabilidades parentais, é competente o tribunal da residência daquele com quem residir a criança ou, em situações de igualdade de circunstâncias, o tribunal em que a providência tiver sido requerida em primeiro lugar”.

Ora, segundo o art.º 12.º do RGPTC, os processos relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente na falta de acordo perante situações de particular relevância da vida dos menores, são de jurisdição voluntária¹²¹.

Nesta senda, importa realçar novamente, perante os casos de desacordo, a possibilidade de remeter para a o recurso à mediação familiar¹²².

8.1. Competência Internacional

Conforme se pode ler no ac. do TRP de 12 de abril de 2012, “os tribunais portugueses são internacionalmente incompetentes para conhecer do pedido de regulação das responsabilidades

¹²¹ Cfr. explanado no ponto 4.3 do Cap. I.

¹²² HUGO MANUEL LEITE RODRIGUES, *op. cit.*, pp. 51-55.

parentais de menor com residência noutra Estado-membro da União Europeia¹²³, onde já hajam sido reguladas”¹²⁴.

Seja qual for a causa, a competência internacional de qualquer país implica uma ligação relevante com o seu ordenamento jurídico e que a mesma esteja ligada ao Estado¹²⁵.

Por conseguinte, a competência internacional nasce quando há uma conexão com outro ordenamento jurídico, para além do ordenamento jurídico português.

O poder jurisdicional dos tribunais portugueses, quando utilizado para julgar ações ou providências que lhes sejam requeridas, concernentes a casos jurídicos conectados com duas ou mais ordens jurídicas, corresponde à competência internacional.

Refira-se que as normas de competência internacional definem a jurisdição na qual o respetivo litígio se determinará e qual o tribunal competente para essa apreciação.

Desta feita, as normas de competência internacional são consideradas como normas de receção, uma vez que objetivam conceder o julgamento de certo litígio plurilocalizado entre os tribunais da jurisdição nacional.

Certo é que o direito convencional internacional tem primazia sobre o direito interno português, quanto ao domínio da competência internacional, sendo que, desta forma, apenas através de tratados, convenções, regulamentos comunitários¹²⁶ e leis especiais serão relevantes os fatores de atribuição de competência internacional dos tribunais portugueses, de acordo com o art.º 62º do nCPC.

Inerente ao *supra* aludido, podemos referir-nos a um “primado do direito convencional internacional”.

¹²³ Doravante denominado por UE.

¹²⁴ Transcrição do ac. do TRP de 12 de abril de 2012, proc. n.º 5354/11.3TBVNG-A.P1, da relatora Joana Salinas, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁵ Posição implícita nos art.º 59º e 62º do nCPC.

¹²⁶ O Regulamento Bruxelas II BIS, que já referimos, vem abranger as regras de competência internacional, transações judiciais e matérias de responsabilidade parental, de onde se retira que “a competência internacional é dada ao EM em que a criança resida”.

8.2. Contributos do Regulamento Bruxelas II BIS

Este Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, baseia-se no princípio da cooperação judiciária, que envolve várias entidades que devem funcionar em rede, sendo o seu objetivo primordial a salvaguarda dos interesses da criança.

Ora, quanto ao regime do regulamento, do seu art.º 2, n.º 9, podemos retirar a conclusão de que o direito de guarda compreende todos “os direitos e as obrigações relativos aos cuidados devidos à criança e, em particular, o direito de decidir sobre o seu lugar de residência”. Por seu turno, quando exercido conjuntamente, não pode um dos progenitores, sem consentimento do outro, decidir o local de residência da criança.

De acordo com o n.º 11 do mesmo artigo, podemos retirar a ilação de que, no seio de uma violação do direito de guarda, pode estar em causa uma deslocação ilícita. Neste contexto, segundo o STJ, a competência de atribuição da guarda, pertence ao tribunal do EM onde a criança tinha a sua residência estabelecida antes da deslocação ilícita.

No que concerne às regras de competência e procedimento do regulamento, o tribunal competente nas matérias de responsabilidade parental é o tribunal da residência habitual do menor, atendendo ao princípio do superior interesse da criança.

Ora, antes de uma possível deslocação do menor, o tribunal da residência habitual mantém a competência, mesmo que a criança já esteja noutra EM. Isto é, os referidos tribunais terão sempre competência para regular as matérias de responsabilidade parental, subjazendo-lhes um princípio de estabilidade da manutenção do tribunal da residência, no sentido de permitir uma decisão mais célere, evitando-se disputas em torno do tribunal competente.

Cumprir assinalar que, nos casos de transferência da residência habitual para outro Estado, o regulamento limita determinadas circunstâncias no sentido de averiguar a licitude das mesmas e de proteger os filhos menores, devendo os mesmos ser ouvidos se assim resultar no seu interesse.

8.3. Competência Interna

De harmonia com o pensamento de Tomé D’Almeida¹²⁷, podemos afirmar que “o incumprimento do acordo de regulação do exercício do poder paternal (responsabilidades parentais), homologado pelo Conservador no processo de divórcio ou de separação por mútuo

¹²⁷ Cf. João Botelho, *op. cit.*, p. 212.

consentimento, tem de ser suscitado no Tribunal competente da área de residência do menor, no caso, o Tribunal de Família e Menores, havendo-o, ou no Tribunal de Comarca, no caso contrário, face ao estatuído no art.º 155º, devendo o requerente juntar a respetiva certidão de acordo e a decisão que o homologou (...) Nestes casos, visto não haver processo judicial de regulação do poder paternal, o incidente de incumprimento dará origem a distribuição autónoma, embora com o processamento previsto no art.º 181º da OTM (revogada pelo RGPTC, correspondendo os artigos citados aos art.ºs 9º e 41º deste regime) ”.

Pese embora alguma jurisprudência não ir neste sentido¹²⁸, podemos concluir que é territorialmente competente para conhecer do incidente de incumprimento da regulação das responsabilidades parentais homologadas por Conservador do Registo Civil, o Tribunal da residência do menor – art.º 9º *ex vi* art.º 41º, ambos do RGPTC¹²⁹.

Ora, se, ilicitamente, os menores forem deslocados em território nacional, o tribunal da residência habitual daqueles, antes desse malogro, deverá permanecer competente, sob pena de se beneficiar a ilicitude que consubstancia essa deslocação ilícita.

No que concerne à alteração ao regime inerente às responsabilidades parentais, devemos recorrer ao art.º 182º da OTM, sendo que esta ação, quanto à fixação de competência, é uma ação independente.

Adiante, a competência territorial está definida no art.º 9º da RGPTC, sendo que a primazia será sempre o interesse dos menores, porquanto o tribunal que melhor o salvaguardará será aquele onde decorre o processo de divórcio entre os progenitores.

¹²⁸Como, por exemplo, no caso do ac. do TRP de 21 de dezembro de 2004, proc. n.º 0425309, do relator Exmo. juiz Desembargador Alberto Sobrinho, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 213.

9. Posição adotada

Em matéria das responsabilidades parentais, as soluções da guarda conjunta supõem a atenuação ou eliminação das discórdias entre os pais, dando primazia aos interesses dos filhos.

Por outro lado, o regime da guarda conjunta nas responsabilidades parentais entre os progenitores pressupõe que ambos desejem participar ativamente na vida dos filhos, intervindo de igual forma nas decisões relativas aos atos mais importantes da mesma.

Atendendo que poderá perspetivar-se, ou não, a alternância de residências, não saindo da esfera do regime da guarda conjunta, uma vez que, os menores, apesar de passarem alternadamente períodos com ambos os progenitores, estes mantêm a partilha das responsabilidades parentais.

Com efeito, a guarda conjunta pressupõe uma maior proximidade entre os progenitores, que, por sua vez, lhes possibilita a tomada de decisões em comum, minimizando a probabilidade de desavenças entre si, de fator egoístico, que poderiam pôr em risco a estabilidade emocional dos filhos, a sua segurança e os seus interesses.

Ilustre-se que a própria legislação procura viabilizar o exercício das responsabilidades parentais através da guarda conjunta, sendo, por isso, considerada a situação regra, tal como advém do próprio art.º 1906º do CC.

Efetivamente, os anteriores acordos obtidos pelos progenitores e homologados pelo tribunal têm favorecido a partilha das responsabilidades parentais.

Desta feita, cumpre agora colocar algumas questões pertinentes que procuramos responder ao longo desta análise, bem como perceber em que consiste o exercício conjunto das responsabilidades parentais com a aplicação do regime de guarda conjunta por parte dos progenitores, perceber se a aplicação deste mesmo regime implica a residência alternada dos filhos entre ambos os progenitores e, se assim for, perceber se se estará antes a aplicar o regime de guarda alternada (inadmissível de acordo com a Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro).

Em face das questões *sub iudice*, pode constatar-se que, à luz dos normativos legais analisados, o exercício conjunto das responsabilidades parentais implica que qualquer quesito relevante, concernente à vida dos filhos, seja decidido por ambos os pais, em conjunto.

Ora, o fundamento da aplicação deste regime sustenta-se com base na importância de envolver ambos os progenitores no quotidiano e na educação dos seus filhos, por forma a criar estímulos de confraternização recíproca com os mesmos, perante uma situação de divórcio, separação, rutura matrimonial ou de convivência em situação análoga à dos cônjuges.

Deste modo, ambos os progenitores participam na vida dos menores, acompanham o seu crescimento, fortificando a autoridade que conjuntamente exercem sobre a educação dos mesmos.

Note-se ainda que, desse envolvimento conjunto, resulta a salvaguarda dos interesses das crianças, bem como a proteção dos seus direitos, concretamente, o direito de convivência com a mãe e com o pai, evitando-se, desta maneira, que, após a separação dos progenitores, aquele a quem não seja confiado o filho deixe ter contacto com ele.

Assim, as relações entre o progenitor não guardião e o filho serão sempre melhor salvaguardadas do que quando incrementadas através da fixação de um regime de visitas pelo tribunal ou através de mera contribuição de alimentos.

Destas evidências, retira-se inequivocamente que as maiores vantagens familiares são retiradas da aplicação do regime de guarda conjunta, uma vez que afasta a possibilidade de desentendimentos entre os pais, atenuando o impacto do divórcio nas relações parentais¹³⁰.

Com orientação similar, refere-se no ac. do STJ de 28 de setembro de 2010¹³¹ que “a Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, veio alterar não só a terminologia legal, substituindo a designação do poder paternal por responsabilidades parentais, assim pretendendo em nome dos superiores interesses dos menores afetados por situações familiares dos seus pais, defendê-los e envolver os progenitores nas medidas que afetam o seu futuro, coenvolvendo-os e coresponsabilizando-os, não obstante a rutura conjugal, preservando relações de proximidade, e consagrando um regime legal em que mesmo o progenitor que não detenha o poder paternal (responsabilidades parentais), deve ser ouvido e, assim, ser corresponsável pela educação e destino do filho, estando em causa questões de particular importância para a vida do filho, que, em regra, passam a ser exercidas em comum e ser objeto de informação recíproca – n.º 1 do art.º 1906º do CC”.

¹³⁰ Sobre esta questão consultar WLADIR GUIARD FILHO, no seu artigo “Novo modelo de Responsabilidade Parental”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, *apud* JOÃO BOTELHO, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹³¹ Cfr. o ac. do STJ de 28 de setembro de 2010, proc. n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1 do relator Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

Com efeito, se são conjuntas as decisões, igualmente conjunta será a respetiva guarda. Não obstante, não vivendo os progenitores juntos por consequência da rutura conjugal, os filhos, conseqüentemente, passarão períodos com o pai e períodos com mãe, alternadamente, na medida em que ambos os pais, em comum acordo, assim o entendam¹³².

Não se pode igualmente descurar que o facto de o filho residir, ora com um progenitor, ora com o outro, não exclui a natureza de guarda conjunta, importando apenas a realidade subjacente, ou seja, a de que existe partilha das responsabilidades parentais por ambos os progenitores, em prol do benefício dos interesses dos filhos.

Destarte, na guarda conjunta, ao invés do que sucede na guarda alternada, existe, simplesmente, a alteração de um ambiente físico definido, pois, apesar da rutura conjugal, mantém-se a tomada de decisões conjunta e envolvimento no crescimento dos filhos por parte de ambos os pais.

Desta forma, garante-se o desenvolvimento estável da criança através da redução de conflitos entre os progenitores, que, neste regime, podem ter uma maior proximidade, discutindo as questões mais pertinentes na vida dos seus filhos, nomeadamente no cariz educativo, conforme dispõem os n.ºs 1 e 3 do art.º 1906º do CC.

Ora, não deixamos de estar perante guarda conjunta pelo facto de o pai ou a mãe carecerem de agir sozinhos, pois, ainda assim, um deverá sempre informar o outro sobre essas mesmas ações.

Importa também realçar que o aparecimento da “Lei do divórcio”¹³³, como vulgarmente a ela se referem, trouxe consigo um espírito de igualdade, quanto ao exercício das responsabilidades parentais, suprimindo as menções explícitas e direcionadas a um poder maternal ou a um poder paternal, que, anteriormente, subentendia um género predominante. De modo que, com o novo regime, aplica-se a regra do exercício comum das responsabilidades parentais, através da adoção do regime da guarda conjunta¹³⁴.

¹³² Cfr. o ac. do TRL de 28 de junho de 2012, proc. n.º 33/12.4TBBRR.L1-8, da relatora Ana Luísa Geraldes, disponível em www.dgsi.pt.

¹³³ Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro.

¹³⁴ Neste âmbito, a exceção é a guarda única, em que o menor é confiado exclusivamente a um dos progenitores.

A cooperação entre os pais torna-se um fator imprescindível ao harmonioso e equilibrado crescimento e desenvolvimento da criança, bem como a criação de um projeto educativo comum através do exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Não podemos olvidar que a guarda conjunta dispõe de uma componente jurídica, manifestada através do exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os pais e inclui uma componente material, no que concerne à convivência diária com a criança.

Por seu turno, pode o filho residir com um dos progenitores, concernindo ao outro o direito de visita, ou ainda pode o filho residir alternadamente com ambos, sendo que, nestes casos, as questões do quotidiano da vida do menor caberão ao progenitor com quem este habita nesse momento e, as de maior relevância, a ambos.

No sentido de clarificar as diferenças, no caso da guarda alternada, esta implica que cada um dos progenitores detém a guarda do seu filho, alternadamente, isto é, exerce a totalidade dos poderes-deveres integrados no conteúdo das responsabilidades parentais, sendo que o outro se confina ao direito de visita¹³⁵.

Em suma, a guarda conjunta impõe o exercício conjunto das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, sendo que quando a criança viva com um deles, goza o outro de amplo direito de visita, ou, em alternativa, a criança vive alternadamente com ambos de acordo com um determinado ritmo temporal, em que, neste último caso, de acordo com o n.º 3 do art.º 1906º do CC, as questões do quotidiano da vida dos filhos são decididas pelo progenitor com o qual estes residam no momento¹³⁶.

Ainda como vantagens da guarda conjunta, a doutrina emerge no sentido de considerar que, neste regime, há uma maior proximidade entre os progenitores e os seus filhos, não tendo, assim, as crianças, que são a nosso principal foco de proteção, a sobrecarga de ter de fazer uma escolha, de um progenitor em detrimento do outro. Por outro lado, em segundo plano, também os próprios não se sentem circunscritos e privados dos seus direitos face aos menores, permitindo-se a continuação do exercício das responsabilidades parentais entre ambos.

Neste sentido, podemos constatar que a guarda conjunta transporta um forte sentido de motivação do vínculo emocional gerado entre pais e filhos, na medida em que, para além de

¹³⁵ JOÃO BOTELHO, *op. cit.*, pp. 49-55.

¹³⁶ Vide o ac. do TRL de 24 de outubro de 2013, proc. n.º 5358/11.3TBSXL-8, da relatora Isoleta Almeida Costa, disponível em www.dgsi.pt.

contribuir para o bom desenvolvimento da criança, promove também o melhor relacionamento possível entre os progenitores, perante uma situação de rutura da união familiar, bem como para o cumprimento voluntário das obrigações, designadamente quanto à pensão de alimentos.

Face aos motivos apontados, concluímos que a guarda conjunta deve ser o regime escolhido.

Conclusões

Após a análise e o estudo elaborados, importa, então, realçar a ideia de que o mais relevante para as crianças, independentemente do regime de guarda aplicado, após a dissociação familiar, é a qualidade do contacto com os progenitores e não a sua quantidade.

A jurisprudência tem-se manifestado no sentido de que a aplicação do art.º 1906º, n.º 1, do CC, no que concerne ao regime da guarda conjunta, pressupõe o acordo entre progenitores no que respeita ao exercício conjunto das responsabilidades parentais, de forma a que seja praticável tomar decisões conjuntamente nas questões mais importantes da vida dos filhos menores, nomeadamente na sua educação.

É pacífico perceber que o legislador procurou a obtenção de acordo por parte dos progenitores, quanto às questões de principal relevância na vida dos filhos, de forma a que, pese embora a separação conjugal, sejam dirimidos os possíveis conflitos entre os pais, permitindo que ambos possam continuar a participar ativamente na vida dos menores, assegurando os seus interesses e, sobretudo, preservando o vínculo paterno-filial.

Pese embora concluirmos que as responsabilidades parentais devam ser partilhadas por ambos os progenitores, também reconhecemos que para, todos os efeitos, advêm de uma situação de dissociação familiar, o que implica, por vezes, a residência alternada da criança, sendo que, aquele que não detém a guarda poderá passar a residir consideravelmente longe, e por esse mesmo motivo, será mais difícil cumprir o regime de visitas. Ora, a exigência da proximidade de residência entre os progenitores surge, essencialmente, no exercício das responsabilidades parentais associado a residência alternada da criança, no sentido de diminuir o impacto que essas repercussões podem ter nos filhos. Neste contexto, importa realçar que o regime de visitas deve respeitar a maior proximidade possível entre as residências dos progenitores, para que as mudanças no quotidiano do menor sejam as menores possíveis.

Cumpre assinalar que o regime de guarda conjunta permite que a criança resida no domicílio de um dos progenitores ou que resida alternadamente com os dois, mas garantindo que ambos os progenitores mantêm o direito de intervenção em todas as questões de particular importância na vida dos seus filhos. Este regime visa atenuar os efeitos consequentes dos regimes em que o filho esteja entregue a um progenitor, cabendo ao outro apenas uma espécie de fiscalização do

exercício das responsabilidades parentais, permitindo assim que ambos participem de igual forma, favorecendo o equilíbrio da relação familiar.

Ora, a aplicação do regime da guarda conjunta não deve ser rígida, por forma a se adaptar às necessidades das crianças atendendo à sua maturidade e idoneidade¹³⁷.

Face ao exposto, a criança, ao ter sua voz e expressões representadas no processo pelos profissionais treinados e sensibilizados para identificar e validar o seu sofrimento, terá mais visibilidade para receber a proteção e a segurança que estão subjacentes à intervenção judicial. Desta forma, o sistema de Justiça estará mais próximo da realidade da criança, contribuindo para o atendimento de suas reais necessidades e favorecendo o seu saudável desenvolvimento.

Acresce ainda que, no caso das famílias monoparentais, a instabilidade financeira pode pôr em causa o bem-estar dos filhos, devendo apelar-se para o cumprimento das obrigações de alimentos, devendo, para isso, o progenitor coabitante promover o contacto do outro com a criança.

Assim, esta investigação serve para que se reflita sobre algumas recomendações.

Em primeiro lugar, apesar de defendermos o regime da guarda conjunta, importa saber reconhecer e aconselhar que o mesmo deve ser aplicado tendo em consideração se, de facto, se tratam de famílias capazes de cooperar entre si em prol do interesse dos filhos.

Neste mesmo sentido, deverá esta capacidade por parte dos pais ser avaliada e assegurada pelos Tribunais. Por outras palavras, deixamos de defender o regime da guarda conjunta e o recurso à mediação familiar, evidentemente, nos casos extremos, em que se comprove a existência de violência doméstica ou abuso sexual das crianças. Acontece, muitas vezes, que as decisões e acordos proferidos tendem a focar-se nos interesses dos adultos, passando os dos filhos para segundo lugar, não se ponderando devidamente as suas necessidades, sendo que é para a resolução destas falhas que pretendemos contribuir com este estudo.

Nesta senda, perante uma separação ou divórcio, que, já por si, se trata de uma figura negativa e com impacto na vida do ser humano, o objetivo, sobretudo privilegiando o superior interesse da criança, passa por atenuar essas mesmas repercussões na vida dos filhos, através

¹³⁷ Preferencialmente, não se aconselha a residência alternada a crianças com menos de 4 anos de idade. Entre os 4 e os 10 anos de idade, apenas deve ser aplicada na ausência de conflito parental. Já a partir dos 10 anos, deverá assistir à criança o direito de audição.

da criação da melhor relação possível entre os progenitores para que estes tenham uma vida o mais semelhante possível àquela que tinham quando coabitavam com ambos os pais.

Ademais, refere a doutrina majoritária que os progenitores podem não conseguir evitar que os filhos sofram com a dissociação familiar. Porém, podem e devem promover o seu apoio ativamente, auxiliando o menor a adotar estratégias que promovam o seu progresso desenvolvimental.

Posto isto, defendendo o regime da guarda conjunta, porque este é o que melhor permite salvaguardar a situação familiar anterior à separação dos pais, permitindo uma maior estabilidade e igual atribuição de responsabilidades entre pai e mãe, mesmo estando separados, perseguindo o interesse dos seus filhos, tal como se observa na maioria da doutrina, jurisprudência e até mesmo na própria legislação vigente, quer no nosso ordenamento jurídico, quer nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que analisamos. É reconhecido, no entanto, que o ideal será, nos casos de acordo entre os pais, se necessário através do recurso à mediação familiar, e desaconselhado nos casos de elevada controvérsia entre os pais, de forma mais gritante nas situações de violência doméstica, como referimos.

Na nossa perspetiva, apesar de julgarmos que o superior interesse da criança é salvaguardado da melhor forma com a escolha do regime da guarda conjunta, reconhecemos que existem requisitos importantes para que tal seja garantido, como é o caso do acordo entre os progenitores e que, caso contrário, nada obsta à aplicação no n.º 2 do referido artigo, isto é, que as responsabilidades parentais sejam exercidas pelo progenitor a quem é confiada a criança, desde que resulte em maior interesse para a criança.

Ora, podemos afirmar que, perante a dissolução conjugal, a melhor solução é a guarda conjunta, em que os pais mantêm a responsabilidade conjunta pelas decisões relativas à educação e à formação dos filhos. Por outras palavras, a guarda conjunta é o regime que melhor atende aos interesses do menor, desde que existam condições morais, de afinidade e afetividade, ou seja, aptidão de ambos os pais ao exercício da guarda.

Então, inerente aos casos de dissociação familiar, no que respeita às questões de particular importância na vida dos filhos, estabeleceu o legislador, no n.º 1 do art.º 1906º do CC, como o regime-regra, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, subjacente, portanto, à guarda conjunta. Daqui se retira que os casos em que não seja aplicado o regime-regra devem ser

devidamente fundamentados e justificados perante o tribunal, de forma a garantir o superior interesse da criança, segundo o n.º 2 do referido artigo.

Face ao exposto, pretendemos contribuir, com esta análise, para a consciencialização dos progenitores, para que possam reunir os requisitos necessários, face a uma situação que já não é fácil, por si só, para que este regime da guarda conjunta, que vimos defender, possa ser aplicado, visando o melhor possível para os seus filhos.

Em suma, o regime da guarda conjunta é a forma mais altruísta que o exercício das responsabilidades parentais pode assumir em prol do interesse dos filhos menores.

Referências Bibliográficas

ABARNABEL, Alice – **Shared parenting after separation and divorce: a study of joint custody**, *Journal of Orthopsychiatry*, April 1979, reproduzido in *Join Custody, A Handbook for judges, Lawyers and Counselors*, The Association of Family Conciliation Courts, 1979, in SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 150.

AHRONS, Constance – **Joint Custody Arrangements of Family Conciliation Courts**, 1979, in SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 150.

ALMEIDA, L.P. Moutinho – **Dos Alimentos**, in *Scientia Iuridica*, Tomo XVI, 1968, pp. 270 a 297.

BERGER, Maurice – **La bébé et la garde alternée, le droit d'hébergement du père concernant un bébé**, *Dialogue*, 2002, n.º 155, in SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 43.

BORN, Winfried – **Gemeinsames Sorgerecht: Ende der “modern zeiten**, 1999, in SOTTOMAYOR, Maria Clara, **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 89.

BOTELHO, João – **Regulação das Responsabilidades Parentais**, Nova Causa Edições Jurídicas, Lisboa, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes/MOREIRA, Vital – **Fundamentos da Constituição**, Coimbra Editora, 1991.

– **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

– **Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II** 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

– **Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I** 4ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos – **A (síndrome de) Alienação parental e o exercício das Responsabilidades Parentais: algumas considerações**, 1ª Ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

CHRISHOLM, Richard e MCINTOSH, Jennifer – **Cautionary notes on the shared care of children in conflicted parental separations**, 2008, *in* SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 142.

COELHO, Pereira Francisco/OLIVEIRA, Guilherme de – **Direito da Família**, vol. I, Coimbra Editora, 2005. *In* GOMES, Ana Sofia - **Responsabilidades Parentais: Regime do apadrinhamento civil, Regulação do exercício e cumprimento das responsabilidades parentais, Mediação familiar, Guarda, visitas, férias e pensões, Obrigações dos pais separados, Deslocação de crianças ao estrangeiro, Legislação nacional e internacional, Convenções sobre a cobrança de alimentos**, *Minutas*, 3ª Ed atual. e aum., Quid Juris, 2012, p. 15.

EEKELAAR – **Regulating divorce, Clarendon Paperbacks**, Oxford, 1991, *in* SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 90.

FALCÃO, Marta, SERRA, Miguel Dinis Pestana, TOMÁS, Sérgio Tenreiro – **Direito da Família: da teoria à prática**, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2016.

LEAL, Ana – **Formulários BDJUR, Família e Menores**, Almedina, Coimbra, 2011.

– **Guia Prático da Obrigação de Alimentos**, Almedina, Coimbra 2012.

LEANDRO, Armando (Juiz Conselheiro na Comunicação) – **Ajuda à decisão, ajuda aos pais, aos filhos e à justiça em caso de separação e divórcio**, 1986, *in* SEVERINO, Rita – **As**

Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais: Mediação Familiar em Portugal, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, pp. 27 e ss.

LUEPNITZ, Deborah Anna – **A Comparison of Maternal, Paternal and Joint Custody: Understanding the Varieties of Post-Divorce Family Life**, Journal of Divorce, vol. 9, 1983, *in* SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p.151.

GARCIA, José Diogo Leite – **O Instituto do poder paternal e seu exercício em casos de rutura conjugal: uma busca aos interesses dos menores através da viabilidade prática do «exercício conjunto»**, Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas I, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

GRDNER, Richard A. – **Child Custody** *in* Basic Handbook of Child Psychiatry, J. Noshpitz, Vol. V, New York, 1987, pp. 637 a 646.

GOMES, Ana Sofia – **Responsabilidades parentais: Regime do apadrinhamento civil, Regulação do exercício e cumprimento das responsabilidades parentais, Mediação familiar, Guarda, visitas, férias e pensões, Obrigações dos pais separados, Deslocação de crianças ao estrangeiro, Legislação nacional e internacional, Convenções sobre a cobrança de alimentos, Minutas**, 3ª ed., atual. e aum., Quid Juris, Lisboa, 2012.

GONÇALVES, Cunha – **Tratado de Direito Civil**, vol. II e vol. VI., Max Limonad, São Paulo, 1968.

GUERRA, Paulo Gomes – **Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo**, Almedina, Coimbra, 2016.

HENRICH, Dieter – **Separazione, divorzio, affidamento dei minori: L'esperienza tedesca**, Giuffrè Editore, Milano, 2000, *in* SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 89.

MAGUIN, Nicolas – **A propôs de la garde conjointe des enfants de parents divorcés**, Dalloz, Chr. XX, 1983, *in* SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Temas de Direito das Crianças:**

autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge, Almedina, Coimbra, 2014, p. 82.

MARQUES, J. P. Remédio – **Algumas Notas sobre Alimentos: Devidos a menores**, 2ª Ed., rev., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MEDINA, Maria do Carmo – **Direito de Família**, 2ª ed. atual., Escolar Editora, Angola, 2013.

MELO, Helena Gomes de, *et. al.* – **Poder Paternal e Responsabilidades Parentais**, 2ª Ed., rev., atual. e aum., Quid Juris Sociedade Editora, Lisboa, 2010.

MUIÑO, Ana Seisdedos – **La Patria potestad dual**, Universidad del País Vasco, 1988, *in* SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014, p. 76.

NETO, Abílio – **Código Civil Anotado**, 18ª Ed. rev. e atual., Ediforum, Lisboa, 2013.

OLIVEIRA, Maria – **Alimentos devidos a menores**, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Universidade de Coimbra, 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte – **Estudos de Direito da Família e das Crianças**, AAFDL Editora, Lisboa, 2015.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite Rodrigues – **Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais**, 1ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

SANTOS, Débora Ferreira Macedo dos – **“Do recurso à mediação familiar na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio”**, em Dissertação de Mestrado apresentado à Universidade do Minho, 2016.

SANTOS, Eduardo – **Direito da Família**, Almedina, Coimbra, 1999.

SEVERINO, Rita – **As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais: Mediação Familiar em Portugal**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012.

SILVA, Joaquim Manuel da (Juiz de Direito na secção de Família e Menores), GUERRA, Paulo (juiz desembargador) – **A Família das Crianças na Separação dos Pais: A guarda Compartilhada**, Petrony Editora, Lisboa, 2016.

SILVA, Júlio Barbosa e – **Lei Tutelar Educativa Comentada: No âmbito das principais orientações internacionais, da Jurisprudência Nacional e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**, Almedina, Coimbra, 2013.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da – **Guarda Compartilhada na Legislação Vigente e projetada**, in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, A. 1, n.º 4, 2012, pp. 191 a 211.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Regulação do Exercício da Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

– **Temas de Direito das Crianças: autonomia do direito das crianças, guarda alternada, proteção das crianças vítimas de abuso sexual, adoção do filho do cônjuge**, Almedina, Coimbra, 2014.

– Estudos e monografias – **Exercício do poder paternal**, 2ª Ed., Publicações Universidade Católica, Porto, 2003.

TAKAS, Marianne – **Child Custody: A complete guide to concerned mothers**, in SOTTOMAYOR, Maria Clara – **Regulação do Exercício da Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio**, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 184 a 85.

VEZZULLA, Juan Carlos – **Mediação e Conciliação Judicial**, Florianópolis, 2001, in SEVERINO, Rita – **As Rupturas Conjugais e as Responsabilidades Parentais: Mediação Familiar em Portugal**, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2012, p. 57.

VILARDO, Maria Aglaé Tedesco e FERREIRA, Nuno – **A guarda conjunta: notas comparativas sobre as soluções legais em vigor na União Europeia e no Brasil**: doutrina, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

XAVIER, Rita Lobo – **Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e Das Responsabilidades Parentais: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro**, Almedina, Coimbra, 2010.

Webbibliografia

Área de Família e Menores, acedido em 16 de maio de 2017, em <http://www.ministeriopublico.pt/perguntas-frequentes/area-de-familia-e-menores>.

Base de dados Jurídica, acedido em 06 de Setembro de 2017, em <http://bdjur.almedina.net/>.

Bases Jurídico-Documentais, acedido em 20 de outubro de 2016, em <http://www.dgsi.pt/> e em <https://www.citius.mj.pt/porta/basesjuridicodocumentais.aspx>.

Biblioteca da Procuradoria Geral da República, acedido em 20 de outubro de 2017, em <http://www.dgsi.pt/bpgr/bpgr.nsf/Pesquisa+Campo?OpenForm>.

Formações de Dissertações/Teses, acedido em 08 de novembro de 2016, em <https://alunos.uminho.pt/PT/estudantes/Paginas/InfoUteisFormatacao.aspx>.

Guarda Conjunta, acedido em 17 de agosto de 2017, em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/basic?q=guarda+conjunta>.

Jurisprudência e Legislação, acedido em 24 de fevereiro de 2017, em <http://www.pgdlisboa.pt/home.php>.

Responsabilidades Parentais, acedido em 18 de abril de 2017, em <http://www.advogar.pt/2017/das-responsabilidades-parentais-e-da-nova-competencia-das-conservatorias-do-registo-civil/>

Jurisprudência

ALIENAÇÃO PARENTAL

Ac. do TRL, Proc. 1625/05.3TMSNT-C.L1-7, de 26-01-2010, da relatora Ana Resende, disponível em www.dgsi.pt.

ALIMENTOS

Ac. do TRC, Proc. n.º 1014/08.TMCBRA.C1, de 04-05-2010, do Relator Távora Vítor, disponível em www.dgsi.pt.

COMPETÊNCIA INTERNA

Ac. do TRP, proc. n.º Proc. 0425309, de 21-12-2004, do Relator Exmo. juiz Desembargador Alberto Sobrinho, disponível em www.dgsi.pt.

DIREITO DE AUDIÇÃO

Ac. do TRE, proc. n.º Proc. 3-C/2000.E1, de 05-12-2013, do Relator José Lúcio, disponível em www.dgsi.pt.

DIREITO DE VISITA

Ac. do TRL, proc. n.º 2190/03.1TBCSC-B.L1-7, de 19-05-2009, do Relator: Arnaldo Silva, disponível em www.dgsi.pt.

GUARDA CONJUNTA

Ac. do TRL, proc. n.º 1900/05.07TBSXL-E.L1-1, de 22-05-2012, do Relator João Ramos de Sousa, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRL, proc. n.º Proc. 5358/11.3TBSXL-8, de 24-10-2013, do Relator Almeida Costa, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRL, proc. n.º 1463/14.2TBCSC.L1-8, de 14-12-2015, da Relatora Catarina Arêlo Manso, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRL, proc. n.º 4089/10.6TBBRR.L1-1, de 02-07-2015, da Relatora Isabel Fonseca, disponível em www.dgsi.pt.

GUARDA DE MENOR

Ac. do TRL, proc. n.º 3456/2006-8, de 14-12-2006, da Relatora Bruto da Costa, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRC, proc. n.º 530/07.3TBCVL-A.C1, de 05-05-2009, do Relator Távora Vítor, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRL, proc. n.º 33/12.4TBBRR.L1-8, de 28-06-2012, do Relator Ana Luía Geraldes, disponível em www.dgsi.pt.

INTERESSE DO MENOR

Ac. do TRP, proc. n.º 10799/12.6TBVNG.P1, de 23-02-2015, do Relator Correia Pinto, disponível em www.dgsi.pt;

PODER PATERNAL

Ac. do TRE, proc. n.º 1599/07-2, de 27-09-2007, do Relator Bernardo Domingos, disponível em www.dgsi.pt.

QUESTÕES DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA DA VIDA DO MENOR

Ac. do TRC, proc. n.º 626/09.7TMCBR.C1, de 18-10-2011, da Relatora Regina Rosa, disponível em www.dgsi.pt.

REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Ac. do TRP, proc. n.º Proc. 1814/09.1TJVNF-A.P1, de 28-06-2011, do Relator Rodrigues Pires, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRP, proc. n.º Proc. 5354/11.3TBVNG-A.P1, de 12-04-2012, da Relatora Joana Salinas, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRG, proc. n.º 119/08.0TMBRG.G1, de 19-02-2013, da Relatora Maria da Purificação Carvalho, disponível em www.dgsi.pt;

REGULAÇÃO DO PODER PATERNAL

Ac. do TRL, proc. n.º 8506/2006-6, de 04-02-2010, da Relatora Fátima Galante, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do STJ, proc. n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, de 04-02-2010, do Relator Oliveira Vasconcelos, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRG, proc. n.º 1230/07.0TBEPS.G1, de 18-05-2010, da Relatora Maria Luísa Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

Ac. do TRC, proc. n.º Proc. 90/08.8TBCNT-D.C1, de 01-02-2011, do Relator Arlindo Oliveira, disponível em www.dgsi.pt.

RESIDÊNCIA DO MENOR E COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Ac. do STJ, proc. n.º Proc. 870/09.7TBCTB.C1.S1, de 28-09-2010, do Relator Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt.