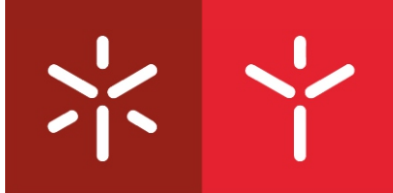




Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Isabel Lourenço Fernandes

A importância da audição das crianças na regulação do exercício das responsabilidades parentais – O superior interesse da criança, um critério respeitado?



Universidade do Minho

Escola de Direito

Ana Isabel Lourenço Fernandes

**A importância da audição das crianças na
regulação do exercício das responsabilidades
parentais – O superior interesse da criança,
um critério respeitado?**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário

Trabalho efetuado sob a orientação da
Professora Doutora Cristina Manuela Araújo Dias

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença [abaixo](#) indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

A todas as crianças, em especial, às crianças sem voz.

AGRADECIMENTOS

Chegada aqui, não posso deixar de agradecer a todas as pessoas que permitiram a concretização de um desejo já há muito querido. Sem mais delongas, passo a agradecer a todas as pessoas que me inspiraram e me impulsionaram para a redação deste trabalho.

À minha orientadora, Professora Doutora Cristina Dias, pelo rigor e pelo acompanhamento prestado ao longo deste ano. É uma honra para mim ter uma tese orientada por uma das melhores especialistas numa área que me é muito querida - o Direito da Família. Deixo aqui a minha profunda gratidão.

À minha avó Bela que já partiu e não me viu trilhar o caminho que tantas vezes pedimos juntas a Deus, no silêncio daquela casa onde fui imensamente feliz, que me permitisse chegar até aqui. Ele escutou-nos avó, aqui estou eu. Prometo não te falhar.

À minha família pelo apoio incondicional que me deram ao longo destes anos. Ao meu pai pelo esforço hercúleo que fez para que eu pudesse chegar aqui, sem nunca questionar se o esforço valeria a pena. A ti, meu pai, devo-te a determinação e o rigor valores que tão bem me transmitiste. À minha mãe pelo colo que me deu nos dias mais difíceis. A ti, minha mãe, devo-te o amor incondicional. Ao meu irmão pelas palavras de encorajamento que me deu para me manter focada. A ti, meu irmão, devo-te a razão de viver. A todos vocês, devo-vos tudo o que conquistei e tudo o que sou. Espero, um dia, poder recompensar-vos. Amo-vos para lá do que as palavras possam expressar.

À minha irmã de coração, Marta, que nunca me desamparou; que chorou comigo; que me abraçou; que me acolheu com todos os defeitos e feitios. A ti devo-te também o culminar de dois capítulos da minha vida. A minha gratidão para contigo é incalculável. Serás para sempre a minha irmã que tanto adoro.

A ti Moisés, meu amor, que posso dizer a teu respeito... Para além de um profundo obrigada, pela tranquilidade que me deste nos dias mais barulhentos; pela confiança que me transmitiste no teu olhar de que aquele era o caminho; pelo abraço apertado quando as palavras não tinham lugar; por acreditares em mim, mais do que qualquer outra pessoa no mundo; pelo teu amor desmedido. O meu muito obrigada meu amor, por teres estado lá sempre que precisei, tornando os quilómetros que nos separavam em meros números. Que o nosso amor seja a âncora mais forte que haja nesta maré viva que é a vida.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

RESUMO

A presente dissertação tem como escopo a consciencialização da não audição das crianças pelas instâncias judiciais, no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais. Aliada a um reflexo do desrespeito pelo critério do superior interesse da criança.

Não obstante a preocupação do nosso legislador em salvaguardar a efetivação deste direito supranacional através da sua consagração no nosso ordenamento jurídico, mais concretamente, no art. 35º, n.º 3, do RGPTC, a prática dos nossos Tribunais tem vindo a contrariar a tendência da evolução legislativa e, conseqüentemente, dos direitos das crianças.

Sob o olhar atento e crítico procuraremos dar voz ao real problema da não audição analisando a questão na sua raiz. Dito de outro modo, ainda que sucinto, indagaremos o impacto que o divórcio representa na vida das crianças. De que modo se efetiva o critério do superior interesse da criança, nos casos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. E, ainda, de que forma o direito de audição é percecionado pelos nossos julgadores.

Estaremos nós, em pleno século XXI, vinculados a um passado patriarcal e poderoso, no qual as vozes das crianças não se conseguem ouvir? Onde as suas vozes não passam do exarado nos mais diversos diplomas, nacionais e internacionais, onde se proclama o direito de audição das crianças? Será a voz das crianças, uma voz silenciada?

Estas serão apenas três das várias questões que procuraremos encontrar resposta e dar a voz a quem a detém por direito – as crianças!

Palavras-chave: Audição das crianças; Divórcio; Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais; Superior interesse da criança.

ABSTRACT

The intention of this dissertation is to raise awareness of the fact that, within the context of the Regulation of the Exercise of Parental Responsibilities, children are not heard by judicial bodies. This combines with a disregard and lack of respect for the criteria in the child's best interest.

Despite the concern of our legislator to safeguard the enforcement of this multinational right through its conservation in our legal system, more specifically, in article 35, n.º 3, of the RGPTC, the practice of our courts has been contrary to the trend of legislative evolution and, consequently, to the rights of children.

Under a careful and critical eye, we will seek to express the real problem of non hearing children by analysing the issue at its core. In other words, although brief, we will investigate the impact that divorce has on children's lives. How does the criteria represent the best interests of the child and how is it implemented in cases of Regulation of the Exercise of Parental Responsibilities. In addition, how the right to be heard is perceived by our judges.

Are we, in the twenty-first century, bound by a patriarchal and powerful past in which children's voices cannot be heard? Where do their voices go beyond what is expressed in the most unique statutes, national and International, where the right of a hearing for children is stated? Is the children's voice a silenced voice?

These are only three of the many questions that we will try to find an answer and give a voice to those who rightfully own it – the children!

Keywords: Best interests of the child; Children's hearing; Divorce; Regulation of the Exercise of Parental Responsibilities.

ÍNDICE

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	1
CAPÍTULO I – DA INCAPACIDADE À CAPACIDADE DAS CRIANÇAS – UMA FALSA EVOLUÇÃO DO PARADIGMA VIGENTE?	3
1.1 Breve resenha histórica da posição da criança no seio familiar	3
1.2 A realidade do divórcio na vida das crianças – pais divorciados e agora?	9
1.2.1 Breves considerações relativas ao divórcio	10
1.2.2 A regulação do exercício das responsabilidades parentais no caso de divórcio	14
1.2.3 O impacto desta nova realidade na vida das crianças	19
1.3 A regulação do exercício das responsabilidades parentais à luz do critério do superior interesse da criança	22
1.3.1 Os critérios utilizados pelos Tribunais nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais	25
CAPÍTULO II – OS ENTRAVES À NÃO AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS NOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	35
2.1 O critério do superior interesse das crianças vs. o interesse dos progenitores	35
2.2 O direito de audição das crianças nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e a sua efetivação na legislação interna e internacional	40
2.2.1 O artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC.....	46
2.3 A realidade da não audição das crianças e os seus efeitos	53
CAPÍTULO III – NA BUSCA DAS RESPOSTAS AO PROBLEMA DA NÃO AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS	59
3.1 Análise crítica do regime português.....	59
3.1.1 Querela doutrinária	59
3.1.2 Antagonismo jurisprudencial	63
3.1.3 A voz das crianças nos Tribunais – uma voz silenciada?	71
3.2 Direito Comparado – a melhor solução?.....	72

3.2.1 Caso espanhol, a solução?	72
3.2.2 Caso francês, a solução?	76
3.3 A efetivação do direito de audição das crianças.....	77
3.3.1 Alternativa – a mediação familiar?.....	77
3.3.2 A nossa proposta.....	81
NOTAS CONCLUSIVAS.....	83
BIBLIOGRAFIA.....	86
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	92

ABREVIATURAS E SIGLAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Al.	Alínea
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CC	Código Civil
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CEEDC	Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança
Cfr.	Confrontar
CRP	Constituição da República Portuguesa
ed.	edição
n.º	Número
p.	Página
pp.	Páginas
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
SMF	Sistema de Mediação Familiar
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
UNICEF	Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância
vol.	Volume

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Na presente dissertação procuraremos dar voz a um direito que tem ficado adormecido nos diplomas que o efetivaram, sobretudo, no plano nacional, falamos do direito de audição das crianças nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Compreender a razão da inércia por parte de quem aplica ou melhor dito por quem tem o poder da sua aplicabilidade prática é um dos motivos pelos quais partiremos para compreender o cerne desta problemática contemporânea e que acarreta consigo consequências irremediáveis para a vida das crianças.

Nesse sentido, dividimos o presente trabalho em três capítulos estruturantes para responder a uma questão primacial: é a voz das crianças uma voz silenciada?

No primeiro capítulo, faremos uma breve resenha histórica da posição da criança no seio familiar para compreendermos qual o lugar que a criança ocupou no passado e o lugar que ocupa no presente, no contexto familiar; a realidade do divórcio na vida das crianças também será alvo de considerações ainda que muito sucintas. Nesse subcapítulo faremos algumas apreciações relativamente ao regime jurídico do divórcio, à regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio. Para além disso, merecerá a nossa atenção o impacto que esta rutura da relação conjugal reflete no desenvolvimento das crianças. Ainda na mesma linha de raciocínio, teceremos considerações relativamente ao critério que norteia a regulação do exercício das responsabilidades parentais – o do superior interesse da criança. Não obstante o olhar crítico que faremos quanto ao critério do superior interesse da criança, analisaremos os critérios utilizados pelos Tribunais, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais através da análise de alguns acórdãos dos Tribunais da Relação. Ultimaremos o capítulo inicial com o levantar do véu do problema da não audição das crianças nas ações de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

No capítulo seguinte abordaremos os entraves à não audição das crianças nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Para o efeito, abordaremos a dicotomia do critério do superior interesse da criança e, por seu turno, o interesse dos progenitores. É nossa convicção que através da análise desta dicotomia conseguiremos perceber o motivo para a estagnação da efetivação do direito do qual as crianças são titulares – o da audição, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Daqui se reitera uma questão à qual pretendemos dar resposta: qual o critério que prevalece nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais – o do superior interesse das crianças ou o interesse dos progenitores? Qual o caminho? O do

conflito? E a criança qual o seu lugar? Por conseguinte faremos uma menção aos diplomas no qual se encontra previsto o direito de audição das crianças, quer no plano interno, quer no plano internacional. O art. 35º, n.º 3, do RGPTC, é aquele que ocupará a nossa maior atenção por força da sua importância, no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais. Para além disso, atenderemos aos efeitos que a problemática da não audição das crianças representa para quem vê um direito que lhe é inerente, enquanto sujeito titular de direitos, ser silenciado.

No último capítulo procuraremos encontrar as respostas ao problema da não audição das crianças através de uma análise crítica ao regime português, quer quanto à querela doutrinária que persiste, quer quanto ao antagonismo jurisprudencial presente nos Tribunais portugueses. Face à realidade da não audição das crianças sob um falso pretexto da idade ou sem motivo aparente estudaremos o ordenamento jurídico espanhol e o francês, de forma a perceber a forma como este direito é regulado e a sua efetivação no plano prático. Não obstante a busca de respostas através do Direito Comparado, tentaremos perceber junto de um dos meios de resolução alternativa de litígios, no caso, o da mediação se esse poderá ser o caminho para a efetivação prática do direito de audição das crianças. Ultimadas todas as considerações relevantes e inerentes à problemática em estudo, encerraremos o último capítulo desenvolvendo aquela que acreditamos ser a solução para resolver a problemática da não audição das crianças, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

A presente dissertação pretende extravasar as palavras que aqui se encontram exaradas. Pretende, pois, alertar para esta realidade – o da não audição das crianças nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais - que persiste no nosso ordenamento jurídico e que urge ser resolvido sob pena de se deixar desvanecer a criança que um dia já fomos. À luz de que critério se permite que a voz de uma, duas, três, milhares de crianças seja silenciada?

CAPÍTULO I – DA INCAPACIDADE À CAPACIDADE DAS CRIANÇAS – UMA FALSA EVOLUÇÃO DO PARADIGMA VIGENTE?

1.1 Breve resenha histórica da posição da criança no seio familiar

A família é a nossa identidade, a casa dos nossos valores e, por esse motivo, ela é considerada uma parte integrante da nossa sociedade. Rita Lobo Xavier faz referência à Exortação Apostólica *Familiaris consortio* para descrever numa expressão a família, destacando que a mesma é “a célula fundamental da sociedade”¹.

Sem embargo, cumpre mencionar que a família é uma das instituições naturais mais antigas do mundo tal como salienta Jorge Augusto Pais de Amaral: “Na história dos agrupamentos humanos, a família precede todos os outros. Por isso, o Direito sempre se preocupou em tutelar as relações familiares”².

Neste núcleo familiar insere-se a criança³ que é definida pela Convenção sobre os Direitos da Criança⁴, de ora em diante, CDC, como “(...) todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

Ao longo das últimas décadas, a criança tem vindo a ocupar posições distintas. Senão vejamos.

Na Antiguidade Clássica, a criança era uma propriedade da família e, em alguns casos, do próprio Estado. A criança não tinha quaisquer direitos e encontrava-se numa posição de inferioridade em relação ao adulto. Sendo, nessa medida, subjugada ao primado do *pater familias*⁵. A figura do pai na família era fortemente vinculada ao poder; poder esse que, em última instância, podia decidir sobre a vida e a morte dos seus descendentes como nos ensina Rosa Martins: “Os filhos encontravam-se sujeitos à *patria*

¹XAVIER, Rita Lobo, *Juridicidade intrínseca do casamento e da família: a dimensão normativa e de justiça do amor conjugal e familiar in A família e o direito nos 30 anos da exortação apostólica familiaris consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 83. Rita Lobo Xavier sublinha ainda que “A Família é uma instituição natural, anterior a qualquer organização política ou jurídica, não é o produto de uma cultura, o resultado de uma evolução, um modo de vida comunitário ligado a uma certa organização social num determinado momento histórico”. *Ibidem*, p. 83.

² Cfr., AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2018, p. 15.

³Ao longo do nosso trabalho utilizaremos a expressão «criança» ao invés da noção «menor». Acreditamos que esta última é tendenciosa e não acompanha o desenvolvimento que se tem assistido nas últimas décadas nos instrumentos legais internacionais como melhor veremos *infra*. Em suma, a criança não é, nem pode ser considerada um ser inferior ao adulto. Atentemos, nesse sentido, às palavras de Maria Clara Sottomayor e de Maria Teresa Féria de Almeida: “A palavra «menor» significa, por seu lado, uma noção de criança como um ser incompleto e inferior ao adulto, oriunda das sociedades em que o pai exercia o «poder parental», tomando todas as decisões relativamente aos(às) filho(a)s, de forma discricionária e autoritária”. SOTTOMAYOR, Maria Clara/ ALMEIDA, Maria Teresa Féria de, *E foram felizes para sempre...? – Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, 1ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra editora, 2010, p. 115.

⁴ A Convenção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal em 21 de setembro de 1990 – diploma que merecerá a nossa atenção *infra*.

⁵ Quanto a esta figura do *pater familias* esclarece José Proença que “O “pater familias” não era propriamente (e só) o pai ou o progenitor, era também o chefe do grupo, que reunia nas suas mãos os poderes e funções de sacerdote, senhor e magistrado. De modo que o vínculo que unia os membros da família era essencialmente *agnaticio* (jurídico) e não apenas *cognaticio* (de sangue)”. Cfr., PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa, Universidade Lusitana, 2003, p. 59.

potestas, poder quase ilimitado do *paterfamilias*, que compreendia, entre outras, as faculdades de expor o filho recém-nascido, de alugar e vender os filhos e os *jus vita ac necis*⁶.

Por seu turno na Idade Média, a criança passou a ser uma fonte de rendimento para a instituição familiar, nomeadamente, a partir dos sete anos de idade, idade pela qual as crianças iniciavam as suas primeiras tarefas no mundo do trabalho. Dito de outro modo, no mundo dos adultos. Na verdade, a criança tendencialmente aprendia com os pais a arte destes e depois fazia da mesma a sua profissão. As profissões mais comuns passavam pela agricultura e pelo pequeno comércio. O ensino infantil começou a dar os seus primeiros sinais nas sociedades da Idade Média, mas de uma forma pouco expressiva, por força da miséria que se fazia sentir nas famílias. Pode-se concluir que, uma vez mais, a criança, nesta época, era refém dos interesses dos seus “superiores” (progenitores), onde não lhe era reconhecido o direito a viver a sua infância⁷.

Período da história particularmente pesaroso é o da Idade Moderna fortemente vinculado a um número incalculável de abandono das crianças, bem como de infanticídios. Neste conspecto, facilmente se depreende que na Idade Moderna, de um modo geral, havia um desrespeito pleno pela vida da criança, não apenas no seio familiar, mas também na própria sociedade.

Na Idade Contemporânea, a realidade comparada com a da época anterior pouco mudou. A criança estava, de um modo geral, entregue a si própria, à sua condição de inferioridade e desprovida de dignidade e respeito pela sua vida⁸. A industrialização crescente trouxe consigo, para além do êxodo rural, uma procura incessante pela mão-de-obra infantil não apenas motivada pelo seu custo reduzido, mas também pela sua abundância.

Todavia, a industrialização, a pobreza, a marginalidade e o abandono alertou as sociedades para a desproteção que as crianças vinham a ser vítimas ao longo dos séculos. Nesse sentido, em Portugal no início do ano de 1911 foram criadas as Comissões de Proteção e, no dia 27 de maio de 1911, foi promulgada a Lei de Proteção da Infância. Este diploma colocou Portugal na vanguarda quanto à proteção das crianças, uma vez que começava a vislumbrar-se a destrinça entre as crianças e os adultos⁹.

⁶ Vide, nesse sentido, MARTINS, Rosa, *Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Coimbra editora, Ano 5, n.º 10, 2008, p. 27. No mesmo sentido, SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada e a justiça restaurativa*, 2ª ed., Lisboa, Petrony, 2019, pp. 26-27, 141.

⁷ MARTINS, Rosa, *Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Coimbra editora, Ano 5, n.º 10, 2008, p. 27. SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças...*, *ob. cit.*, pp. 27-29. MARTINS, Maria João, *História da Criança em Portugal*, 1ª ed., Lisboa, Parsifal, 2014, p. 30.

⁸ Cfr., MARTINS, Maria João, *História da Criança...*, *ob. cit.*, pp. 119-120.

⁹ Importa considerar que antes deste diploma as crianças eram punidas nos mesmos moldes que os adultos como explica GONÇALVES, João Luís, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa, Edições Vieira da Silva, 2018, p. 9.

Paralelamente surgiram os primeiros Tribunais vocacionados para estas matérias, designados por Tutorias da Infância – os atuais Tribunais de Menores.

As Tutorias da Infância visavam, em grande medida, proteger as crianças dos perigos da criminalidade, da pobreza e dos desvalores, nos quais a própria família os colocava. Portanto, as Tutorias da Infância não visavam repreender, mas educar preventivamente para a não adoção de comportamentos criminosos no futuro. As crianças eram vistas pelas Tutorias como desamparadas, sem suporte ou orientação familiar.

Com o término das duas grandes Guerras Mundiais vários eram os problemas que assolavam o país e o mundo, nomeadamente, os que envolviam as crianças. Deste modo, no ano de 1919 a Sociedade das Nações criou o Comité de Protecção da Infância “(...) com a finalidade de dedicar mais atenção à *protecção das crianças*, um dos grupos mais frágeis e que mais sofreram, direta ou indirectamente, com as guerras. Era dedicada especial atenção aos órfãos, aos traumatizados psicologicamente, aos que tinham falta de apoios, à pobreza em geral, etc”¹⁰. A criação deste Comité por uma organização internacional determinou o começo de uma procura intemporal e indeterminável pela protecção das crianças.

Mais tarde, no ano de 1924, a Sociedade das Nações adotou a Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças, promulgada no ano anterior por uma organização não governamental, o Conselho da União Internacional de Protecção à Infância (*Save the Children International Union*). Vários são os direitos que se encontravam no diploma, mormente, o de assistência, o de protecção, o de criação de condições para um desenvolvimento normal, entre outros.

No final da II Guerra Mundial (1939-1945), as crianças encontravam-se particularmente fragilizadas, pelo que foi criado pela Organização das Nações Unidas o Fundo de Emergência das Nações Unidas para as Crianças (atual UNICEF). A assistência humanitária foi à data da fundação do Fundo de Emergência o impulsionador da sua criação. Ainda hoje, esse é o motivo da sua missão pelo mundo, mas também o respeito pelos direitos das crianças.

No ano de 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem que para além da incontornável mudança de paradigma no plano dos direitos, consubstanciou um pleno reconhecimento

¹⁰ Cfr., GONÇALVES, João Luís, *Breve História ...*, ob. cit., p. 93.

dos direitos humanos como universais abarcando, assim, as crianças num caminho de paz, justiça e prosperidade¹¹.

A procura incessante pela proteção das crianças não cessou logo, a 20 de novembro de 1959, foi adotada a Declaração de Direitos das Crianças pela Assembleia Geral das Nações Unidas¹². O preâmbulo deste instrumento jurídico fazia jus a uma vontade que não conseguiu vingar no mundo com a mesma força na prática, ainda assim, vejamos as seguintes palavras exaradas no preâmbulo: “Visto que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição; Visto que a criança, em decorrência da sua imaturidade física e mental, precisa de protecção e cuidados especiais, inclusive protecção legal apropriada, antes e depois do nascimento; Visto que a necessidade de tal protecção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança; Visto que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços; Assim, a Assembleia Geral Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados e apela que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os Governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios (...)”.

Portugal foi acompanhando de uma forma gradual esta proteção pelas crianças como temos vindo a atestar. Logo em 1962 a Lei de Proteção da Infância foi substituída pela Organização Tutelar de Menores, acabando a mesma por ser revista volvidos cinco anos, objetivando a assistência, a educação e a proteção das crianças¹³.

No nosso país a era do patriarcado deixa de ter tanta expressão, pelo menos, de uma forma, massiva, sobretudo, a partir da Reforma de 1977. O ano de 1977 foi particularmente simbólico, porque marcou

¹¹ No mesmo sentido, surgiu a 4 de novembro de 1950, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais que vincula em vários preceitos normativos a proteção das crianças.

¹² Curiosamente trinta anos depois, outra data particularmente importante, foi adotada a CDC como veremos adiante.

¹³ Vide, GONÇALVES, João Luís, *Breve História ...*, ob. cit., pp. 94-95.

temporalmente o momento no qual as crianças e as suas mães começaram a ganhar direitos de igualdade¹⁴.

Outro marco particularmente importante é o da adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, da Convenção sobre os Direitos da Criança. A criança vê nesse mesmo ano a construção da sua identidade, enquanto pessoa titular de direitos. A CDC só foi acolhida na ordem jurídica portuguesa através da Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de junho de 1990, e ainda, pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, 12 de setembro.

No que respeita à Convenção sobre os Direitos da Criança refere Rosa Martins que a mesma “(...) visa garantir a todas as crianças, sem discriminação, um conjunto de direitos fundamentais (direitos de natureza civil e política, bem como direitos de cariz económico, social e cultural) que se consubstanciam num estatuto mínimo de protecção. É de destacar que, por um lado, a Convenção não estabelece uma lista única e exaustiva dos direitos da criança e que, por outro lado, contém uma cláusula geral que permite a aplicação de outras disposições (constantes da legislação nacional ou do Direito Internacional aplicável) mais favoráveis à realização destes direitos”¹⁵.

No preâmbulo da Convenção o legislador teve o cuidado de referir expressamente o seguinte: “Convictos de que a família, elemento natural e fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a protecção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade; Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão”.

Por outro lado, vários são os direitos estabelecidos na Convenção, contudo, há um que se sobressai como sinónimo de mudança, falamos do art. 1º da Convenção, do qual passamos a transcrever: “Nos termos da presente Convenção, criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

Importa salientar a previsão na Convenção sobre os Direitos da Criança da obrigação do Estado de proteger a criança, nomeadamente, no seu art. 2º, n.º 1, onde se pode ler que “Os Estados Partes

¹⁴ Nesse sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara/ ALMEIDA, Maria Teresa Féria de, *E foram felizes...*, *ob. cit.*, p. 118. Na mesma página importa atentar à seguinte afirmação: “(...) a Reforma de 1977 simbolizou um triunfo da relação afectiva com a criança, em detrimento da concepção da criança como propriedade do pai”. Ainda quanto à Reforma de 1977 refere José de Proença que a mesma foi “(...) introduzida com vista a adaptar o Código Civil de 1966 à nova realidade político-legislativa nacional (Constituição de 1976), inclinou-se para a atenuação do sentido institucional da família, com reforço do seu carácter individualista, e conseqüente restrição do respectivo âmbito, que praticamente foi reduzido ao chamado agregado familiar-base: cônjuges e seus filhos”. Cfr., PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa, Universidade Lusitana, 2003, p. 71.

¹⁵ Cfr., MARTINS, Rosa, *Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, Coimbra, Coimbra editora, Ano 5, n.º 10, 2008, p. 33.

comprometem-se a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação”.

Posteriormente, no dia 25 de janeiro de 1996, foi adotada em Estrasburgo a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos da Criança (CEEDC). A Convenção só foi acolhida na nossa ordem jurídica pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro. Este instrumento também veio demonstrar a crescente importância das crianças na sociedade, na medida em que determina um conjunto de medidas processuais para promover o exercício dos direitos das crianças¹⁶.

Volvidas várias épocas da história da Humanidade a criança começou a ganhar o seu lugar na sociedade, mormente, no século XX, daí que se designe como o “Século da Criança”.

Face ao exposto, dúvidas não restam que as crianças apenas nas últimas décadas foram reconhecidas como pessoas titulares de direitos. Durante milhares de anos, as crianças foram reféns do *pater familias* e de interesses superiores que ditaram destinos trémulos, envoltos em sofrimentos profundos de dias melhores.

No século XXI, vários têm sido os passos preconizados pelas organizações e pelos próprios Estados para alcançar um caminho livre para os direitos das crianças.

Em Portugal, no ano de 2008, com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, alterou-se a expressão “poder paternal” para “responsabilidades parentais” – uma alteração indicativa da mudança que se começou a sentir nas famílias portuguesas.

Explicita Maria Clara Sottomayor que “A simbologia da expressão poder paternal estava, por isso, em contradição com a conceção de família consagrada na Constituição e no Código Civil: a família participativa e democrática, baseada na igualdade entre os seus membros e em deveres mútuos de colaboração. Já a expressão «responsabilidade parental» exprime uma ideia de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos e está de acordo com o

¹⁶Neste conspecto, importa atender, a título exemplificativo, ao art. 3º, da CEEDC que refere o seguinte: “A criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) Obter todas as informações relevantes; b) Ser consultada e exprimir a sua opinião; c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão”.

princípio da igualdade, não discriminado ou excluindo as mães, como a designação do «poder paternal»¹⁷.

Acrescenta, ainda, Cristina Araújo Dias que se assume “(...) de forma explícita o conceito de responsabilidades parentais como referência central, afastando, assim, claramente a designação hoje desajustada de «poder paternal», ao exercício das responsabilidades parentais e considerando ainda o seu incumprimento como crime”¹⁸.

A questão da linguagem tem vindo a ser uma preocupação do legislador no ordenamento jurídico português, mas, na nossa opinião, ainda pouco expressiva. Atendendo que ainda encontramos no nosso Código Civil, por exemplo, a expressão “menor”, ao invés, de criança¹⁹. Estando neste aspeto em particular, claramente, desajustado dos diplomas internacionais que procuram um zelo acrescido nas palavras utilizadas nesta matéria particularmente frágil – o das crianças.

Sobre este aspeto, importa acompanhar o pensamento de Maria Clara Sottomayor, do qual passamos a transcrever: “Se é verdade que a linguagem contém uma norma e simboliza a mentalidade e as representações da sociedade, em relação a uma determinada realidade, então, ainda vivemos numa época que menoriza as crianças e que as vê como objecto de direitos dos adultos”²⁰.

Assim, apesar de as crianças encontrarem no seu lar um lugar de afeto, na generalidade dos casos, o certo é que a desigualdade prevalece na nossa sociedade²¹ e os pais ocupam funções enraizadas de um passado que se quer longínquo²². As crianças continuarão sob um falso pretexto de evolução a ser alvo de interesses que não os seus.

1.2 A realidade do divórcio na vida das crianças – pais divorciados e agora?

Realizado este lacónico percurso pela posição da criança no seio familiar, importa compreender o impacto do divórcio na vida das crianças. Contudo, inicialmente faremos umas breves considerações quanto ao regime do divórcio e explicaremos como se regula o exercício das responsabilidades parentais após a rutura da relação conjugal.

¹⁷ Vide, SOTTOMAYOR, Maria Clara, e ALMEIDA, Maria Teresa Féria de, *E foram felizes...*, *ob. cit.*, p. 114.

¹⁸ DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 12.

¹⁹ Cfr., arts. 122º, 1906º, n.º 8, ambos do CC.

²⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, e ALMEIDA, Maria Teresa Féria de, *E foram felizes...*, *ob. cit.*, p. 115.

²¹ Neste sentido, atente-se às palavras exaradas por Joaquim Silva: “A sociedade portuguesa, ao contrário das sociedades do norte da Europa, é ainda profundamente desigual, designadamente entre géneros e em várias áreas. As mulheres são ainda discriminadas no trabalho, apresentando-se como um recurso menos valorizado”. SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças...*, *ob. cit.*, p. 41.

²² Cfr., “(...) um fator que pode influenciar o envolvimento do pai é a ideologia de género, que distingue o que é considerado como adequado ao papel dos homens e das mulheres”. MESQUITA, Margarida, *Parentalidade(s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas*, Lisboa, ICSP (manuais pedagógicos), 2014, pp. 35-36.

1.2.1 Breves considerações relativas ao divórcio

O divórcio foi implementado em Portugal, pela primeira vez, através do Decreto de 3 de novembro de 1910, vulgarmente conhecido como a “Lei do Divórcio”. Este Decreto surgiu no advento da República e representou um feito simbólico na história de Portugal alcançado através do projeto de Luiz de Mesquita²³.

No entanto, há quem defenda que a consagração da “Lei do Divórcio” só foi alcançada pelos ministros António José de Almeida e Afonso Costa²⁴.

De forma a possibilitar uma melhor compreensão da evolução da figura do divórcio no sistema jurídico português, bem como da própria posição que a criança foi ocupando com o seu desenvolvimento, far-se-á, de seguida, uma curta exposição histórica do divórcio.

A “Lei do Divórcio” permitia uma inovação considerável a de extinguir a relação conjugal, sem ser pela morte de um dos cônjuges. Todavia, a pressão da Igreja Católica para a abolição desta figura no ordenamento jurídico português conseguiu vingar parcialmente a 7 de maio de 1940 – data pela qual foi celebrada uma Concordata entre a Santa Sé e o Estado Português – abolindo os divórcios relativamente aos casamentos católicos contraídos após o dia 1 de agosto de 1940²⁵.

A dissolução dos casamentos católicos só voltou a ser permitida no ano de 1975, nos termos previsto no Decreto-Lei n.º 261/75, de 27 de maio.

Em 1966 foi operada uma importante reforma no Código Civil português que veio conceder a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, no âmbito do casamento²⁶. Sendo certo que, o poder do marido acabou por se manter quanto à administração dos bens comuns do casal e da própria tomada

²³Para o Autor o divórcio só poderia ser questionado pela Igreja Católica, por ter tornado o matrimónio um sacramento, cfr., MESQUITA, Luiz de, *Projeto de Divórcio em Portugal*, Lisboa, Guimarães & C.ª Editores, 1910, p. 9, *apud* GOMES, Joana Salazar, *O Superior Interesse da Criança e as Novas Formas de Guarda*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 38. E a verdade é que o divórcio só passou a ser aplicável aos casamentos católicos com o Decreto-lei n.º 261, de 27 de maio de 1975. Ainda assim, à data da implementação da figura do divórcio, várias vozes dissonantes foram-se insurgindo contra a instituição deste direito em Portugal, nomeadamente, Luís da Cunha Gonçalves que referiu numa das suas obras que “(...) o casamento exige aptidões, não só físicas, mas sobretudo morais, entre as quais devem ter a primazia a bondade, e a recíproca tolerância; pois ninguém é perfeito ou isento de defeitos e não é o casamento que os aperfeiçoa; e, por isso, não se deve permitir que pessoas manifestamente inaptas para a sociedade conjugal, pelo seu mau carácter, pelo seu excessivo egoísmo, pela sua pouca educação ou baixa moralidade, vão contrair outros matrimónios sucessivos, após outros tantos divórcios, fazendo a infelicidade de outros entes”. GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933, p. 13. Antes da figura do divórcio apenas existia a possibilidade de separação de pessoas e bens.

²⁴ Vide, nesse sentido, SOARES, Maria de Jesus Barroso, *A família portuguesa e o seu direito in A família e o direito nos 30 anos da exortação apostólica familiaris consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 66.

²⁵Veja-se, neste sentido, as palavras de Maria de Jesus Barroso Soares: “Regressava-se até certo ponto ao antigo conceito da família cristã tendo por origem o casamento católico, esse em princípio indissolúvel, mas de par com o casamento civil, esse susceptível de dissolução pelo divórcio”. Cfr., SOARES, Maria de Jesus Barroso, *A família portuguesa e o seu direito in A família e o direito nos 30 anos da exortação apostólica familiaris consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 66.

²⁶ Neste conspecto, atente-se às palavras de José Proença: “(...) o Código Civil de 1966 passou a consagrar a paridade, ou seja, a igual dignidade jurídica e social dos cônjuges dentro da família, atribuindo a cada um deles funções próprias...”. Cfr., PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa, Universidade Lusíada, 2003, p. 69.

de decisões respeitantes a ambos os cônjuges. Paralelamente, o Código Civil de 1966 veio reconhecer a capacidade da mulher casada²⁷.

Seguiu-se a Reforma de 1977, operada pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro, que registou duas inovações significativas, tal como nos explica Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira. Por um lado, os divórcios aumentaram face às separações e, por outro lado, o divórcio por mútuo consentimento passou a preceder ao divórcio litigioso, o que era indicativo da preferência do legislador pelo divórcio por mútuo consentimento²⁸.

Não menos importante foram as alterações preconizadas pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 6 de junho, que veio possibilitar aos cônjuges o divórcio por mútuo consentimento nas Conservatórias do Registo Civil, desde que o casal não tivesse filhos com idade inferior a 18 anos e, caso tivessem, a regulação do exercício das responsabilidades parentais já se encontrasse judicialmente definido²⁹.

Três anos depois, o legislador através da Lei n.º 47/98, de 10 de agosto, deixou de estabelecer um prazo de durabilidade do casamento de forma a permitir que os cônjuges requeressem, a todo o tempo, o divórcio por mútuo consentimento³⁰.

A Lei n.º 59/99, de 30 de junho, veio consagrar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, desde que obtido o acordo entre os progenitores, ao abrigo do art. 1906º, n.º 1, do CC. Deste modo, o art. 1906º, do CC passou a ter a seguinte redação:

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

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

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

²⁷ SOARES, Maria de Jesus Barroso, *A família portuguesa e o seu direito in A família e o direito nos 30 anos da exortação apostólica familiaris consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 67. PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa, Universidade Lusitana, 2003, p. 69.

²⁸ Vide, COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 594.

²⁹ *Ibidem*, p. 595.

³⁰ *Ibidem*, *idem*.

4 – Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho”.

Outra reforma relevante deu-se com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que procedeu a consideráveis alterações no regime jurídico do divórcio, dos quais passamos a explorar, ainda que, de uma forma sintética.

Por um lado, foi eliminada a questão da culpa no divórcio. Deixando de ser relevante à luz da lei as causas que originaram o divórcio. Neste sentido, não sendo possível a manutenção da relação conjugal, a mesma extingue-se³¹.

Por outro lado, a expressão divórcio litigioso dá lugar a uma nova expressão, divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges. Esta alteração está naturalmente relacionada com a eliminação da culpa no divórcio.

Ademais, passou a ser permitida a possibilidade de um crédito de compensação pelos contributos prestados na constância do matrimónio. Esta possibilidade só existia nos casos em que se verificassem dissemelhanças nas contribuições.

Por último, a expressão “poder paternal” deixa de encontrar um lugar na legislação portuguesa, passando a constar a expressão “responsabilidades parentais”³².

Atualmente, o direito ao divórcio encontra-se consagrado no Código Civil português, nos arts. 1773º e seguintes. É por si só um direito potestativo que visa, na verdade, a dissolução da relação matrimonial e; por outro lado, é um direito pessoal do próprio cônjuge, terminar a sua relação conjugal³³.

³¹ Explicita Fidélia Proença de Carvalho que “As noções de *culpa* e correspondente *sanção* que durante tanto tempo aprisionaram o instituto do *divórcio*, são cada vez mais incompreensíveis e injustificadas, quando comparadas com o conceito da conjugalidade actual – que o casamento não poderá ser considerado um vínculo jurídico indissolúvel e que apenas deve perdurar enquanto se mantiver a *affectio conjugalis*”. Cfr., CARVALHO, Proença de, *O conceito de culpa no divórcio – Crime e castigo*, in AAVV, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, p. 589, *apud*, DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise ...*, *ob.cit.*, p. 11.

³² A este propósito Jorge Duarte Pinheiro refere que a modificação de “poder parental” para “responsabilidades parentais” ficou a dever-se ao objetivo do legislador “(...) afastar a ideia de que os filhos menores estão ao dispor dos pais; e de que os cuidados incumbem ao pai (*pater*)”. Cfr., PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL Editora, 2015, p. 331. Acrescenta ainda Rita Lobo Xavier o seguinte: “No que diz respeito às relações entre pais e filhos menores, assistimos à substituição da designação “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, que há muito era desejada pela doutrina portuguesa (...)”. Cfr., XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 1-2. Não obstante Jorge Duarte Pinheiro critica ambas as terminologias legais, quer poder paternal, quer responsabilidades parentais. Para o efeito passamos a citar o seu entendimento: “Aquilo que a lei designa como um poder (p.e., nos arts. 124.º e 1921.º) não é propriamente uma disponibilidade de meios para obter um fim. Os titulares do poder paternal não o exercem no seu interesse exclusivo ou principal, mas no interesse dos filhos, os sujeitos sobre os quais recai o alegado poder (cf. art. 1878.º, n.º 1). E o termo “paternal” não significa que se esteja perante uma figura cuja titularidade caiba sempre ao *pater* e nunca à *mater*. O poder paternal pode ser exercido por ambos os pais, só pela mãe ou só pelo pai (cf., *infra*, Parte I, N.º 24). É, por isso, compreensível a expressão alternativa “responsabilidades parentais”. Contudo, o termo “parental” cria um equívoco. Leva a pensar que o exercício do poder paternal/responsabilidade parental pode competir, indistintamente, a qualquer parente, quando essa competência cabe (em princípio) só aos parentes no 1º grau da linha recta ascendente. O instituto das responsabilidades parentais está (quase) exclusivamente associado à qualidade de pai, embora nem todos os pais possam exercê-lo (p.e., por estarem inibidos de o fazer, nos termos do art. 1913.º, n.º 1) e, em certos casos, a totalidade ou parte das situações jurídicas que aquele abrange se insiram noutra figura (p.e., o poder tutelar ou de administração dos bens da criança), que já não pressupõe uma ligação de paternidade ou de maternidade”. Cfr., PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 219-220.

³³ AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família ... ob. cit.*, p. 197.

O divórcio pode assumir duas modalidades distintas. Por um lado, podemos estar perante um divórcio por mútuo consentimento que como o próprio nome indica pressupõe que os cônjuges estejam ambos de acordo. Esta modalidade de divórcio pode ser requerida, a todo o tempo, junto da Conservatória do Registo Civil, por ambos os cônjuges. No entanto, nos casos em que os cônjuges não se entendem quanto a alguns dos assuntos previstos no art. 1775º, n.º 1, do CC o divórcio por mútuo consentimento correrá termos no Tribunal. É neste sentido que se distingue o divórcio administrativo (corre na Conservatória do Registo Civil) do divórcio judicial (corre no Tribunal)^{34 35}.

Por outro lado, podemos estar perante um caso no qual um dos cônjuges não aceita o divórcio e, nessa situação, a lei designa por divórcio sem consentimento de um dos cônjuges ou então por divórcio litigioso. Esta modalidade de divórcio caracteriza-se por ser requerida no Tribunal com fundamento numa das causas elencadas no art. 1781º, do CC, desde logo, a separação de facto por um ano consecutivo; a alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, quando dure há mais de um ano e, pela sua gravidade, comprometa a possibilidade de vida em comum; a ausência, sem que do ausente haja notícia, por tempo não inferior a um ano e quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem a rutura definitiva do casamento. Convém salientar que se os cônjuges estiverem de acordo, em qualquer altura do divórcio litigioso, o mesmo pode converter-se em divórcio por mútuo consentimento, ao abrigo do disposto no art. 1779º, n.º 2, do CC³⁶.

Com a entrada da mulher no mundo laboral e a sua crescente emancipação social, cultural e, por sua vez, económica, o divórcio foi deixando de ter a conotação negativa enraizada pela Igreja Católica até atingir o limiar da normalidade ou, com todo o respeito por entendimento diverso, assiste-se hoje ao fenómeno da “banalização” do divórcio.

Torna-se inegável que o divórcio tem vindo a aumentar consideravelmente nos últimos anos, atendendo que no ano de 2019 em 100 casamentos mais de 61,4% (valor provisório) dissolveram-se por divórcio³⁷. Independentemente do aumento exponencial que se tem vindo a manifestar o certo é que com o divórcio surge a necessidade de regular o exercício das responsabilidades parentais e este fenómeno inerente ao divórcio acarreta, indiscutivelmente, consequências na vida das crianças e das quais merecerão a nossa atenção *infra*.

³⁴ Vide, neste sentido, CRUZ, Rossana Martingo, *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 533-535.

³⁵ Cfr., PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 520.

³⁶ Neste sentido, CRUZ, Rossana Martingo, *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019, pp. 533, 536-542.

³⁷ Instituto Nacional de Estatística, Pordata, disponível in <https://www.pordata.pt/Portugal/N%C3%BAmero+de+div%C3%B3rcios+por+100+casamentos-531> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

Diz-nos Jorge Augusto Pais de Amaral que “O homem é um ser sociável. Independentemente da posição que ocupa na sociedade, o indivíduo, para se sentir completo, procura estar integrado no seio familiar, onde começa toda a sua formação”³⁸. Aqui surge o principal problema da maioria das famílias que extinguem a relação matrimonial ou a relação conjugal; motivados por sentimentos adversos os pais esquecem-se das relações parentais e afetivas com os filhos que não devem de modo algum cessar com o divórcio.

1.2.2 A regulação do exercício das responsabilidades parentais no caso de divórcio

Após esta breve análise pela evolução legislativa do regime do divórcio ao longo dos anos, faremos agora algumas considerações relativas ao exercício das responsabilidades parentais, num quadro de rutura da relação conjugal.

Jorge Duarte Pinheiro apresenta uma definição das responsabilidades parentais referindo que as mesmas “(...) consistem no conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo de filiação, e incumbem aos pais com vista à protecção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado (arts. 1877º e 1878º)”³⁹.

No art. 1878º, n.º 1, do CC, encontramos os deveres aos quais os pais estão vinculados, desde logo, o dever de zelar pela segurança e saúde dos filhos; prover ao seu sustento; dirigir a educação; representá-los e, ainda administrar os seus bens⁴⁰.

Por seu turno no n.º 2 do mesmo preceito normativo o legislador esclarece que os filhos devem obedecer os seus pais. No entanto, os progenitores devem atender à opinião dos seus filhos quanto a assuntos de ordem familiar relevantes e reconhecer-lhes autonomia para organizarem a sua própria vida, atendendo ao seu grau de maturidade.

Para além disso, preceitua o art. 1906º, do CC que o objeto do processo da regulação do exercício das responsabilidades parentais toca em várias vertentes, a saber:

³⁸ Vide, AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família ... ob. cit.*, p. 15.

³⁹ Cfr., PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporânea*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 219.

⁴⁰ A doutrina tende a dividir o conteúdo das responsabilidades parentais. Por um lado, em poderes-deveres de natureza pessoal e aqui encontramos o poder-dever de guarda, nos termos do art. 1887º, do CC; o poder-dever de vigilância, ao abrigo dos arts. 1874º, n.º 1 e 1878º, n.º 1, ambos do CC; o poder-dever de sustento à luz dos arts. 1874º, n.º 2 e 1878º, ambos do CC; o poder-dever de educação, nos termos dos arts. 1878º, n.º 1, 1885º, 1886º. Por outro lado, temos os poderes-deveres de natureza patrimonial e aqui insere-se o poder-dever de administração dos filhos com idade inferior a 18 anos, nos termos do art. 1878º, n.º 1, do CC e, ainda releva o art. 1897º, do CC. O poder-dever em causa cessa com a emancipação ou com a maioridade, ao abrigo do disposto no art. 1900º, n.º 1, do CC. Ainda nos poderes-deveres de natureza patrimonial encontramos o poder-dever de representação das crianças, nos termos dos arts. 1878º, n.º 1 e 1881º, todos do CC. Cfr., BOLIÉRO, Helena/ GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e dos Jovens*, Coimbra, Coimbra editora, 2009, pp. 182-183. No mesmo sentido, PRATA, Ana (coordenação), *Código Civil Anotado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 780-782.

a) Fixação da residência dos filhos, definindo-se com quem a criança viverá. A residência da criança é fixada junto de ambos os progenitores (residência alternada) ou é fixada somente a um dos progenitores (residência exclusiva).

A jurisprudência mais recente tende a adotar o regime de residência alternada, fundamentado, em grande medida, que “A afirmação da igualdade entre ambos os progenitores e o reconhecimento da necessidade de intervenção de ambos em igual medida no exercício da parentalidade, como condição indispensável para o desenvolvimento saudável da criança, é um dos aspectos mais visíveis da reforma de 2008 e que encontra especial consagração no regime do exercício conjunto ou compartilhado das responsabilidades parentais e também na redacção constante do art. 1906º, n.º 7, do Código Civil, que impõe que nas suas decisões o tribunal deve garantir “(...) 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”⁴¹.

Esta necessidade de manter regularmente relações pessoais e contactos diretos com ambos os pais decorria já do art. 9º, n.º 3, da CDC. Ora, entendendo o legislador que deve garantir-se uma relação de grande proximidade entre a criança e os pais, ter-se-á que reconhecer que o regime de residência alternada será aquele que garante maior igualdade entre os progenitores no exercício das responsabilidades parentais. No mesmo sentido, observem-se os seguintes acórdãos: acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, doravante, TRC, de 27 de abril de 2017⁴²; acórdão do TRC, de 14 de dezembro de 2020⁴³; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 22 de junho de 2021⁴⁴.

Outra parte da jurisprudência tende a considerar que nos casos nos quais os pais mantêm uma relação conflituosa ou as crianças são muito pequenas, deve optar-se pela residência exclusiva, neste

⁴¹ Cfr., Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, doravante, TRG, de 2 de novembro de 2017, processo n.º 996/16.0T8BCL-C.G, relatora Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/D571095F50C5A6588025821200595851> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

⁴² Acórdão do TRC, de 27 de abril de 2017, processo n.º 4147/16.3T8BL-A.C1, relatora Maria João Areias, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/a7f91ef17827430580258121004da85f?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

⁴³ Acórdão do TRC, de 14 de dezembro de 2020, processo n.º 360/17.4TBFIG-C.C1, relator Alberto Ruço, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/554ce8a3934189468025865a0051d809?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

⁴⁴ Acórdão do TRL, de 22 de junho de 2021, processo n.º 394/21.4T8AMD.L1-7, relator Diogo Ravara, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5bdd746c754dfcc3802587100048681a?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

sentido, atente-se ao acórdão do TRL, de 19 de junho de 2012⁴⁵ e acórdão do TRL, de 18 de março de 2013⁴⁶.

Por seu turno, a doutrina tende a pender quase unanimemente para a residência alternada como a mais adequada para a criança, sempre que não haja objeções à sua efetivação como, por exemplo, famílias com histórico de violência doméstica ou dependência de drogas e afins. A construção deste regime como o regime regra foi-se cimentando no ordenamento jurídico português muito, por força, da importância crescente que os laços familiares e afetivos que a criança cria com os seus progenitores serem determinantes para o desenvolvimento saudável desta última. Na perspetiva da doutrina esse tempo de partilha, de conhecimento, de cuidado, de afeto só é possível com a fixação da residência alternada.

Vejamos, a título exemplificativo, a posição de Joaquim Manuel da Silva: “A guarda compartilhada assume-se hoje na nossa prática jurisprudencial como central na consagração do direito da criança a ter pai e mãe, e até importante na tarefa de afastar o conflito e de manter ou construir a sua família. A guarda compartilhada mantém os pais implicados na vida dos filhos, desenvolvendo, em regra, plataformas de funcionamento conjunto que criam novas emoções positivas, que depois contribuem para ultrapassar as memórias emocionais negativas vindas, em regra, da separação ‘conjugal’”⁴⁷.

Por seu turno, Tomé d’Almeida Ramião entende que o regime de residência alternada só deve ser fixado se existir acordo entre os progenitores e sempre que esse regime respeite o superior interesse da criança⁴⁸.

Ainda no que concerne ao regime de residência alternada, Cristina Dias defende que o regime em causa deve ser adotado sempre que o superior interesse da criança o aconselhe⁴⁹.

⁴⁵ Acórdão do TRL, de 19 de junho de 2012, processo n.º 2526/11.1TBRR, relatora Graça Araújo, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cda5bda55b037a6780257a41004928ae?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

⁴⁶ Acórdão do TRL, de 18 de março de 2013, processo n.º 3500/10.0TBRR, relatora Maria de Deus Correia, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c004f6271?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

⁴⁷ Cfr., SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças...*, *ob. cit.*, p. 143. No mesmo sentido, PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito...*, *ob. cit.*, pp. 338-339.

⁴⁸ *Vide*, nesse sentido, as palavras de Tomé d’Almeida Ramião que refere o seguinte: “(...) essa opção só se justifica desde que haja acordo dos pais nesse sentido, o qual é imprescindível, e desde que essa solução defenda os superiores interesses da criança. Sem o acordo dos pais, parece estar vedado ao juiz fixar um regime de residência alternada. Até porque uma solução desta natureza não pode prescindir da existência de capacidade de diálogo, entendimento, cooperação e respeito mútuo por banda dos pais, da partilha de um projeto de vida e de educação comuns em relação ao filho, para além de residirem em área geográfica próxima, que não implique alteração constante do estabelecimento de ensino do filho, beneficiem ambos de adequadas condições habitabilidade e que a criança manifeste opinião concordante, entre outros elementos relevantes”. RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, 1ª ed. Reimpressão, Lisboa, Quid Juris?, 2016, p. 101.

⁴⁹ Cfr., DIAS, Cristina, *Ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales en casos de divorcio o ruptura de la unión de hecho e residência alterna*, in AAVV, *Los conflictos de Derecho de Familia desde la Justicia terapéutica*, Bosch/ Wolters Kluwer, 2020, pp. 147-162 *apud* DIAS, Cristina Araújo/ BARROS, João Nuno/ CRUZ, Rossana Martingo (coordenadores), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra, Almedina, 2021, pp. 288-289.

Os opositores da doutrina quanto à residência alternada defendem a sua posição com um fundamento base – o da estabilidade da criança. Ora, para Maria Clara Sottomayor a opção pela residência alternada deverá ser analisada cautelosamente, sob pena de comprometer o superior interesse da criança, vejamos, as suas palavras: “A residência alternada não é uma solução mágica para um problema difícil. Mesmo nos casos em que ambos os pais têm com os filhos uma boa relação afectiva, a dupla residência faz exigências emocionais às crianças, que não devem ser subestimadas, como advertem os autores deste estudo. Para que a guarda partilhada funcione é essencial que a criança seja consultada e que a sua possível insatisfação com a dupla residência seja tida em conta”⁵⁰.

António José Fialho aponta três argumentos para os opositores da residência alternada, dos quais passamos a citar: “a) Parece atender mais aos interesses dos pais do que dos filhos, ocorrendo praticamente uma divisão da criança e uma ambivalência afectiva; b) É prejudicial à consolidação dos hábitos, valores, padrão e formação da personalidade da criança, contradizendo o princípio da continuidade no lar; c) É susceptível de provocar na criança instabilidade emocional e psíquica”⁵¹.

Na nossa opinião, preferencialmente, deverá optar-se pelo regime de residência alternada, uma vez que os laços que criamos com aqueles que amamos são determinantes para a formação e desenvolvimento da nossa personalidade; sem olvidar, claramente, que a residência alternada só deverá ser uma solução viável sempre que a mesma se afigure cumprir com o superior interesse da criança e não haja um quadro familiar que impossibilite a concretização deste regime. Aliás, esta parece ser a posição que tem vindo a ser tomada pelo legislador, observe-se, nesse sentido, o disposto no art. 1906º, n.º 6, do CC, no qual se dá primazia ao superior interesse da criança para a fixação do regime de residência alternada, independentemente de existir acordo entre os pais quanto ao mesmo, passa-se à transcrição do preceito legal: “Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação de alimentos”.

Por último, em casos excepcionais, a residência pode ser fixada junto de terceiros, portanto, pessoas que não os progenitores, nos termos do art. 1907º, do CC;

⁵⁰ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças...*, *ob. cit.*, p. 167. Acrescenta ainda a Autora que: “Os tribunais têm a responsabilidade de decidir, de acordo com o interesse da criança, por mais difícil que seja a decisão. Dividir a criança ao meio, nos casos litigiosos, para respeitar a igualdade formal entre os adultos, não é decidir, mas fugir à decisão à custa de um sacrifício imposto à criança. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito...*, *ob. cit.*, p. 172.

⁵¹ Vide, FIALHO, António José, *Residência alternada – visões de outras paragens in A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 270, e-book disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

b) O exercício das responsabilidades parentais, determinando-se se o mesmo será entregue a ambos os progenitores ou apenas a um deles. Sendo certo que, a posição maioritária, atualmente, tem vindo a optar pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais. O próprio legislador consagrou o exercício conjunto das responsabilidades parentais no CC, nomeadamente, no art. 1906º, n.º 1 e n.º 2. O exercício das responsabilidades parentais encontra-se consagrado, também, nos arts. 34º e ss., do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, doravante, RGPTC.

Primeiramente, importa, nesta matéria, atender que o modo de exercício das responsabilidades parentais pode ser exclusivo, ou seja, realizado por um dos progenitores da criança e com residência exclusiva neste – guarda⁵² exclusiva; por outro lado, podemos estar perante uma guarda conjunta, este modo pressupõe o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência exclusiva a um dos pais e um regime de visitas fixado com o outro progenitor; não obstante, podemos estar perante guarda alternada quando os pais exercem nas suas residências exclusivamente as responsabilidades parentais, portanto, num regime de residência alternada e por último, estaremos perante um caso de guarda compartilhada sempre que se verifique o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada⁵³.

c) A fixação dos alimentos devidos à criança, bem como a forma da respetiva prestação alimentar. Esta matéria encontra-se prevista nos arts. 1905º e 2003º e ss., todos do CC;

d) E a fixação do regime de visitas ou convívio, relativamente ao progenitor que não tem ao seu cuidado as crianças ou melhor dito com o qual não reside habitualmente.

⁵² Importa tecer algumas considerações relativamente ao conceito de guarda. Para o efeito, atentemos às palavras de Maria Clara Sottomayor que refere que a sua posição "(...) vai no sentido de considerar o conceito de residência idêntico ao de guarda. A determinação da residência da criança junto de um dos pais não pode significar apenas o estabelecimento do local e da pessoa com quem a criança coabita no dia-a-dia. Tem que significar, também, a prestação de cuidados básicos e o exercício dos direitos-deveres de educação e de proteção da criança no quotidiano, caso contrário estaria a esvaziar-se a função fundamental do progenitor que desempenha o papel de cuidador primário ou de pessoa de referência da criança, o que não pode ter sido a intenção da lei, sob pena de contrariar a coerência axiológica do sistema assente na prioridade do interesse da criança". Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 26-27.

⁵³ Nesse sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito ...*, *ob. cit.*, pp. 69-76. *Vide*, ainda, OLIVEIRA, Guilherme de, *A nova lei do divórcio*, Revista Lex Familiae, Ano 7, n.º 13, 2010, p. 5 e OLIVEIRA, Guilherme de, *Ascensão e queda da doutrina do "cuidador principal"*, Revista Lex Familiae, Coimbra Editora, Ano 8, n.º 16, 2011, p. 16.

Vide, por outro lado, o disposto no acórdão do TRL, de 24 de janeiro de 2017, quanto ao exercício conjunto das responsabilidades parentais "III – Subjaz-lhe o reconhecimento da igualdade de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos e evidencia o propósito do legislador de envolver, comprometendo e responsabilizando, ambos os progenitores no cumprimento dos poderes/deveres que são conteúdo da responsabilidade parental – velar pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação e representá-los e administrar os seus bens. IV – E porque as responsabilidades parentais são exercidas no interesse do menor, tem de concluir-se que o objectivo final do legislador é o de cimentar o contacto, tão próximo quanto possível, do filho com ambos os progenitores, de modo a que possa usufruir em pleno, e em termos paritários, do afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe proporcionará". Cfr., acórdão do TRL, de 24 de janeiro de 2017, processo n.º954-15.2T8AMD-A.L1-7, relatora Rosa Ribeiro Coelho, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/itrl.nsf/-/FB2B82219D3C679D8025815B0033B392> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

O direito de visita é, indubitavelmente, primacial, sobretudo, se pensado na esfera dos afetos e dos laços que não devem, a não ser em casos particularmente excepcionais, cessar com a extinção da relação conjugal. A criança precisa de sentir que tem pais, caso contrário, será órfão de pais vivos⁵⁴.

1.2.3 O impacto desta nova realidade na vida das crianças

É inegável que o processo de divórcio para a maioria das crianças é um acontecimento avassalador e destrutivo da sua identidade e, conseqüentemente, da sua personalidade. Vários são os estudos que têm sido realizados nestas matérias e, via de regra, os especialistas separam duas grandes alternativas que os pais dispõem.

Por um lado, a da residência alternada e, por outro lado, a da residência unilateral⁵⁵ - quais os impactos que estas duas realidades provocam na vida das crianças? Esta é a grande questão que é alvo de inúmeras respostas e que com todo o respeito e, salvo melhor entendimento, todas procuram o mesmo: o do bem-estar da criança.

Em primeiro lugar, atentemos ao estudo desenvolvido por Wallerstein e Blakelee, quanto aos efeitos psicológicos que a residência alternada provoca nas crianças. Estes especialistas concluíram que neste tipo de guarda o medo das crianças serem abandonadas permanece intocável⁵⁶.

Em segundo lugar, uma investigação realizada por Kline, Tschann, Johnston e Wallerstein veio demonstrar que as perturbações e os anseios que as crianças desenvolvem são uma consequência da desregulação dos laços familiares. Dito de outro modo, no conflito que os pais possam criar após o divórcio⁵⁷.

⁵⁴ Vejamos, neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 2 de outubro de 2018, “O direito de visita é o meio para que o progenitor que não tem a guarda dos filhos estabeleça com estes uma relação que contribua para o seu desenvolvimento e um direito dos próprios filhos ao convívio com ambos os pais”. Cfr., Acórdão do TRE, de 2 de outubro de 2018, processo n.º 495/10.4TMSTB.E1, relator Tomé de Carvalho, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/857743275d6f5bce8025832e002eb819?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021]. Pelo que, só em casos extremos este direito pode ser negado, cfr., Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, doravante, TRP, de 19 de junho de 2012, “A negação ou supressão do direito ao convívio com o progenitor sem a guarda dos filhos apenas poderá justificar-se – e como última *ratio* – no quadro de um conflito extremo entre o interesse da criança e o direito referido”. , Cfr., Acórdão do TRP, de 19 de junho de 2012, processo n.º 1516/06.OTMPRT.2.P1, relator Vieira e Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/eea5f76d9ad52ca180257a32004f5c48?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

⁵⁵ Para mais desenvolvimentos quanto à residência alternada vs. Residência unilateral *vide* pp. 15-17.

⁵⁶ WALLERSTEIN, J. e BLAKELEE, S., *Second Chances, Men, Women and Children a Decade after Divorce*, Nova Iorque, 1999, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio*, 2ª ed., Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 454.

⁵⁷ KLINE, Marsha/ TSCHANN, Jeanne/ JOHNSTON, Janet/ WALLERSTEIN, Judith, *Children's Adjustment in Joint and Sole Physical Custody Families*, *Developmental Psychology*, vol. 25, n.º 3, 1989, p. 437 *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 199.

Um especialista alemão chamado Rainer Ballof vai mais longe, acreditando que a residência alternada fomenta o “desejo de reconciliação”⁵⁸. Segundo Ballof, este desejo acaba irremediavelmente por condicionar a aceitação da extinção da relação conjugal por parte dos filhos⁵⁹.

Por seu turno, Richard Chisolm e Jennifer McIntosh concluíram quanto à dinâmica familiar após o divórcio que “O desenvolvimento emocional saudável das crianças depende da sua experiência inicial de uma relação continuada, acompanhada de prestação de cuidados emocionais, através dos quais as crianças aprendem a formar um vínculo organizado e a desenvolver as suas capacidades humanas para pensar e estabelecer relação com os outros”⁶⁰. Nesta perspetiva, as relações com os outros no campo afetivo tendem a ser marcadas pelo medo do abandono, da rejeição, do insucesso e da traição.

Maria Saldanha Pinto Ribeiro defende na sua obra *Divórcio – Guarda Conjunta* que a residência alternada é a opção mais viável e aquela que menos consequências acarreta para as crianças. Funda o seu pensamento no facto de a escolha de um dos progenitores para exercer unilateralmente as responsabilidades parentais colocar em causa princípios basilares da própria família⁶¹.

Maria Clara Sottomayor tem um entendimento distinto ao da Maria Saldanha Pinto Ribeiro, defendendo que, na verdade, o entendimento preconizado por esta última pode levar a uma escolha errada do destino da criança. Acreditando que a escolha apesar de ser difícil deverá ser tomada, sob pena de a residência alternada não ser a mais indicada para o caso em concreto⁶².

Com todo o respeito por entendimento distinto, não nos parece que os problemas que advêm para as crianças, no âmbito de um divórcio, se circunscrevam na residência alternada ou unilateral, mas sim no modo como os progenitores gerem este acontecimento⁶³.

Tendencialmente, os progenitores confundem a extinção da relação conjugal (marido e mulher) com a extinção da relação familiar e afetiva (pai e mãe).

Ora, como corolário deste raciocínio, estamos em crer que a relação familiar após o divórcio deverá manter-se ainda que com moldes ligeiramente distintos, mas prevalecer o papel de pai e de mãe. Essa

⁵⁸ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio*, 2ª ed., Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 460.

⁵⁹ BALLOF, Rainer, *Gemeinsame Elterliche Sorge als Regelfall?*, FamRZ, pp. 447-448, 1990, *apud*, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio*, 2ª ed., Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 460.

⁶⁰ CHISOLM, Richard e MCINTOSH, Jennifer, *Shared Care and Children's Best Interests in Conflicted Separation – A Cautionary Tale from Current Research*, Australian Family Lawyer, vol. 20, n.º 1, p. 4, Summer 2007-2008, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças...*, *ob. cit.*, p. 136.

⁶¹ *Vide*, RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divórcio, Guarda Conjunta dos filhos e mediação familiar: entrevistas aos pais*, Lisboa, Pé da Serra, 1999, pp. 105 e 106.

⁶² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio*, 2ª ed., Porto, Publicações Universidade Católica, 2003, p. 433.

⁶³ Vejamos a seguinte frase “As consequências do divórcio para as crianças (...) são as mesmas, qualquer que seja a forma de guarda”. WALLERSTEIN, Judith/KELLY, Joan, *Surviving the Breakup*, p. 267, *apud* SOTTOMAYOR, Maria Clara/ ALMEIDA, Maria Teresa Fêria de, *E foram felizes...*, *ob. cit.*, p. 138.

é a base para a construção de um processo de divórcio saudável – os pais saberem e manterem as suas funções, respeitando os sentimentos dos seus filhos. A família existe, porque a criança existe! Para além disso, não se pode menosprezar o facto de a família ser a instituição onde a criança se forma, o local de referência das crianças – o lar.

Contudo, a realidade do divórcio na vida das crianças tende a ser tenebrosa onde se dá lugar a um “registo disfuncional dos pais”⁶⁴. Partindo deste ponto de partida, vejamos algumas das situações mais comuns, pelas quais as crianças passam após a rutura conjugal dos seus pais.

Em primeiro lugar, a privação de contactar com um dos progenitores ou familiares e amigos deste. Em segundo lugar, a transferência do conflito entre os ex-cônjuges para a esfera da criança, visando através da mesma manipular a criança de uma forma pejorativa. Daqui resulta, a transmissão de acusações de um progenitor em relação ao outro. Por outro lado, a inflexibilidade no quotidiano quanto às rotinas da criança. Por último, mas não menos importante, é a ausência dos afetos na vida das crianças, tornando a criança insegura e refém de sentimentos perigosos^{65 66}.

Tal como alude Maria Clara Sottomayor, numa situação de divórcio releva a “(...) qualidade da função parental em cada lar, o nível de conflito e de cooperação entre os pais e as situações que a criança tem que enfrentar fora de casa num dado momento”⁶⁷.

A cooperação entre os progenitores e o diálogo saudável que os mesmos consigam ter a respeito do seu filho é primordial para o bem-estar deste último. Aliás, se os pais conseguirem alcançar um acordo em relação ao exercício das responsabilidades parentais da criança, poupam a mesma do sistema judicial português. Como refere Maria Clara Sottomayor, “(...) o acordo presente constitui a garantia dos acordos futuros”⁶⁸.

⁶⁴ Tal como nos explica Catarina Ribeiro “(...) a investigação científica tem vindo a demonstrar, de forma consistente que o Divórcio/ Separação, tal como outros acontecimentos exigentes em termos emocionais, constitui um factor de risco em termos desenvolvimentais, não pelo divórcio em si mas sim pelos fenómenos associados ao conflito parental, às dinâmicas disfuncionais entre os progenitores e entres estes e a criança e às alterações bruscas nas condições sócio-económicas e contextuais”. Cfr., RIBEIRO, Catarina, *Contributos da avaliação psicológica para definição do regime adequado a cada criança em sede do Exercício das Responsabilidades Parentais* in GUERRA, Paulo (coordenação), *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 120.

⁶⁵ Nesse sentido, atente-se a uma parte da exposição de motivos do projeto de Lei n.º 509/X que veio alterar o regime jurídico do divórcio no ano de 2008 (Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro): “Ponto nevrálgico é também, no entanto, aquele que se refere às consequências do divórcio sobretudo quando há filhos menores. Tendo como referente fundamental, neste plano, os direitos das crianças e os deveres dos pais, e assumindo a realidade da diferenciação clara entre relação conjugal e relação parental, o exercício das responsabilidades parentais deve ser estipulado de forma a que a criança possa manter relações afectivas profundas com o pai e com a mãe, bem como ser o alvo de cuidados e protecção por parte de ambos em ordem à salvaguarda do seu superior interesse”. Acrescenta ainda que “É o facto de a dimensão afectiva da vida se ter tornado tão decisiva para o bem-estar dos indivíduos que confere à conjugalidade particular relevo. Sendo esta decisiva para a felicidade individual (...) Daqui decorre também que importa evitar que o processo de divórcio, já de si emocionalmente doloroso, pelo que representa de quebra das expectativas iniciais, se transforme num litígio persistente e destrutivo com medição de culpas sempre difícil senão impossível de efectivar”.

⁶⁶ Cfr., GUERRA, Paulo (coordenação), *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 118-124.

⁶⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder ...*, ob. cit., pp. 454-455.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 418.

Daqui emerge o problema dos Tribunais que deveriam ser uma instituição de proteção das crianças, mas nem sempre cumprem zelosamente o seu papel. Nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais assistimos a uma delonga temporal para decidir quanto à vida da criança; há ausência do respeito pela sua audição, estritamente ligado ao princípio do superior interesse da criança e, ainda, a erros fatais na decisão final.

Na opinião de Daniel Sampaio, “(...) o tribunal deveria sentar-se no banco dos réus em muitas situações. Com o poder conferido pela lei de evitar que os mais novos sejam magoados, o tribunal, por incúria, ignorância ou lentidão, provoca novos danos às famílias, muitos deles irreparáveis”⁶⁹. Acrescenta ainda que “À medida que a criança cresce e novas necessidades emergem, a relação com os progenitores também se altera, pelo que as decisões dos tribunais deveriam ser sempre organizadas a partir de um profundo conhecimento das famílias, tentando ter uma espécie de cuidado antecipatório que evite problemas futuros. Sabemos bem como muitas decisões são apenas baseadas em factos recentes, em inquéritos rápidos, em pareceres pouco aprofundados de peritos ou em audiências de tribunal em que o medo foi o protagonista. Quando se observam audiências dos tribunais de família ou se leem sentenças ou despachos judiciais é interessante verificar o pouco que se fala das crianças”⁷⁰.

Posto isto, aquando da regulação do exercício das responsabilidades parentais o superior interesse das crianças deverá ser um critério orientador, sob pena de os interesses das crianças ficarem comprometidos – tema que será desenvolvido *infra*.

1.3 A regulação do exercício das responsabilidades parentais à luz do critério do superior interesse da criança

O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais é hoje um processo no qual, quer a mãe, quer o pai, em princípio encontram-se em pé de igualdade, investidos dos mesmos direitos e apenas com uma finalidade maior – a de proteger o superior interesse da criança.

Nesta linha de raciocínio, encontramos na ordem jurídica portuguesa, nesta matéria de igualdade entre os progenitores, mormente, o art. 36º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa, doravante, CRP, que refere expressamente que “3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos”⁷¹.

⁶⁹ Vide, SAMPAIO, Daniel, *O Tribunal É o Réu*, Alfragide, Editorial Caminho, 2014, p. 13.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁷¹ Igualmente importante é o art. 36º, n.º 5 e n.º 6 da CRP e o próprio art. 13º que consagra o princípio da igualdade.

Já no plano internacional, preceitua o art. 18º, n.º 1, da CDC que “1. Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental”. Reforça ainda o art. 27º, n.º 2, do mesmo diploma que “2. Cabe primacialmente aos pais e às pessoas que têm a criança a seu cargo a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades económicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança”⁷².

As responsabilidades parentais pressupõem um conjunto de deveres atribuídos, em princípio, aos pais da criança, para a prossecução do bem-estar do seu filho, incumbindo a estes assegurar todas as vertentes necessárias a uma vida digna e justa, sem nunca olvidar a importância da relação afetiva com a criança. O interesse que deve estar subjacente a todas as escolhas efetuadas no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais deverá ser o do superior interesse da criança. Deste modo, o interesse dos pais deverá ser o interesse do filho, prevalecendo, assim, este último sobre qualquer outro interesse.

O superior interesse da criança como temos vindo a referir é basilar e, indiscutivelmente, um corolário que deverá presidir para a boa decisão por parte do julgador nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Pode-se afirmar que o superior interesse da criança foi ganhando expressão com a Declaração de Genebra, no ano de 1924, e mais tarde, com a Declaração dos Direitos da Criança. Ambos os instrumentos foram determinantes para o início do caminho da criança no mundo dos direitos.

No entanto, a Convenção sobre os Direitos da Criança, datada de 1989⁷³, foi nas palavras de Catarina de Albuquerque, o “(...) primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos da criança. A diferença fundamental entre este texto e a Declaração dos Direitos da Criança, adoptada 30 anos antes, consiste no facto de a Convenção tornar os Estados que nela são Partes juridicamente responsáveis pela realização dos direitos da criança e por todas as acções que tomem em relação às crianças, enquanto que a Declaração de 1959 impunha meras obrigações de carácter moral”⁷⁴.

⁷²No mesmo sentido, apresenta-se a CEEDC, nomeadamente, nos arts. 2º, al. b); 6º, al. a).

⁷³Para mais informações atinentes à Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), *vide supra* pp. 7-8.

⁷⁴ *Vide*, nesse sentido, ALBUQUERQUE, Catarina, *As Nações Unidas, a Convenção e o Comité in* Boletim de Documentação e Direito Comparado, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, nº83/84, 2000, p. 33.

O superior interesse da criança, enquanto critério orientador nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais encontra-se expressamente previsto no art. 1906º, do CC e, no art. 40º, do RGPTC.

Este conceito do superior interesse da criança é, indubitavelmente, um conceito jurídico indeterminado que “(...) só adquire eficácia quando referido ao interesse de cada criança, pois há tantos interesses da criança como crianças”⁷⁵.

Por essa razão, o julgador deverá conhecer bem a sociedade na qual a criança está inserida e determinar a sensibilidade suficiente para perceber as condições necessárias que a criança necessita para um desenvolvimento saudável e íntegro⁷⁶. Daí que se afirme que o conceito do superior interesse da criança deverá ser determinado casuisticamente⁷⁷.

Estamos em crer que as fronteiras deste conceito jurídico – o do superior interesse da criança – não podem ser simplesmente balizadas, sob pena de passarmos a ter soluções fixas para os casos com os quais os julgadores se deparam. E isso não seria apenas aniquilar um século da história das crianças, como colocar em causa a sua “voz” nos processos que lhes digam respeito.

Importa também verificar que o interesse da criança também se encontra plasmado no art. 3º, parágrafo 1º, da Convenção sobre os Direitos da Criança que refere expressamente: “Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”.

Pelo que, se pode concluir que o superior interesse da criança não é um direito, mas sim um princípio que atua, *in casu*, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, como orientador; e, por outro lado, é um guia para a efetivação dos direitos das crianças⁷⁸.

⁷⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, p. 42.

⁷⁶ Cfr., BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Nova Causa, 2015, p.14. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, p. 42.

⁷⁷ Muito se discute sobre os riscos inerentes a um conceito jurídico indeterminado e, portanto, determinado caso a caso. Há, pois, quem entenda que “O interesse da criança, como conceito indeterminado, apesar de ter a virtualidade de constituir uma forma de osmose entre direito e sociedade e um reflexo da consciência jurídica geral, na prática, abre a porta às convicções pessoais e aos preconceitos dos juizes, gerando um fenómeno de discricionariedade judicial *versus* democratização da função judiciária”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito ...*, *ob. cit.*, p. 314. É referido pelo Comité dos Direitos da Criança que “A flexibilidade do conceito do interesse superior da criança permite-lhe ser sensível à situação de cada criança e à evolução dos conhecimentos sobre desenvolvimento infantil. No entanto, esta flexibilidade também permite espaço para manipulação; o conceito do interesse superior da criança tem sido utilizado abusivamente por Governos e outras autoridades públicas para justificar políticas racistas, por exemplo; por pais, na defesa dos seus próprios interesses em litígios sobre a custódia dos seus filhos; por profissionais que não se querem incomodar e que recusam a realização do interesse superior da criança considerando-a irrelevante ou sem importância”. Cfr., General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primacy consideration (art. 3, para. 1) de 29 de maio de 2013 tradução Pedro D’Orey, Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Protecção das Crianças e dos Jovens, 2017, p. 17.

⁷⁸ José de Melo Alexandrino vai mais longe afirmando que “O *interesse superior da criança* é, talvez e antes de mais: um princípio jurídico-formal, que actua como critério orientador; um *standard* hermenêutico (ou seja, um parâmetro auxiliar na concretização); uma pauta para a conformação do ordenamento jurídico pelo legislador; uma pauta obrigatória na resolução de casos concretos”. ALEXANDRINO, José de Melo, *Os Direitos das Crianças – Linhas para uma*

Sucedem que, o legislador e o julgador desempenham um papel determinante na concretização deste conceito. Consideramos que, axiologicamente estão dependentes um do outro com tudo o que essa ligação implica.

1.3.1 Os critérios utilizados pelos Tribunais nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais

Face ao exposto, e atendendo à natureza casuística e juridicamente indeterminada do conceito do superior interesse da criança, torna-se determinante compreender qual a *praxis* dos Tribunais nesta matéria. Pelo que, passaremos a apresentar os critérios difundidos na jurisprudência portuguesa.

Primeiramente apresentamos o critério da preferência maternal. Este critério caracteriza-se pela entrega da criança à mãe que se fundamenta por razões biológicas e sociológicas. Esta preferência é vinculada ao facto de a mãe ser mais capaz de cuidar e satisfazer as necessidades da criança, mormente, as de tenra idade⁷⁹.

Esta prática remonta, segundo Maria Clara Sottomayor, ao período que se seguiu à revolução industrial, em consequência dos movimentos feministas para combater o estatuto de inferioridade em relação ao seu marido e que representou a conquista dos direitos das mães a cuidarem dos seus filhos, sendo os mesmos confiados a elas⁸⁰.

A título exemplificativo, seguem-se alguns acórdãos:

- Acórdão do TRL, de 4 de novembro de 1983 que refere que “As crianças de tenra idade não devem, salvo circunstâncias excepcionais, ser separadas da mãe”⁸¹.

- Acórdão do TRC, de 30 de novembro de 2004, no qual se alude que “(...) a não ser que existam razões ponderosas, não se deve privar os menores dos cuidados e contacto íntimo e continuado com as mães. É que estas, por natureza, estão, normalmente, mais próximas das necessidades físicas e afectivas dos filhos do que os pais. Isto é, as mães por natural instinto, não exclusivo da espécie humana, estão, em regra, mais vocacionadas para acudir às necessidades dos filhos, na fase inicial da infância. Pelo lado dos menores, somos em crer, poder também afirmar, que em idades tenras, a vinculação afectivas

construção unitária, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, I, Lisboa, 2008, p. 308. *Vide*, ainda, Maria Margarida da Silva Pereira, que refere o seguinte “O interesse superior da criança não é um direito, mas deverá determinar-se, enquanto princípio, o seu alcance”. PEREIRA, Maria Margarida da Silva, *Direito da Família*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2019, p. 196.

⁷⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder ...*, *ob. cit.*, pp. 103-104.

⁸⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, p. 51.

⁸¹ Acórdão do TRL, de 4 de novembro de 1983, processo n.º 0016100, relatora Cura Mariano, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c74637b8010ceb22802568030003eac9?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

dos filhos às mães, derivada até de uma ligação biológica mais intensa, é um factor essencial ao desenvolvimento físico e psíquico das crianças. Aliás fazendo ressonância destas realidades, a Declaração dos Direitos da Criança adoptada pela Assembleia das Nações Unidas em 20-11-59 estabelece, no seu art. 6º, que “*salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe*”⁸².

Não obstante a disseminação deste critério – da preferência maternal - durante largos anos nos Tribunais, na última década o mesmo tem perdido força. Senão, vejamos os seguintes acórdãos.

- Acórdão do TRP, de 13 de maio de 2014, onde se refere que: “O superior interesse do menor foi tido em conta pela Mmª Juíza “a quo”, conforme se alcança da decisão recorrida, tendo esta concluído, depois de uma cuidada ponderação, pela atribuição da sua guarda à mãe com quem ficaria a residir. Um dos argumentos que aduziu nesse sentido foi o da tenra idade do menor, aderindo ao critério que entende ser a mãe, por razões biológicas e sociológicas, o progenitor mais apto a cuidar do filho e a satisfazer as suas necessidades físicas, emocionais e psicológicas, sobretudo nos seus primeiros anos de vida. Não se ignora que este critério, que sempre assumiu na nossa jurisprudência grande relevo, deve ser visto hoje com algum cuidado, face à modificação que se tem vindo a operar no conceito de família. Com efeito, na medida em que a mulher tem hoje uma plena intervenção no mercado de trabalho, tem vindo progressivamente a desaparecer a figura tradicional da mãe, cuja função primacial era a de se dedicar, em casa, à educação dos seus filhos. Por outro lado, o pai, que noutros tempos centrava a sua vida no trabalho e na actividade profissional fora de casa, está hoje bem mais presente na educação dos filhos. Assiste-se pois nos nossos dias a uma progressiva equiparação entre os dois sexos, surgindo o homem mais envolvido nas tarefas domésticas e na educação dos filhos e a mulher cada vez mais participante no mercado de trabalho. Por isso, o critério da preferência maternal não pode ser hoje, por si só, ser o determinante para fixar a residência do menor nos casos em que este é de tenra idade. A tarefa que se apresenta ao julgador para decidir esta questão é a de, conjugando a idade do menor com todos os outros elementos disponíveis, aferir da capacidade de cada um dos progenitores para ter o filho a viver consigo e assim exercer, com carácter de habitualidade, as responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente deste”⁸³.

⁸² Acórdão do TRC, de 30 de novembro de 2004, processo n.º 3308/04, relatora Garcia Calejo, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/0/270fc1192b4c64df8025755c0050fb18?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁸³ Acórdão do TRP, de 13 de maio de 2014, processo n.º 5253/12.9TBVFR-A.P1, relator Rodrigues Pires, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d7ed0552c70bb75680257cec003da443> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

- Acórdão do TRG, de 12 de janeiro de 2017, onde consta o seguinte: “ Não devemos contudo, na busca da solução para o caso concreto, guiar-nos apenas por meras generalidades opinativas ou teses mais ou menos científicas, fruto da “espuma dos dias”, que as há num sentido e noutro – uns dando prevalência à figura materna no que tange a crianças de tenra idade, tese que assenta na profunda ligação biológica da criança, desde o útero materno e que persiste na aleitação, defendendo-se, que, só mais tarde, com a socialização da criança, o papel do pai assumem relevância; outros defendendo que essa relação pode ser estabelecida com qualquer progenitor ou terceira pessoas, podendo nem existir uma figura primária de referência, muito menos a maternal (...). Há sim que ir procurar as circunstâncias concretas desta família e como se estabeleciam no seu seio as rotinas e distribuíam os papéis”⁸⁴.

Na nossa opinião, esta foi a prática corrente durante vários anos nos Tribunais portugueses. Contudo, estamos em crer que a mesma já não vinga, devido às alterações que se verificaram na posição da mulher no seio familiar e, conseqüentemente, na própria sociedade. E, por outro lado, pela alteração do quadro legal nesta matéria. Atualmente, a igualdade deve presidir entre os progenitores, na regulação do exercício das responsabilidades parentais, tal como preceituado na CRP, no art. 36º, n.º 3⁸⁵. Desta forma, se estivermos a limitar a criança à mãe estamos, inquestionavelmente, a favorecer um dos progenitores, violando um dos direitos constitucionalmente previsto – o da igualdade de direitos entre os progenitores⁸⁶.

Intrinsecamente ligado ao critério *supra* analisado surge, em segundo lugar, o critério da figura primária de referência ou *Primary Caretaker*⁸⁷ que consiste no facto de a criança ser confiada à pessoa que habitualmente cuida dela e com o qual estabeleceu um vínculo afetivo forte. A pessoa de referência será aquela que, via de regra, a criança prefere viver. O que se pretende com este critério é não apenas a manutenção dos laços já existentes antes da rutura da relação conjugal, mas também, atribuir o exercício das responsabilidades parentais à pessoa que no quotidiano já as exercia⁸⁸.

⁸⁴ Acórdão do TRG, de 12 de janeiro de 2017, processo n.º 996/16.0T8BCL-D.G1, relatora Eva Almeida, disponível in <http://www.dgsi.pt/itrg.nsf/-/4585CDC8F4AD5913802580C70058D936> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁸⁵ Vide, *supra* p. 23.

⁸⁶ No entanto, a utilização deste critério da preferência maternal pode não consubstanciar uma discriminação entre os progenitores. Vejamos, nesse sentido, as palavras exaradas por Maria Clara Sottomayor: “A preferência maternal não constitui uma violação do princípio da igualdade quando acompanhada de factores, que avaliados pelo julgador, à luz do interesse da criança, apontam para que a guarda seja confiada à mãe”. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, p. 50.

⁸⁷ Explica Joaquim Manuel da Silva que a figura do *Primary Caretaker* resultou da doutrina da tenra idade e simultaneamente, da luta que se vinha a travar contra o poder do *pater* que levava à sujeição da criança, nas decisões judiciais tomadas em Inglaterra e nos Estados Unidos da América, no século XIX. Ora, em detrimento desta imagem da mãe como cuidadora e amável, opunha-se a do pai como símbolo de poder, de autoridade exímia. Face a este antagonismo foram levantadas acusações de violação do princípio da igualdade e eis que surge este novo critério – o da pessoa primária de referência – para substituir o critério da preferência maternal, desaparecendo, assim, as acusações insurgidas a respeito do princípio da igualdade. Cfr., SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças...*, *ob. cit.*, p. 68.

⁸⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, pp. 59-63.

Passamos a expor alguns acórdãos que retratam a efetivação deste critério no *modus operandi* dos Tribunais e que, conseqüentemente, veio substituir o critério da preferência maternal.

- Acórdão do TRL, de 17 de fevereiro de 2005, onde se pode ler o seguinte: “(...) a experiência tem demonstrado que na nossa sociedade, as crianças continuam predominantemente a ser, de facto, criadas pelas mães. Apesar de estarem cada vez mais integradas no mercado de trabalho, o certo é que as tarefas domésticas, incluindo a educação e cuidados dos filhos, sobretudo nos primeiros anos de vida, continuam a ser desempenhadas na maioria dos casos, por estas. Mas, como vimos, fundamental é ter em conta, a prossecução do interesse do menor. E a decisão de entregar a guarda à pessoa de referência da menor, que dela cuida desde que nasceu e com quem a menor desenvolveu laços afectivos próprios da sua idade, salvaguarda o interesse desta, respeitando, a principal relação emocional da criança com o adulto que dela cuida no dia a dia”⁸⁹.

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, doravante, STJ, de 4 de fevereiro de 2010, onde se refere que: “É o superior interesse da criança que norteia toda a regulação do exercício do poder paternal, e, modernamente, tem-se entendido que o factor 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 está em harmonia com as orientações legais acerca do conteúdo do poder paternal e com as que consideram a vontade da criança como um factor decisivo na resolução de questões que dizem respeito à sua vida. A regra da figura primária de referência é um critério objectivo e funcional, relacionado, como se disse, com o dia-a-dia da criança, ou seja, com a realização de tarefas concretas prestadas ao menor, no quotidiano”⁹⁰.

- Acórdão do TRC, de 1 de fevereiro de 2011, onde se pode ler o seguinte, no sumário: “O objectivo das normas sobre a regulação do poder paternal não é promover a igualdade entre os pais ou a alteração das funções de género, mas sim garantir à criança a continuidade da relação afectiva com a pessoa de referência. (...) Se as circunstâncias desaconselharem o exercício em comum, a guarda do menor deve ser confiada ao progenitor que promove o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, que tem mais

⁸⁹ Acórdão do TRL, de 17 de fevereiro de 2005, processo n.º 343/2005-6, relatora Fátima Galante, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/46802035f1b6f3778025707a00342d1f?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁹⁰ Acórdão do STJ, de 4 de fevereiro de 2010, processo n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relatora Oliveira Vasconcelos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9f1626c83e72853e802576c1004d0e90?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

disponibilidade para satisfazer as necessidades do menor e que tem com este uma relação afectiva mais profunda”⁹¹.

- Acórdão do TRC, de 6 de outubro de 2015, onde se refere que “(...) o critério primordial para atribuir a guarda normal do menor, mesmo para crianças na 1ª infância, não é o da primazia maternal (*critério da preferência maternal*), mas o do progenitor que possa assumir o papel de maior protector do filho e seja para ele a figura primária de referência – *Primary Caretaker* – e/ou que com ele mantenha e possa manter uma relação afectiva referencial e propiciadora de um desenvolvimento estável, são, harmonioso, e familiar e socialmente abrangente (*critério da figura primária de referência*)”⁹².

Torna-se evidente que este critério tem vindo a ser utilizado com alguma frequência por alguns dos nossos Tribunais. Todavia, é evidente que, na maioria das decisões judiciais, a figura de referência primária coincide com a mãe. Ainda que, não se possa menosprezar que, tendencialmente, esta figura é, por vezes, desempenhada pelo pai. O que nos leva a concluir que temos uma dualidade (de figuras de referência). Nesse sentido, concluímos que não se deve anular uma das pessoas de referência da criança, se existem duas.

A título exemplificativo, Maria Clara Sottomayor define este critério como “(...) um critério neutro em relação ao sexo, que não contém em si a mensagem segundo a qual o cuidado dos filhos/as cabe às mulheres”⁹³.

No entanto, acreditamos que este critério não acompanha o desenvolvimento da nossa lei que promove a igualdade entre os progenitores até porque a criança ficará entregue apenas a um dos progenitores, anulando-se automaticamente o outro progenitor. Não nos parece que esta exclusão favoreça o desenvolvimento da criança, nomeadamente, na vertente psicológica e social. A exclusão só se deverá verificar nos casos de risco, por exemplo, nas situações em que a família já detinha um histórico de violência.

Seguidamente, surge o critério da não separação dos irmãos de origem jurisprudencial e apoiado pelos dados das ciências sociais. Este critério enraizou-se nos Tribunais, por força das situações das famílias nas quais os irmãos já viviam juntos antes da extinção da relação conjugal e havia uma

⁹¹ Acórdão do TRC, de 1 de fevereiro de 2011, processo n.º 90/08.8TBCNT-D.C1, relator Arlindo Oliveira, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/87eb448feefe53b88025784500377171?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁹² Acórdão do TRC, de 6 de outubro de 2015, processo n.º 3079/12.9TBCSC.C1, relator Carlos Moreira, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/A234E64EC7753BD480257EF1004BF797> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁹³SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, ob. cit., p. 60.

necessidade de manter os laços afetivos destes. O divórcio por si só já é um choque para as crianças, pelo que, não fazia sentido separá-las dos seus irmãos, isto é, submetê-las a um sofrimento adicional.

Neste sentido, vejamos os acórdãos proferidos nos Tribunais portugueses quanto a este critério.

- Acórdão do TRC, de 12 de outubro de 2004, onde consta o seguinte: “É hoje inquestionável, a nível das diversas ciências que estudam o desenvolvimento das crianças, que os irmãos devem crescer juntos (idealmente junto dos pais), sendo isso importante para o seu harmonioso desenvolvimento e formação das suas personalidades e para o seu equilíbrio afetivo-psicológico, e que só em casos verdadeiramente excecionais, motivados pro razões extremamente ponderosas, tal deve deixar de acontecer”⁹⁴.

- Acórdão do TRG, de 29 de novembro de 2012, onde se pode ler o seguinte: “(...) embora não constitua rigorosamente um critério para a atribuição da residência dos menores, a não separação dos irmãos é um princípio ao qual se tem dado particular relevância a fim de evitar a tentação de separar os filhos para equilibrar os direitos dos pais, no sentido de ambos satisfazerem o desejo de os ter consigo”⁹⁵.

- Acórdão do TRP, de 29 de abril de 2014, onde se refere que: “Não sendo aconselhável a separação de irmãos de 14 e 11 anos de idade (de sexo masculino e feminino, respectivamente), além do mais porque tal é a expressão do desejo dos mesmos, afigura-se adequada, no caso concreto, uma distribuição dos fins-de-semana por 2 fins-de-semana com o pai e 1 fim-de-semana com a mãe, vinda já da regulação provisória de 28/3/2012”⁹⁶.

- Acórdão do TRG, de 27 de setembro de 2018, atente-se às seguintes palavras exaradas, no sumário, do acórdão em causa: “V) - Segundo as diversas ciências que estudam o desenvolvimento das crianças, os irmãos devem crescer juntos e, sempre que possível, na companhia dos pais, sendo isso relevante para a sua estabilidade emocional e adequada estruturação da sua personalidade (...). VI) – Se os irmãos são unidos e sempre viveram juntos, é imperioso que o juiz, sustentado no princípio de que os interesses

⁹⁴ Acórdão do TRC, de 12 de outubro de 2004, processo n.º 2265/04, relator Isaias Pádua, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/596f62b9c07a66ac80256f350036574c?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁹⁵ Acórdão do TRG, de 29 de novembro de 2012, processo n.º 234/11.2TBAVV-A.G1, relator Manuel Bargado, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/b65eea86c9bd0edb80257aee00437ce8?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁹⁶ Acórdão do TRP, de 29 de abril de 2014, processo n.º 26/12.1TMMTS-A.P1, relator Vieira e Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/281712E2D991BDC680257D0B0051F0B2> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

das crianças são superiores aos interesses dos pais e que são apenas eles que devem constituir o critério da decisão, procure a todo o custo não separá-los”⁹⁷.

A regra da não separação dos irmãos parece-nos claramente atendível e respeitador do superior interesse da criança. Com este critério, os irmãos encontram nos laços afetivos formas de amenizar a dor da separação dos seus pais, na qualidade de marido e mulher. Esta é, sem dúvida, uma forma de manter a família e isso é, indubitavelmente, crucial para o desenvolvimento da criança.

Para além disso, surge o critério da proximidade, por força da Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, que alterou o Código Civil, no qual o legislador veio reforçar expressamente a importância de a criança manter uma relação de proximidade com o progenitor a quem a criança não haja sido confiada. Nesse sentido, atentemos ao art. 1905º, números 1 e 2, do CC:

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

2 – Na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com o progenitor a quem não seja confiada, podendo a sua guarda caber a qualquer dos pais, ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918º, a terceira pessoa ou estabelecimento de reeducação ou assistência”.

Dada a importância deste fator na atividade do juiz, o legislador na Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, teve o cuidado de prever a determinação do regime de visitas e da residência alternada mediante a disponibilidade manifestada por cada um dos pais para promover relações do filho com o outro, bem como de acordo com o interesse do filho, nos termos do art. 1906º, n.º 5, do CC⁹⁸.

O critério da proximidade também ficou expressamente consagrado no art. 1906º, n.º 7, do CC, no qual se pode ler o seguinte: “7 – 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

⁹⁷ Acórdão do TRG, de 27 de setembro de 2018, processo n.º 1814/17.8T8CHV-A.G2, relatora Maria Cristina Cerdeira, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c86118f3c01fa6198025832e002e3bb5?OpenDocument>. [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

⁹⁸ Artigo 1906º, n.º 5, do CC: “5 – O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”.

aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”.

Atualmente, este critério encontra-se previsto no art. 1906º, n.º 8, do CC⁹⁹, no qual consta o seguinte: “8 – 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”.

Atendendo que este critério é um dos vários fatores que o juiz dispõe para decidir, importa observar as decisões que têm sido tomadas pelos Tribunais. Ora, vejamos.

- Acórdão do STJ, de 28 de setembro de 2010, onde se refere que: “Os filhos não são propriedades dos pais – passe a crueza da expressão – e mesmo em caso de separação e ruptura conjugal, a lei quer, agora mais que antes, que os pais se mantenham solidários e responsáveis pelo destino dos filhos que não podem ser vítimas inocentes de decisões que têm repercussão no desenvolvimento dos laços de afectividade e parentalidade, sobretudo, tendo em vista a relevante consideração que, quanto menos idade tiverem, mais se impõe, que a figura do progenitor que não pode manter proximidade, “*deva estar presente*”, na solidariedade e co-responsabilização das decisões que afectam o seu futuro”¹⁰⁰.

- Acórdão do TRP, de 7 de abril de 2011, onde se pode ler o seguinte: “Reforça-se a ideia de que as relações de grande proximidade com os dois progenitores são fonte de satisfação do interesse dos filhos, sendo incumbência do tribunal promover e aceitar acordos e tomar decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”¹⁰¹.

- Acórdão do TRG, de 10 de julho de 2019, onde se refere que: “O único, relevante e decisivo critério com consagração legal (cfr. a parte final do n.º 5 do art.º 1906.º do Código Civil) é o da proximidade, ou seja, deverá ser escolhido o progenitor que fornece indícios de mais facilmente permitir à criança ter contactos com o outro progenitor, por isso se revelar do interesse da criança”¹⁰².

⁹⁹ Salientamos que o artigo 1906º, do CC foi alvo de alterações por força da Lei n.º 65/2020, de 04 de novembro, na qual o legislador estabeleceu as condições em que o tribunal pode decretar a residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores.

¹⁰⁰ Acórdão do STJ, de 28 de setembro de 2010, processo n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1, relatora Fonseca Ramos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/398836832f01c4a4802577ac0048da99?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

¹⁰¹ Acórdão do TRP, de 7 de abril de 2011, processo n.º 180/05.9TMMTS-B.P1, relator Filipe Caroco, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ac9fd177c72092c58025787e00459b8f?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

¹⁰² Acórdão do TRG, de 10 de julho de 2019, processo número 1982/15.3T8VRL-A.G1, relatora Eugénia Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6314c6c4e76c80b580258479003e4d22?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Apesar de, numa primeira análise, o critério de proximidade nos parecer enquadrado na dinâmica da manutenção do quadro familiar existente antes da rutura da relação conjugal, o certo é que este critério é dotado de algumas fragilidades que podem condicionar, ainda que, de uma forma indireta, o superior interesse da criança. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, o juiz para observar se cada um dos progenitores contactava regularmente com a criança, fomentado os laços afetivos já existentes, terá de retroceder à época anterior ao conflito judicial. Sucede que, se o juiz se aperceber que há uma disputa pelos pais que impossibilitou um dos progenitores manter uma relação de proximidade com o filho, o juiz facilmente depreenderá que a criança possivelmente não terá mais contacto com aquele progenitor. Ora, este comportamento para além de ser reprovável, justifica um juízo negativo quanto à idoneidade daquele progenitor para assumir a responsabilidade daquela criança. Atendendo ao sofrimento que a separação com o outro progenitor lhe cause e ao desequilíbrio familiar que se assiste com este comportamento moralmente incorreto¹⁰³.

Além disso, um argumento contra este critério não pode ser ignorado que é a experiência dos outros países como, por exemplo, a norte-americana que tem evidenciado que este critério fragiliza a posição das mulheres que pretendem ficar com os seus filhos. Tal como explica Maria Clara Sottomayor as mães que se recusam ao exercício das responsabilidades parentais juntamente com os pais, por considerarem que seria desfavorável para os seus filhos, vêm a criança ser entregue ao pai, por falta de colaboração. O que pode levar a que as crianças fiquem entregues a progenitores agressores, por força, de um critério aparentemente favorável para a manutenção da estrutura familiar¹⁰⁴.

Para além destes critérios, Joana Salazar Gomes, aponta um outro critério – o da preferência demonstrada pela criança – que se caracteriza pelo respeito da vontade da criança aliada, ainda que a decisão do juiz possa não ser coincidente com a vontade da criança. Concorrendo para esta disparidade, a idade da criança, pelo que, “(...) a valorização e o peso dados pelo juiz à vontade do menor deverão ser sempre proporcionais e adequados à idade deste”¹⁰⁵.

Para o efeito, atente-se aos dois acórdãos que se seguem.

¹⁰³ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, ob. cit., p.75.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 76-77.

¹⁰⁵ Vide, nesse sentido, GOMES, Joana Salazar, *O Superior Interesse da Criança e as Novas Formas de Guarda*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 68.

- Acórdão do TRL, de 27 de outubro de 2011, onde se refere que: “O juiz, uma vez manifestada a preferência da menor, não está vinculado a segui-la, conservando o poder de apreciar o interesse da criança e podendo impor a esta uma decisão mesmo contra a sua vontade”¹⁰⁶.

- Acórdão do TRG, de 19 de setembro de 2019, onde se pode ler o seguinte: “ O Tribunal não está necessariamente vinculado à opinião e vontade da criança, competindo fazer uma ponderação casuística a fim de indagar o superior interesse da criança, o que poderá determinar a imposição de uma decisão mesmo contra a vontade manifestada pela criança”¹⁰⁷.

Acreditamos que este critério apesar de conferir uma maior autonomia à criança quanto a assuntos que lhe digam respeito, acaba por estar condicionado à decisão final do juiz em adotar a vontade da criança ou não. E a jurisprudência acima elencada evidencia isso mesmo. Na maioria dos casos, o juiz decide contra a vontade da criança. Deste modo, acaba por ser um critério com fundamento na aversão demonstrada pela criança.

Percebe-se que vários são os critérios que o juiz tem vindo a utilizar para decidir o modo de regular o exercício das responsabilidades parentais e, no fundo, mais não são do que ferramentas de trabalho, umas mais eficazes do que outras, mas todas apontam para um propósito único: o do superior interesse da criança. A questão que se coloca é se o juiz consegue chegar a esse propósito ou se os critérios acabam por falhar, por força, das rivalidades entre os pais da criança, interesses que, na maioria dos casos, acreditamos que se sobrepõe ao das crianças. A criança acaba por ser um instrumento utilizado pelos pais para ver quem ganha a luta judicial e não mais do que isso. O resultado dessa luta culmina com a infelicidade da criança, muitas vezes silenciada.

Face ao exposto, passaremos ao núcleo da nossa investigação – o problema da não audição das crianças.

¹⁰⁶ Acórdão do TRL, de 27 de outubro de 2011, processo n.º 2373/10.8TMLSB-A.L1-2, relator Ezagúy Martins, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3033951ce16a76ab802579510053f366?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

¹⁰⁷ Acórdão do TRG, de 19 de setembro de 2019, relator Alcides Rodrigues, processo n.º 510/17.0T8MNC-A.G1, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/32590315d34845d480258490002ebd38?OpenDocument>. [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

CAPÍTULO II – OS ENTRAVES À NÃO AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS NOS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Concluída a análise da evolução da posição das crianças, não apenas no seio familiar, mas também na própria sociedade ao longo da história, bem como do impacto que o divórcio acarreta para a vida das crianças e os critérios utilizados pelos Tribunais no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades. Encerramos o capítulo precedente com a certeza de que a criança merece ter voz nos processos que lhe digam respeito, sempre que os pressupostos para a sua efetivação se encontrem preenchidos. Só assim, com o respeito pleno pelos seus direitos, se poderá assegurar que o critério do superior interesse da criança é respeitado.

Deste modo, ao longo do presente capítulo, procurar-se-á explicitar em que consiste o direito de audição das crianças nos processos de regulação das responsabilidades parentais, bem como a sua efetivação no plano legislativo e, por último, descortinar a realidade da não audição das crianças nas instâncias judiciais.

Em suma, muito se tem escrito sobre os processos de regulação das responsabilidades parentais, mas poucos são aqueles que se dedicam ao problema da não audição das crianças nestes processos. Será este problema, uma clara evidência da estagnação da afirmação dos direitos das crianças nos processos que lhes digam respeito? Esta é a questão primacial que pretendemos responder no presente capítulo.

2.1 O critério do superior interesse das crianças vs. o interesse dos progenitores

Esta dicotomia entre o superior interesse das crianças e o interesse dos progenitores está incontornavelmente presente nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Apesar de o critério do superior interesse das crianças ser um critério orientador em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o certo é que, na prática, este critério enfraquece como veremos adiante.

“O Direito das Crianças está repleto de interpretações da noção de interesse da criança contrárias ao seu bem-estar e dominadas pelos interesses dos adultos, como a recusa em ouvir as crianças nos processos de divórcio”¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito ...*, ob. cit., p. 42.

Esta é a realidade da maioria dos nossos Tribunais, há um crescente desrespeito pelo conceito do superior interesse das crianças, aliado à supremacia dos interesses dos progenitores. Assim, nos processos de regulação dos exercícios das responsabilidades parentais, as crianças não têm a voz que a lei lhes concede, havendo um profundo desequilíbrio entre a lei e a sua aplicabilidade.

Por outro lado, nos processos é claramente visível a primazia que se dá aos interesses dos progenitores; às expressões carreadas pelo sistema jurídico, tornando as crianças reféns de decisões, muitas vezes, lesivas para o seu desenvolvimento e para o seu bem-estar. Não há dúvidas que as protagonistas não são as crianças, mas sim os pais destas.

Neste conspecto, importa analisar o conceito do superior interesse das crianças. Este critério é considerado pela doutrina¹⁰⁹ e pela jurisprudência¹¹⁰ um conceito indeterminado, o que significa que o mesmo carece de um preenchimento valorativo e, conseqüentemente, casuístico. Ora, por força deste carácter indeterminado e subjetivo, o conceito do superior interesse da criança acaba por ser interpretado segundo as convicções do julgador.

Vejamos nesse sentido, a opinião de Maria Clara Sottomayor que refere o seguinte: "(...) esta noção apesar do seu carácter apelativo e humano, que gera um aparente consenso, tem-se revelado um critério pouco útil, porque abrange uma variedade de sentidos, prestando-se a interpretações subjetivas decorrentes das convicções pessoais e das ideologias de quem decide"¹¹¹.

¹⁰⁹ Nesse sentido, José de Melo Alexandrino refere que o interesse superior da criança "(...) enquanto conceito jurídico indeterminado, carece de preenchimento valorativo, reclamado uma análise sistémica e interdisciplinar da situação concreta de cada criança, na sua individualidade própria e envolvente, logo uma "punctualização tópica." Cfr., ALEXANDRINO, José de Melo, *O Discurso dos Direitos*, in Os Direitos das Crianças, revista da Ordem dos Advogados, vol. I, ano 68, 2008, pp. 140 e ss. No mesmo sentido, refere Karl Engisch que o superior interesse da criança é "(...) um conceito jurídico indeterminado, isto é de conceito carecido de preenchimento valorativo". ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979, p. 173. Por último, atentemos às palavras de Almiro Rodrigues que explica que o interesse superior da criança deve ser entendido como "(...) o direito da criança ao desenvolvimento são e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social em condições de liberdade e dignidade". Vide, RODRIGUES, Almiro, *Interesse do Menor, contributo para uma definição*, Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1979, pp. 18-19.

¹¹⁰ Vide, o acórdão do TRL, de 03 de fevereiro de 2015, que refere que o superior interesse da criança: "(...) é um conceito indeterminado, que tem vindo a ser determinado à luz dos instrumentos legislativos, quer de direito internacional quer nacional, radicando na ideia de procura da solução mais adequada para a criança, aquela que melhor a salvguarde, melhor promova o seu harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral, bem como a estabilidade emocional, tendo em conta a sua idade, o seu enraizamento ao meio sócio-cultural, mas também a disponibilidade e capacidade dos progenitores em assegurar tais objectivos". Acórdão do TRL, de 03 de fevereiro de 2015, processo n.º 764/11.6TMSB-A.L1-7, relatora Dina Monteiro, disponível in <http://www.dgsi.pt/itrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ed933be39b86d5b380257df80034bad4?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021]. No mesmo sentido, apresentamos o acórdão do TRG, de 16 de junho de 2016, no qual refere que: "Na densificação do conceito indeterminado de "superior interesse da criança" deve adotar-se a solução mais ajustada ao caso concreto, de modo a oferecerem-se melhores garantias do seu desenvolvimento físico e psíquico, do seu bem-estar e segurança e da formação da sua personalidade". Acórdão do TRG, de 16 de junho de 2016, processo n.º 253/10.6TMBRG-A.G1, relator Miguel Baldaia Morais, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/FC8CA6ACD58221628025802E004A9E59> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021]. Por último, o acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, explicita o modo como deve ser apurado o interesse superior da criança, atendendo o facto de se tratar de um conceito genérico, para o efeito passamos a transcrever: "(...) o interesse superior da criança deve ser apurado/encontrado em cada caso concreto, embora tendo sempre presente a ideia do direito da criança ao seu desenvolvimento são e normal, no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade, ou seja, a ideia de que, dentro do possível, tudo deverá ser feito de modo a contribuir para desenvolvimento integral da criança em termos harmoniosos e felizes". Acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, processo n.º 148/19.8T8CNT-A.C1, relator Isaias Pádua, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/f66c3989644c88b2802583f9003d9cec?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

¹¹¹ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças...*, ob. cit., p. 50.

Por outro lado, enaltece Rosa Clemente que “(...) a grande dificuldade prática na valoração do interesse da criança resulta do facto de que não se conhece, nem porventura será possível conhecer com exactidão, uma definição clara e objectiva de um princípio que releva de muitos factores, tais como *normativos* culturais e de trato social, recursos e nível de desenvolvimento de cada país e até de época para época”¹¹².

Igualmente importante é a dupla função de controlo e de decisão que reveste este conceito jurídico do superior interesse da criança, tal como tem vindo a ser exarado nas decisões dos Tribunais e na própria doutrina. Senão vejamos.

Em primeiro lugar, o superior interesse da criança tem como função o critério de controlo. Esta função permite que o superior interesse da criança seja respeitado através da vigilância mínima do Estado quanto ao exercício das responsabilidades parentais. Dito de outro modo, sempre que determinadas situações o justifiquem, o Estado deverá intervir para controlar o exercício das responsabilidades parentais, no seio de uma determinada família, ao abrigo dos arts. 36º, n.º 5 e n.º 6, e 69º, ambos da CRP.

Importa neste sentido analisar o disposto no art. 36º, n.º 5 e n.º 6, no qual consta o seguinte:

“5. Os pais têm o direito e dever de educação e manutenção dos filhos.

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

Estamos em crer que este preceito normativo é bastante claro. Em primeiro lugar, invoca um direito-dever¹¹³ inerente aos pais não apenas a sustentarem os filhos, mas também a educarem-nos. Este dever de procederem ao seu sustento cessa, via de regra, quando os filhos atingem a maioridade ou se emancipam, nos termos do art. 1879º do CC. Contudo, esta obrigação poderá prolongar-se se o filho continuar o seu percurso escolar e terminará aquando da conclusão da sua formação profissional, desde que tenha aproveitamento e revele capacidade para frequentar a formação, ao abrigo do art. 1880º do CC.

¹¹² CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo* in Centro de Direito da Família, n.º 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 49.

¹¹³ Quanto a este poder-dever salientam Gomes Canotilho e Vital Moreira que “O direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos (n.º5) são um verdadeiro *direito-dever subjectivo* e não uma simples garantia institucional ou uma simples norma programática, integrando o chamado *poder* paternal (que é uma constelação de direitos e deveres, dos pais e dos filhos, e não um simples direito subjectivo dos pais perante o Estado e os filhos). A natureza de direito-dever subjectivo paternal como obrigação de cuidado parental”. Cfr., CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 565.

Quanto ao direito-dever de educação dos pais, o mesmo não contempla apenas o ensino escolar em si, mas também o próprio ensino que nasce nos lares de cada uma das crianças. Em todo o caso, e como já aludimos no capítulo anterior, a família é a identidade de cada uma das crianças, de cada um de nós.

Por seu turno, esclarece o art. 36º, n.º 6, da CRP que a regra é a não separação dos filhos dos pais, a não ser nos casos em que não cumpram as suas funções enquanto progenitores. Gomes Canotilho e Vital Moreira vão mais longe no seu comentário quanto a este preceito normativo salientando o seguinte: “A garantia de não privação dos filhos (nº 6) e também um *direito subjectivo* a favor dos pais. As restrições a esse direito estão sob reserva da lei (pois compete a esta estabelecer os casos em que os filhos poderão ser separados dos pais, quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais) e sob reserva de decisão judicial quando se trate de separação forçada, contra a vontade dos pais”¹¹⁴.

Quanto ao art. 69º da CRP, o mesmo diz o seguinte:

“1. As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

2. O Estado assegura especial protecção às crianças órfãs, abandonadas ou por qualquer forma privadas de um ambiente familiar normal.

3. É proibido, nos termos da lei, o trabalho de menores em idade escolar”.

O art. 69º da CRP está especialmente direccionado para a infância das crianças, vinculando ao Estado um dever social de protecção das mesmas contra todas as situações que possam condicionar o desenvolvimento não apenas da sua personalidade, mas também das suas capacidades¹¹⁵.

Analisada a função de controlo, apresentamos a função de decisão que é utilizada sempre que insurjam casos de conflito. Dito de outro modo e seguindo de perto as palavras de Maria Clara Sottomayor “1) o interesse da criança como critério de decisão num litígio entre os seus pais (ou entre estes e terceiras pessoas) quanto à guarda da criança e exercício das responsabilidades parentais;”¹¹⁶. Nestes casos, o juiz terá de fazer uma análise objetiva sobre a solução que mais se adequa ao interesse superior da criança.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 566.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 869-870.

¹¹⁶ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *O interesse da Criança e a guarda partilhada nos casos de divórcio in* SEQUEIRA, Elsa Vaz/ SÁ, Fernando Oliveira e (coordenação), *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, p. 559.

Não obstante esta dupla função que caracteriza o conceito do superior interesse da criança, importa salvaguardar que a jurisprudência, com o objetivo de ajudar o julgador no respeito e na concretização deste conceito indeterminado e vago, estabeleceu um conjunto de fatores. Realçamos que este conjunto de fatores que tem vindo a ser exarado nos acórdãos superiores não é taxativo, atendendo à mudança constante que se assiste na nossa sociedade e de cada caso deter a sua especificidade.

Os fatores encontram-se divididos em dois grupos distintos. Por um lado, os fatores relativos às crianças, no qual se insere a idade, o sexo, a manutenção das relações afetivas, a preferência que a criança demonstra, a sua estabilidade emocional.

Por outro lado, temos os fatores que determinam a disponibilidade e capacidade que os progenitores manifestam em satisfazer as necessidades da criança e, conseqüentemente, do superior interesse desta¹¹⁷.

Face ao exposto, dúvidas não restam da importância deste critério do superior interesse das crianças, mormente, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, tema que estamos a investigar.

Contudo, a prossecução deste critério é uma tarefa árdua e muitas vezes inacabada nos nossos Tribunais. Temos várias interpretações deste critério que fogem ao verdadeiro interesse das crianças em prol de interesses divergentes – falamos no interesse dos progenitores¹¹⁸.

Ora, quando o interesse dos progenitores ocupa o lugar de critério, ainda que de uma forma indireta, nos processos de regulação de exercício das responsabilidades parentais, o interesse da criança deixa de ser o cerne do processo para agradar outros interesses que não os seus. Existindo com esta transição uma menorização da criança e do seu sentir. Algo que, como se compreenderá, terá conseqüências nefastas para a vida da criança a nível de desenvolvimento pessoal e psíquico.

Este problema não é uma novidade e isso é preocupante. Várias são as opiniões que se fundam nestas matérias, mas poucos são aqueles que revertem esta tendência nos Tribunais portugueses.

Vejamos, nesse sentido, a opinião de Maria Clara Sottomayor quanto a esta prevalência do interesse dos progenitores ao superior interesse das crianças. Diz-nos esta autora numa das suas obras que “Na

¹¹⁷ Nesse sentido, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, pp. 27-28.

¹¹⁸ A título exemplificativo, atentemos às palavras de Isabel Cunha Gil que salienta o seguinte: “Hoje a nível legislativo, todos reconhecem que a criança tem direito a participar nas decisões que a ela dizem respeito, mas tal participação tem levantado várias dificuldades. Não só pela mentalidade de alguns adultos, que defendem ter o direito de decidir sobre essas questões por entenderem, numa respectiva clássica, que este é um poder dever seu, dos adultos, o de as proteger, e que são os detentores de toda a capacidade para decidirem, capacidade que não é reconhecida às crianças, como, também, por não saberem como por em prática o exercício desse direito, uma vez que este tem que ser adequado à idade e maturidade da criança”. GIL, Isabel Cunha, *Sinfonia do supremo interesse da criança in* Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 26, novembro 2019, p. 9.

prática, o critério fracassa na sua missão de proteger as crianças, porque serve de veículo para conceções não testadas sobre o que é melhor para as crianças, acabando por refletir o interesse dos adultos”¹¹⁹.

As decisões dos Tribunais da Relação têm salientado a importância da primazia do superior interesse da criança em contraposição ao interesse dos progenitores nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. A este propósito observe-se, a título exemplificativo, o acórdão do TRG, de 02 de novembro de 2017, que refere o seguinte: “O critério orientador na decisão do tribunal é o interesse superior da criança e não o interesse dos pais, que apenas deve ser considerado na justa medida em que se mostre conforme àquele”¹²⁰.

Estamos em crer que o interesse dos progenitores também é importante nestes processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, mas não poderá sobrepor-se ao superior interesse da criança.

No nosso entendimento, os fatores que auxiliam o julgador na concretização de um conceito que se encontra em constante mutação como é o do superior interesse da criança, são importantes e não devem ser taxativos, sob pena de comprometerem a eficácia do conceito no caso em concreto. Cada criança é uma criança e cada criança tem a sua história. Acreditamos que o respeito pleno deste critério passa pelo reconhecimento da criança como sujeito titular de direitos e que a mesma tem o direito a ser ouvida, sempre que se encontrem reunidos os pressupostos para a sua concretização como passaremos a analisar *infra*.

2.2 O direito de audição das crianças nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e a sua efetivação na legislação interna e internacional

A audição das crianças, para além de um direito previsto na nossa ordem jurídica, é um dos meios que as mesmas têm para participar de uma forma ativa nos processos que lhe digam respeito, *in casu* importam-nos os da regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Este direito à palavra que a lei concede às crianças é inquestionavelmente um direito que transmite a vontade das crianças e um corolário do princípio do superior interesse da criança.

¹¹⁹ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito...*, *ob. cit.*, p. 50.

¹²⁰ Acórdão do TRG, de 02 de novembro de 2017, processo n.º 996/16.0T8BCL-C.G, relatora Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d571095f50c5a6588025821200595851?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

Ademais, este princípio encontra-se relacionado com o direito de participação, “(...) porque estamos perante uma realidade com duas facetas: a participação da criança no processo decisório que a afecta e a audição que aquela participação implica. O direito de participação e audição constitui um direito complexo integrado por dois feixes de direitos (o de participação e o de audição) que surgem complementados em ordem a uma dupla finalidade: o desenvolvimento integral da criança e a promoção da sua autonomia”¹²¹.

Acrescenta ainda a mesma autora, Alcina Costa Ribeiro, que o direito de participação e audição é, por um lado, autónomo devido à sua estrutura basilar para o desenvolvimento da pessoa em crescimento; e, por outro lado, instrumental quanto ao exercício de outros direitos e princípios das crianças¹²². Quando se fala aqui neste aspeto instrumental do direito de participação e audição pensamos de antemão na efetivação do princípio basilar dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais – o do superior interesse da criança.

Rui Alves Pereira vai mais longe e refere que a concretização deste direito de audição das crianças traduz-se, a saber: “(i) na concretização do direito à palavra e à expressão da sua vontade; (ii) no direito à participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião tomada em consideração; (iii) numa cultura da Criança enquanto sujeito de direitos”¹²³.

Na nossa humilde opinião, o direito de audição das crianças é um direito complexo que comporta mais do que um direito a ser ouvida, a participar, a expressar a sua vontade. É, em grande medida, um reflexo da dignidade humana e um direito determinante para o desenvolvimento da criança, num meio de afetos, no qual o critério supremo é o seu interesse e não interesses alheios ao seu bem-estar. Atendendo ao supramencionado, o direito de audição da criança não deve ser desvalorizado.

Importa recordar que, no plano internacional, a CDC¹²⁴, assenta em quatro pilares fundamentais: o da não discriminação; o do superior interesse da criança; o da sobrevivência e do desenvolvimento e, por fim, o da opinião da criança, ou seja, o direito de audição das crianças também é um dos pilares fundamentais que está na génese dos demais direitos das crianças.

¹²¹ COSTA, Alcina Ribeiro, *Participação e Audição da Criança – O Direito de Participação e Audição da Criança no Ordenamento Jurídico Português*, Data Venia – Revista Jurídica Digital, Ano 3, dezembro de 2015, n.º 4, p. 106, disponível in https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_099-144.pdf [Em linha]. [Consultado a 14 de agosto de 2021].

¹²² *Ibidem*, pp. 106 e 107.

¹²³ Cfr., PEREIRA, Rui Alves, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança*, revista julgar, n.º 37, setembro de 2015, p. 9.

¹²⁴ Adotada por unanimidade em 20 de novembro de 1989 como já tivemos oportunidade de aludir no I Capítulo da presente dissertação.

Deste modo, podemos afirmar que a CDC foi um importante instrumento internacional, na medida em que impulsionou uma nova forma de olhar para as crianças e permitiu que as mesmas fossem consideradas como pessoas titulares de direitos e não subjugadas a poderes superiores a si. Assim, as crianças deixaram de estar vinculadas a uma imagem de vulnerabilidade para um ser tão digno quanto um adulto e um ser capaz de expressar a sua opinião e ter uma participação ativa na sua vida.

A CDC foi acolhida em Portugal através da Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 08 de junho de 1990 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro. O direito de audição e, conseqüentemente, de participação da criança encontra-se previsto no art. 12º, da CDC do qual passamos a transcrever:

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

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

No art. 12º, CDC encontra-se previsto, de uma forma clara e simples, o direito de audição da criança, ou seja, o direito da criança exprimir a sua vontade, sempre que a mesma demonstre capacidade para compreender os assuntos e revele algum grau de maturidade; e que a opinião da criança seja tida em consideração em todos os processos que lhe digam respeito. Sendo certo que o exercício deste direito deve ser assegurado pelos Estados Partes, segundo as regras previstas no seu ordenamento jurídico.

Os Estados Partes desempenham nesta matéria de audição da criança um papel preponderante, sendo uma obrigação legal dos mesmos reconhecer esse direito e garantir a sua efetivação no plano prático. É certo que a criança não é obrigada a manifestar a sua opinião, ela é livre de não exercer este direito. Contudo, esta possibilidade deve ser do conhecimento da criança, sob pena de o Estado não garantir o direito para lá do exarado no papel.

Esta preocupação pela efetivação dos direitos vinculados na CDC, nomeadamente, pelos seus pilares fundamentais, tem vindo a ser manifestada pelo Comité das Nações Unidas dos Direitos da Criança, nos Comentários Gerais nos últimos anos, nomeadamente, nos números 5, 12. Quanto a este último comentário que decorreu no ano de 2009 em Genebra (Suíça), no ponto n.º 79, o Comité reforça a importância do direito de audição e participação da criança para o desenvolvimento da criança, não apenas ao nível da personalidade, mas também das próprias capacidades.

Vários instrumentos jurídicos se seguiram após a CDC e todos com o mesmo propósito: efetivar a aplicação do direito de audição e participação das crianças nos processos que lhes digam respeito. A questão que se prende com esta matéria é saber se, apesar do vasto trabalho desenvolvido com os diversos instrumentos legislativos, foi suficiente para tornar a voz das crianças audível nos Tribunais? Questão que procuraremos responder *infra*.

Retomando a análise pelos instrumentos internacionais, apresentamos a CEEDC que foi adotada em Estrasburgo, a 25 de janeiro de 1996. Foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, tendo sido publicado no Diário da República a 27 de janeiro de 2014, 1ª série, n.º 18.

Logo no art. 1º da Convenção, o legislador foi claro ao referir expressamente no art. 1º, n.º 2¹²⁵, que este instrumento jurídico tem como objetivo o superior interesse das crianças e a promoção dos seus direitos. Facultando às crianças um conjunto de direitos processuais, garantindo o conhecimento das crianças dos assuntos que lhes digam diretamente respeito e a autorização para participarem nos processos.

Merece especial atenção o art. 3º, da CEEDC que consagra o direito de a criança ser informada e de exprimir a sua opinião, dito de outro modo, prevê o direito de audição da criança e participação da criança. Para o efeito, passa-se a transcrever a norma em causa:

“Artigo 3º - Direito de ser informada e de exprimir a sua opinião no âmbito dos processos

À criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar:

- a) Obter todas as informações relevantes;
- b) Ser consultada e exprimir a sua opinião;
- c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão”.

Não menos importante é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, documento solene, com uma linguagem simples e clara, que conseguiu colocar num único diploma todos os direitos civis, políticos, económicos e sociais dos cidadãos da União Europeia. Este documento foi proclamado a 07 de dezembro de 2000 com o objetivo de reforçar a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

¹²⁵ Artigo 1º, n.º 2, da CEEDC: “A presente Convenção, tendo em vista o superior interesse das crianças, visa promover os seus direitos, conceder-lhes direitos processuais e facilitar o exercício desses mesmos direitos, garantindo que elas podem ser informadas, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, e que estão autorizadas a participar em processos perante autoridades judiciais que lhes digam respeito”.

Nesta Carta, os direitos das crianças também ganharam lugar, nomeadamente, o direito de a criança exprimir a sua opinião, ao abrigo do art. 24º, n.º 1, do qual consta o seguinte: “As crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade”.

No ano de 2013, no âmbito das Diretrizes do Comité dos Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça Adaptada às Crianças, foi realçado pelo Conselho da Europa o direito das crianças serem consultadas e ouvidas nos processos que lhe digam respeito. Valorando corretamente a sua opinião, atendendo à sua maturidade e capacidade para compreender o que está a ser discutido. Nesse mesmo Comité foi enaltecida a relevância da posição da criança na sociedade como um ser que deve ser tratado dignamente e titular de direitos e com capacidade para exercer os mesmos, sempre que não haja uma incapacidade que impossibilite o exercício pleno dos seus direitos. Outros cuidados foram assumidos no âmbito das Diretrizes do Comité dos Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça Adaptada às Crianças, mormente, o modo como a audição das crianças deve ser realizado; quais as pessoas envolvidas; a linguagem utilizada pelos profissionais na abordagem com as crianças e a formação multidisciplinar das mesmas.

Concluída esta breve abordagem dos diplomas acima enunciados, podemos afirmar, tal como se pode emanar pelos diversos diplomas internacionais, que o direito de audição e participação das crianças extravasa os limites internos.

Nesta senda, em resposta à concretização do direito de audição em diversos diplomas internacionais, o nosso legislador não ficou indiferente e consagrou o direito de audição e participação da criança, no art. 4º, n.º 1, al. c), n.º 2, e art. 5º, do RGPTC¹²⁶.

O art. 4º, n.º 1, al. c), do RGPTC consagra a audição e participação da criança como um princípio orientador nos processos tutelares cíveis, como são os casos de processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Senão vejamos.

“1- Os processos tutelares cíveis regulados no RGPTC regem-se pelos princípios orientadores de intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo e ainda pelos seguintes:

c) Audição e participação da criança – a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe

¹²⁶ De salientar que apenas merecerão a nossa atenção as normas que se relacionam com o nosso objeto de estudo – os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse”.

Acrescenta ainda o n.º 2 do mesmo preceito normativo que “(...) o juiz aufere, casuisticamente e por despacho, a capacidade de compreensão dos assuntos em discussão pela criança, podendo para o efeito recorrer ao apoio da assessoria técnica”.

A audição da criança enquanto princípio orientador nos processos tutelares cíveis encontra-se prevista no art. 5º, do RGPTC, conforme se segue:

“Artigo 5º - Audição da criança

- 1- A criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse.
- 2- Para efeitos do disposto no número anterior, o juiz promove a audição da criança, a qual pode ter lugar em diligência judicial especialmente agendada para o efeito.
- 3- A audição da criança é precedida da prestação de informação clara sobre o significado e alcance da mesma.
- 4- A audição da criança respeita a sua específica condição, garantindo-se, em qualquer caso, a existência de condições adequadas para o efeito, designadamente:
 - a) A não sujeição da criança a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais;
 - b) A intervenção de operadores judiciários com formação adequada.
- 5- Tendo em vista o cumprimento do disposto no número anterior, privilegia-se a não utilização de traje profissional aquando da audição da criança.
- 6- Sempre que o interesse da criança o justificar, o tribunal, a requerimento ou oficiosamente, pode proceder à audição da criança, em qualquer fase do processo, a fim de que o seu depoimento possa ser considerado como meio probatório nos atos processuais posteriores, incluindo o julgamento.
- 7- A tomada de declarações obedece às seguintes regras:
 - a) A tomada de declarações é realizada em ambiente informal e reservado, com vista a garantir, nomeadamente, a espontaneidade e a sinceridade das respostas, devendo a criança ser assistida no decurso do ato processual por um técnico especialmente habilitado para o seu acompanhamento, previamente designado para o efeito;

- b) A inquirição é feita pelo juiz, podendo o Ministério Público e os advogados formular perguntas adicionais;
- c) As declarações da criança são gravadas mediante registo áudio ou audiovisual, só podendo ser utilizado outros meios técnicos idóneos a assegurar a reprodução integral daquelas quando aqueles meios não estiverem disponíveis e dando-se preferência, em qualquer caso, à gravação audiovisual sempre que a natureza do assunto a decidir ou o interesse da criança assim o exigirem;
- d) Quando em processo-crime a criança tenha prestado declarações para memória futura, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;
- e) Quando em processo de natureza cível a criança tenha prestado declarações perante o juiz ou o Ministério Público, com observância do princípio do contraditório, podem estas ser consideradas como meio probatório no processo tutelar cível;
- f) A tomada de declarações nos termos das alíneas anteriores não prejudica a prestação de depoimento em audiência de julgamento, sempre que ela deva ser possível e não puser em causa a saúde física e psíquica e o desenvolvimento integral da criança;
- g) Em tudo o que não contrarie este preceito, aplica-se, com as necessárias adaptações, o regime processual civil previsto para a prova antecipada”.

Em bom rigor, neste art. 5º, do RGPTC, específico da audição das crianças, o legislador nacional veio reforçar aquela que já é a leitura consagrada nas normas europeias e internacionais.

Salienta quanto a esta norma Tomé d’Almeida Ramião¹²⁷ o seguinte: “Neste preceito reafirma-se o direito da criança a ser ouvida e a ser tida em consideração a sua opinião (...) Trata-se do reconhecimento de um direito da criança, e não de um dever ...”.

Sobre este tópico, incumbe ainda referir que, em sede de processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o art. 35º, n.º 3, do RGPTC determina os pressupostos para a audição da criança. O artigo em apreço merecerá a nossa especial atenção no ponto seguinte.

2.2.1 O artigo 35.º, n.º 3, do RGPTC

Dir-se-á que, *prima facie*, o art. 35º, n.º 3, do RGPTC é o cerne do nosso problema que emerge em torno do direito de audição das crianças, nomeadamente, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Por essa razão, ocupar-nos-á nos próximos pontos nos quais analisaremos

¹²⁷ RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, 4ª ed., Lisboa, Quid Juris?, 2020, p. 30.

os pressupostos que o legislador fixou na norma em causa para a audição das crianças; bem como as insuficiências da mesma.

O art. 35.º, n.º 3, do RGPTC consagra o seguinte: “A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c), do art. 4.º e no art. 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse desaconselhar”.

Desde logo, importa notar quais os pressupostos que o legislador indica como necessários para a audição das crianças, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que se cingem aos seguintes:

- a) A idade da criança superior a 12 anos ou com idade inferior;
- b) A aptidão da criança para entender os assuntos que estão a ser debatidos;
- c) A maturidade da criança.

Quanto ao primeiro pressuposto (a), várias são as questões que nos surgem atendendo à aparente limitação que o juiz coloca na letra da norma. Dito de outra forma, se realizarmos uma interpretação literal parece que o legislador colocou os 12 anos de idade como uma referência, isto é, idade segundo a qual a criança já terá, em princípio, maturidade e discernimento para compreender os assuntos que estão a ser abordados.

Creemos, porém, que esta referência do legislador aos 12 anos de idade faz com que a audição pelo Tribunal só suceda nos casos em que criança tem 12 anos de idade. Daqui resulta que, todas as crianças com idade inferior a 12 anos ficam excluídas desta audição.

Na nossa opinião, o legislador foi cauteloso quando no final do preceito normativo em análise refere expressamente que a criança não deverá ser ouvida pelo Tribunal se a defesa do seu superior interesse ficar comprometido.

Mas, ao mesmo tempo, importa aludir à *praxis* dos Tribunais quanto à audição das crianças. Qual a idade para as crianças serem ouvidas pelos Tribunais? Serão os 12 anos de idade um ponto de partida para assumir a sua obrigatoriedade¹²⁸? Vejamos alguns exemplos de decisões das instâncias judiciais,

¹²⁸ Alertamos que a criança tem o direito de decidir se quer ou não ser ouvida, a obrigatoriedade reside quanto à existência deste direito na esfera das crianças enquanto seres titulares de direitos.

sendo certo que no capítulo seguinte será feita uma análise mais profunda sobre esta questão da idade da audição das crianças.

Em primeiro lugar, exibimos um acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019¹²⁹, no qual ambas as crianças não foram ouvidas pelo Tribunal da 1ª instância, não havendo, como acabou por concluir o Tribunal da Relação, nenhum impedimento à sua audição. Pelo que, mais uma vez, assistimos a uma prática enraizada dos Tribunais em não concederem às crianças, mormente, as de idade inferior a 12 anos – como são as do presente caso – o direito à palavra e à participação nos assuntos que lhes dizem respeito.

Em segundo lugar, surge o acórdão do TRG, de 20 de março de 2018¹³⁰, no qual se constata que a criança foi ouvida, mas tinha à data 14 anos de idade.

Em terceiro lugar, apresentamos o acórdão do TRP, de 22 de novembro de 2016, no qual consta o seguinte: “Como é sabido, a criança deverá ser ouvida sempre que a sua maturidade e idade o permitam, sendo que se poderá afirmar a obrigatoriedade legal da sua audição a partir, pelo menos, dos 12 anos de idade”¹³¹.

Por último, temos o acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018, no qual se pode ler o seguinte: “No âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, o artigo 35º do referido regime impõe a audição da criança com idade superior a 12 anos, ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, audição a realizar nos termos do disposto na al. c) do n.º do artigo 4º e no artigo 5º. Tendo em conta o já estatuído no citado artigo 4º, al. c), não pode entender-se a exigência prevista no artigo 35º senão no sentido de ser obrigatória a audição da criança com idade superior a 12 anos, irrelevando a sua capacidade para compreender os assuntos em discussão, elementos que apenas assumem relevância relativamente a crianças de idade inferior, ressalvadas, obviamente as situações em que o superior interesse da criança desaconselhe a sua audição”¹³².

¹²⁹ Acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, processo n.º 148/19.8T8CNT-A.C1, relator Isaiás Pádua, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f66c3989644c88b2802583f9003d9cec?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

¹³⁰ Acórdão do TRG, de 20 de março de 2017, processo n.º 1910/16.9T8BRG-A.G1, relatora Margarida Sousa, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/64355adc33a0050f8025826c00310c12?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

¹³¹ Acórdão do TRP, de 22 de novembro de 2016, processo n.º 292/12.2TMMTS-A.P1, relator José Igreja Matos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8ab947f59b26aae88025808000599069?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

¹³² Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018, processo n.º 390/08.7TMFUN-F.L1-1, relatora Ana Pessoa, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/93b70027171d003f802583370042f255?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Destarte, e em razão do acima exposto, inegável se torna na nossa opinião que, infelizmente, os 12 anos têm sido observados por alguns julgadores como um mínimo *standard* e esta análise tem limitado um direito supranacional – o direito de audição e participação das crianças como já tivemos oportunidade de aludir *supra*.

É nossa convicção que *in casu* estamos perante uma limitação de um direito do qual as crianças na verdade dispõem. Qual a intenção do legislador com esta menção aos 12 anos de idade? Ora, podemos falar em duas perspetivas distintas, a saber.

Por um lado, o legislador colocou, ainda que indiretamente, os 12 anos de idade como uma referência, um ponto de partida para a realização da audição da criança. No mesmo sentido vejamos as palavras de Alcina Costa Ribeiro: “ (...) poder-se-á dizer, que às crianças ou jovens com idade igual ou superior a 12 anos, é atribuído um grau de autonomia que lhe confere, em alguns actos da sua vida, não apenas o direito a ser ouvida, mas o de participação activa-opinativa, considerada esta como um acto de vontade e de escolha”¹³³.

Ora, e como aludiremos *infra*, o certo é que muitos julgadores assumem que as crianças com idade inferior a 12 anos, não possuem maturidade e capacidade para compreender o que está a ser discutido o que, como analisaremos, não corresponde à realidade.

Por outro lado, o legislador também salvaguarda todas as crianças com idade inferior a 12 anos quando refere: “A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior (...)”. Acreditamos que o legislador quis deixar, mais uma vez, à discricionariedade do julgador a decisão quanto à audição das crianças pelos Tribunais¹³⁴. Esta análise casuística pelo juiz faz sentido, o que não faz sentido é a aplicação de um número de referência (12 anos de idade) para a audição das crianças, uma vez que o direito em apreço está disponível para todas as crianças, desde que revelem capacidade e maturidade para compreender o que está a ser discutido.

¹³³ Cfr., RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança no tempo de criança* in Estudos em homenagem a Rui Epifânio, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010, p. 25.

¹³⁴ Neste conspecto, observemos o disposto no acórdão do TRL, de 17 de novembro de 2015: “(...) cabe ao julgador, no âmbito do poder discricionário que lhe é atribuído por lei, avaliar da necessidade de dar à criança a oportunidade de ser ouvida no processo de modo a poder expressar as suas opiniões. Tal opção do julgador está dependente da maturidade e capacidade de compreensão e expressão dos respectivos interesses por parte da criança, encontrando-se igualmente dependente do critério do julgador decidir sobre a forma considerada adequada para realização dessa diligência”. Acórdão do TRL, de 17 de novembro de 2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7, relatora Graça Amaral, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c25fbf0a08a9fa7e80257f0800508474?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Este pressuposto da idade não é mais do que um critério objetivo do qual o legislador se socorreu para a efetivação deste direito nos Tribunais portugueses apresentando, no nosso entendimento, os 12 anos de idade como uma referência para os julgadores.

Deste modo, todas as crianças com idade inferior aos 12 anos, o legislador consolidou um critério subjetivo que serão, no caso, dois pressupostos: o da capacidade e maturidade das crianças.

Sem mais delongas, apresentamos os últimos dois pressupostos, o da capacidade para compreender os assuntos em discussão e a maturidade. Estes dois pressupostos são basilares para a efetivação da audição das crianças nos processos que lhes digam respeito e, conseqüentemente, imprescindíveis para uma participação ativa das crianças nas questões que lhes digam respeito.

Ambos os pressupostos se interligam e é entendimento pacífico na jurisprudência e na doutrina a relevância destes dois requisitos para a efetivação da audição das crianças nas instâncias judiciais. Para o efeito, vejamos alguns acórdãos dos Tribunais da Relação.

Em primeiro lugar, atentemos ao acórdão do TRL, de 04 de outubro de 2007 no qual consta o seguinte: “A criança com capacidade de discernimento tem o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, designadamente todas as que digam respeito ao exercício do poder paternal, devendo ser devidamente tomadas em consideração as suas opiniões, de acordo com a sua idade e maturidade”¹³⁵.

Não menos importante é o acórdão do TRC, de 14 de janeiro de 2014, que refere o seguinte: “Em processo tutelar comum (...) pode não haver lugar à audição directa de uma menor de 5 anos, por falta de discernimento bastante para exprimir livremente a sua opinião...”¹³⁶.

Dúvidas não nos restam que estes três pressupostos são determinantes para o juiz avaliar se estão reunidas as condições necessárias para a audição da criança, sem colocar em causa o superior interesse da mesma. Contudo, acreditamos que o legislador andou mal ao referenciar os 12 anos na letra da norma. Cada criança é uma criança. Todas possuem níveis de desenvolvimento distintos, a idade é um fator, mas não pode ser limitada aos 12 anos.

¹³⁵ Acórdão do TRL, de 04 de outubro de 2007, processo n.º 5221/2007-8, relator Bruto da Costa, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/612e4f7bebaa951f802573b0005945f4?OpenDocument&Highlight=0,audi%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7a> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

¹³⁶ Acórdão do TRC, de 14 de janeiro de 2014, processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, relator Francisco Caetano, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/949e885bd730306b80257c66003c3323?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Em suma, o direito de audição deve estar acessível a todas as crianças, a idade é apenas um número. O que releva é a capacidade de a criança compreender o que está a ser debatido e revelar um nível de discernimento e maturidade tal que a permitam dar a sua opinião quanto a questões que afetem a sua vida.

De facto, consideramos que estas insuficiências do art. 35º, n.º 3, do RGPTC, conduzem-nos, para além de uma limitação ao exercício de um direito supranacional – o direito de audição das crianças –, a um desrespeito pelo princípio do superior interesse da criança.

Ensina-nos Almiro Rodrigues que o conceito de interesse da criança “(...) só pode definir-se através de uma perspetiva sistémica e interdisciplinar, mas que não pode nunca esquecer e deixar de ponderar o grau de desenvolvimento sócio psicológico do menor, já que o processo de desenvolvimento é uma sucessão de estádios, com características e necessidades próprias”¹³⁷.

Na verdade, o superior interesse da criança é uma norma de competência e uma norma impositiva¹³⁸ e sem o seu respeito de que modo se poderá garantir o exercício dos restantes direitos dos quais as crianças são titulares? Falamos do direito à palavra, do direito à audição, do direito à participação e dos demais direitos que os diplomas não só nacionais como europeus e internacionais prevêm.

Ainda na mesma linha de pensamento, observemos o constante nas Diretrizes do Comité Ministros do Conselho da Europa que teve como temática a justiça adaptada às crianças, adotadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa em 17 de novembro de 2010, no qual referem quanto ao princípio fundamental do interesse superior da criança, no ponto III-B, o seguinte:

“1. Os Estados membros devem garantir a aplicação efetiva do direito das crianças a que o seu interesse superior seja a consideração primordial em todos os assuntos que lhes digam direta ou indiretamente respeito.

2. Ao avaliar o interesse superior das crianças às quais os assuntos digam direta ou indiretamente respeito:

a. Os seus pontos de vista e opiniões devem ser tidos em devida consideração;

¹³⁷ RODRIGUES, Almiro, *Interesse do Menor...*, ob. cit., pp. 18-19

¹³⁸ Esta qualificação utilizada por Melo Alexandrino evidencia a força intrínseca deste critério que deve orientar os processos de regulação de exercícios das responsabilidades parentais e os demais processos que envolvam as crianças. Quando Melo Alexandrino fala no superior interesse da criança como uma norma de competência o que quer dizer é que a mesma tem competência para criar normas ou decisões, quer a favor do legislador, quer a favor do juiz ou da administração tutelar. Por seu turno, quando fala do superior interesse da criança como uma norma impositiva, o Autor quer salientar que a mesma ordena ao juiz e à administração que nas tomadas de decisões que envolvam crianças recorram sempre a este critério – o do superior interesse da criança. ALEXANDRINO, José Melo, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 140 e ss.

b. Todos os demais direitos da criança, nomeadamente o direito à dignidade, à liberdade e à igualdade de tratamento, devem ser sistematicamente respeitados;

c. Todas as autoridades relevantes devem adotar uma abordagem abrangente, que tenha em devida conta o conjunto dos interesses em causa, incluindo o bem-estar psicológico e físico da criança e os seus interesses jurídicos, sociais e económicos.

3. O interesse superior de todas as crianças, às quais um processo ou um caso diga respeito, deve ser avaliado e ponderado separadamente, com vista a conciliar eventuais interesses divergentes das crianças.

4. Se é certo que as decisões finais são, em última instância, da competência e da responsabilidade das autoridades judiciais, os Estados membros devem, sempre que necessário, concertar esforços para estabelecer abordagens multidisciplinares com o objetivo de avaliar o interesse superior das crianças nos processos que lhes digam respeito”.

Resta saber que conclusões poderemos extrapolar destas diretrizes. Parece-nos claro que a atual redação do art. 35º, n.º 3, do RGPTC leva a uma *praxis* nas instâncias judiciais contrária àquela que deveria ser o seu caminho. A nosso ver, ainda um longo trabalho terá de ser impulsionado não apenas nos Tribunais, mas também nas próprias famílias para que a criança possa ser ouvida, em qualquer lugar, sem medos.

A razão para tal imperativo poderá cingir-se a umas breves linhas, para o efeito socorremo-nos das palavras de Isabel Cunha Gil que nos diz o seguinte: “O direito à participação está devidamente consagrado na lei nacional, europeia e internacional, mas a verdadeira efetivação desse direito, o da participação, ainda não é interiorizado por todos os que fazem parte do mundo das crianças. Continuando a assumir uma posição paternalista, achando que o que é feito por elas e para elas é o melhor para elas e que elas não são capazes de expressar a sua opinião. As crianças continuam a ter a necessidade de serem protegidas, mas no seu processo de formação, de crescimento, o objetivo é permitir-lhes, entre outros aspetos, ter uma voz activa no seu projecto de vida, dando-lhe assim a oportunidade de lhes ser reconhecido o efectivo estatuto do sujeito de direitos”¹³⁹.

¹³⁹ Vide, nesse sentido, Gil, Isabel Cunha, *Sinfonia do supremo...*, *ob. cit.*, p. 9.

2.3 A realidade da não audição das crianças e os seus efeitos

Sucedem que, surpreendentemente, o legislador ainda não ponderou todos os aspetos acima elencados, na medida em que o problema da não audição das crianças prevalece no nosso ordenamento jurídico.

Mas antes de passarmos para a aparente inércia da aplicação deste direito de audição das crianças na *praxis* dos nossos Tribunais, importa aludir que a audição das crianças começa dentro de casa. Por outras palavras, os pais devem conceder aos seus filhos a palavra e reconhecer a importância da sua voz, ao longo do seu processo de desenvolvimento. O que nos leva a crer que a génese do problema da não audição não está apenas na letra da norma (art. 35º, n.º 3 do RGPTC), nem na sua aplicação nos processos que correm nas instâncias judiciais, mas nas casas de cada uma das crianças. O que nos leva a questionar o seguinte: ainda existirão casos de famílias, nas quais a única voz é a do pai ou a da mãe, ou de ambos? Estamos em crer que sim, a proclamação da era dos direitos das crianças está, efetivamente, presente nos mais variados diplomas nacionais, europeus e até mesmo internacionais, mas na prática ainda há um longo caminho por percorrer.

Se pensarmos na ausência do direito à palavra nas próprias casas onde as crianças se desenvolvem e onde encontram o seu núcleo afetivo, daqui depreendemos que há ainda um enraizamento do passado do poder do *pater familias* e, ainda, da criança vista como um ser frágil e que deve ser protegido, através do seu silêncio, dando voz aos adultos. Será este o caminho?

Diz-nos Manuela Baptista Lopes o seguinte: “Os conceitos de nível de maturidade, assuntos familiares importantes, grau de autonomia na organização da própria vida são conceitos indeterminados, cuja densificação compete aos pais, ainda que o devam fazer ouvindo a opinião dos próprios filhos de acordo com a maturidade que estes sentem já ter atingido e a avaliação que os próprios filhos façam sobre a importância da sua audição”¹⁴⁰. A mesma autora conclui e, em resposta à nossa questão: “Há, pois, aqui uma margem de arbítrio que dá aos pais uma ampla liberdade de conformação da sua obrigação de audição dos filhos”¹⁴¹.

O que nos leva forçosamente para a contraposição entre os interesses das crianças e o interesse dos seus progenitores, sendo evidente como aludimos *supra* que, via de regra, os que prevalecem são os últimos.

¹⁴⁰ LOPES, Manuela Baptista, *Enquadramento Jurídico-Normativo dos Direitos da Criança em Portugal in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XC, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 342.

¹⁴¹ *Ibidem, idem*.

Já no plano da *praxis* dos nossos Tribunais salienta Maria Clara Sottomayor que “O Direito das Crianças está repleto de interpretações da noção de interesse da criança contrárias ao seu bem-estar e dominadas pelos interesses dos adultos, como a recusa em ouvir as crianças nos processos de divórcio”¹⁴².

Respondendo à questão colocada no início do presente capítulo e reiterando o mesmo: será o problema da não audição das crianças, no âmbito dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, uma clara evidência da estagnação da afirmação dos direitos das crianças nos processos que lhe digam respeito?

Estamos em crer que sim. Torna-se evidente que a produção normativa não é acompanhada pela *praxis* jurídica, nem tampouco pela realidade das crianças. Há uma clara resistência em relação ao direito de audição das crianças nos processos de regulação das responsabilidades parentais. Dúvidas não restam que este problema é gritante e urge ser resolvido, sob pena de entrarmos num profundo declínio quanto aquilo que as crianças sentem em relação aos seus direitos e o século das crianças (século XX) será apenas um século e não mais do que isso.

Face ao exposto, importa perceber junto da jurisprudência quais os efeitos decorrentes da não audição das crianças, nos casos em que se encontravam reunidos os pressupostos para a sua efetivação.

Em primeiro lugar, apresentamos o acórdão do TRL, de 17 de novembro de 2011. No acórdão em apreço surge uma criança (C) que à data da audiência e discussão de julgamento, momento pelo qual a progenitora solicitou a audição do seu filho, à data com 12 anos de idade, foi negado. A razão para a inobservância do exercício do direito de audição a que C tinha direito ficou a dever-se segundo o Tribunal de 1ª instância aos relatórios sociais no qual constava o seguinte quanto ao menor: “(...) este evidencia insegurança, imaturidade afectiva, encontrando-se muito focado nos conflitos parentais, o que dificulta a vivência plena das suas experiências internas e das relações com os outros”¹⁴³. Todavia, o Tribunal *ad quem* entendeu e bem, pelo menos no nosso ponto de vista, que a vontade da criança deveria ser respeitada e, portando deveria haver lugar à audição de C. Desta forma, o Tribunal superior declarou nula a sentença e determinou a audição de C.

Em segundo lugar, surge um caso semelhante ao referido *supra* presente no acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018, no qual dois irmãos, um de 11 anos de idade e outro com 12 anos, não foram ouvidos

¹⁴² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito ...*, *ob. cit.*, p. 42.

¹⁴³ Acórdão do TRL, de 17 de novembro de 2011, processo n.º 3473/05.1TBSXL-D.L1-8, relatora Carla Mendes, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d7bc9220b76f056080257974004328f8?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 28 de agosto de 2021].

pelo Tribunal *a quo*, não havendo nenhum impedimento que obstasse à realização da audição das crianças. O critério pelo qual a juiz do Tribunal *a quo* se guiou para decidir quanto à alteração do exercício das responsabilidades parentais foi os relatórios realizados pelos técnicos que ouviram os menores. O julgador do Tribunal *ad quem* concluiu e, no nosso entendimento bem, que “A inobservância desta formalidade que tem reflexo na decisão da causa, determina a nulidade da decisão, pelo que se impõe a sua anulação para que se proceda à audição dos menores e após deve ser proferida nova decisão, onde deverá ser tido em conta o resultado da diligência ordenada (...) diligência deverá ser levada a cabo no mais curto espaço de tempo possível, por forma a que possa ser salvaguardar-se a solução que melhor acautelará o superior interesse dos menores nas férias que se avizinham”¹⁴⁴.

Em terceiro lugar, apresentamos um acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, no qual o Tribunal *a quo* não respeitou o direito de audição das crianças, apesar da criança Á estar quase a completar, à época, os 11 anos de idade, e E os 9 anos de idade, o Tribunal *ad quem* considerou que o Tribunal *a quo* deveria ter ouvido as crianças quanto ao regime de residência a fixar. Todavia, o Tribunal de 1ª instância fixou a residência alternada, uma semana com a mãe e uma semana com o pai “(...) apenas com base nas declarações dos pais, os quais, como vimos, divergiam quanto a essa questão...”¹⁴⁵. A não audição destas crianças culminou na anulação da decisão recorrida e, conseqüentemente, na ordenação da audição das crianças Á e E. Importa, neste acórdão em apreço, atender às seguintes palavras constantes no sumário do mesmo “V – A não audição de uma criança em processo que lhe diga diretamente respeito, por visar a tomada de medida suscetível de a poder afetar no futuro, não pode ser encarada apenas como um meio de prova, mas antes como a violação de um direito daquela, e como tal podendo vir a conduzir à nulidade de decisão que vier a ser proferida”¹⁴⁶. A decisão consagrada neste acórdão do TRC não é mais do que aquilo que temos vindo a defender. Num único acórdão foi possível detetar várias falhas na aplicação do critério do superior interesse da criança, nomeadamente, a primazia do interesse dos adultos ao invés das crianças; a não audição das crianças com idades inferiores a 12 anos de idade, mesmo quando estas revelem maturidade e capacidade para compreender os assuntos em causa e, simultaneamente, a afronta contra o direito de participação ativa nos processos que lhes

¹⁴⁴ Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018, processo n.º 390/08.7TMFUN-F.L1-1, relatora Ana Pessoa, disponível in <http://www.dgsi.pt/trl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/93b70027171d003f802583370042f255?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 28 de agosto de 2021].

¹⁴⁵ Acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, processo n.º 148/19.8T8CNT-A.C, relator Isaias Pádua, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f66c3989644c88b2802583f9003d9cec?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

¹⁴⁶ *Ibidem*.

digam respeito e afetem a sua vida como é no caso a residência na qual as mesmas irão morar; e, por último, o desrespeito pelas crianças enquanto sujeitos titulares de direitos.

Atendendo à breve análise dos três acórdãos melhor identificados *supra* resta-nos concluir que o problema é o mesmo em todos – a não audição das crianças. Os motivos do não exercício dos direitos pelas crianças são em todos os acórdãos infundados e culminam na anulação da decisão recorrida pelo Tribunal da Relação e pela conseqüente ordenação da audição das crianças. A audição das crianças não significa que a decisão tomada pelo Tribunal deva respeitar integralmente a sua opinião, mas o ponto de vista da criança deverá ser respeitado e apreciado face aos interesses envolvidos, tendo sempre como critério orientador o superior interesse da criança¹⁴⁷.

Isto posto, analisaremos agora o acórdão do STJ, de 14 de dezembro de 2016, que vai mais longe quanto à problemática da não audição das crianças nos processos que as afetem. Apesar de o processo em causa estar diretamente relacionado com um processo de promoção e proteção de três crianças, é de extrema importância em sede do problema a que nos propusemos investigar. Nesse sentido, atentemos ao referido no acórdão em causa: “Não é adequado aplicar o regime das nulidades processuais à falta de audição. Entende-se antes que essa falta afecta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva e, por isso mesmo, processual. Assim sendo, anula-se o acórdão e determina-se que o processo baixe a fim de, ou serem ouvidos os menores, se a sua capacidade de compreensão assim o determinar ou se justificada a sua não audição”. Adita ainda no sumário, ponto V, o seguinte: “V – A falta de audição da criança afecta a validade das decisões finais dos correspondentes processos por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais”

¹⁴⁷ 148 149

Entendimento semelhante foi proferido pelo TRP de 30 de abril de 2020, no qual o relator afirmou o seguinte: “Esta não audição da criança, não justificada, configura, assim, uma falta processual mas também a clara violação de regras de direito material, não devendo o tribunal limitar-se a ver essa omissão numa estrita visão processual, reconduzindo, antes, a falta de audição da criança a uma violação

¹⁴⁷ *Vide*, nesse sentido, Tomé d’ Almeida Ramião que salienta quanto ao artigo 5º do RGPTC o seguinte: “Neste preceito reafirma-se o direito da criança a ser ouvida e a ser tida em conta a sua opinião. Não se exige que a decisão a tomar respeite integralmente essa opinião, mas que seja considerada na ponderação de interesses em causa e que respeite o seu superior interesse – n.º 1”. Cfr., RAMIÃO, Tomé d’ Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível...*, *ob. cit.*, p. 30.

¹⁴⁸ Acórdão do STJ, de 14 de dezembro de 2016, processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível in http://www.dgsi.pt/jsti_nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/083b3a40efc82d16802580890062b3f4?OpenDocument [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

¹⁴⁹ No mesmo sentido pronunciou-se Salazar Casanova quando sublinha que as razões que possibilitam a audição das crianças são de ordem substantivas, no qual o interesse que prevalece é o do superior interesse da criança. Cfr., CASANOVA, Salazar, *O regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança in Scientia Juridica*, tomo LV, n.º 306, abril/junho 2016, p. 236.

inegável ao dito princípio geral com relevância substantiva, e, por isso mesmo, processual, afectando a validade da decisão assim proferida. Note-se que não se esgrime se o menor B foi ouvido ou não em Outubro de 2018 (como invoca o Ministério Público nas suas contra-alegações), o que se esgrime e invoca, pois é indiscutido, é que o menor B..., apesar de ter, à data da decisão recorrida, 12 anos, não foi ouvido quanto à mesma e, além disso, não foi dada qualquer justificação fundamentada para essa não audição do mesmo quanto à decisão que o envolvia directa e pessoalmente”¹⁵⁰.

Não há dúvida que existe uma tendência para a não audição das crianças nos Tribunais portugueses, apesar da vasta legislação que fala deste direito do qual as crianças são titulares e do dever intrínseco aos tribunais de respeitarem este direito à palavra, à sua voz, nos assuntos que, de certo modo, afetam a vida das crianças.

Como explica Paulo Guerra a “(...) não audição da criança, não justificada, configura, assim, uma falta processual mas também a clara violação de regras de direito material, tal como exaustivamente já aqui se deixou escrito, não devendo um tribunal limitar-se a ver esta omissão numa restrita visão processual, reconduzindo, antes, a falta a uma violação inegável da sua intrínseca validade substancial...”¹⁵¹.

No que concerne à não audição das crianças, há um importante Regulamento do Conselho Europeu n.º 2201/2003, no seu art. 23º, al. b), que refere expressamente o seguinte: “Uma decisão em matéria de responsabilidade parental não é reconhecida:

b) Se, excepto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normais processuais fundamentais do Estado-Membro requerido;”.

Neste conspecto, quantas decisões dos Tribunais portugueses não seriam reconhecidas por outros Estados-Membros por força da não audição das crianças? Não temos dúvidas que seriam muitos.

Do mesmo modo, dos vários acórdãos acima enunciados, quais seriam os seus resultados se não tivessem subido para a apreciação destes Tribunais? Parece-nos óbvia a resposta, nenhuma daquelas crianças teria tido direito à palavra, a fazer-se ouvir quanto a assuntos que afetam a sua vida. Quantas mais serão necessárias não serem ouvidas para alterarmos o paradigma vigente? É muito mais do que uma mera violação ao direito de audição das crianças, é a violação da sua dignidade, aos seus direitos e no topo de todos esses direitos que conflituam com os das crianças deveríamos encontrar o superior

¹⁵⁰ Acórdão do TRP, de 30 de abril de 2020, processo n.º 371712.6TBAMT-F.P1, relator Jorge Seabra, disponível in <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4eaf2813ee72a8748025857a0049c6a6?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

¹⁵¹ GUERRA, Paulo, *A audição das crianças em tribunal – e quando não se ouvem?* In *Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível*, 1ª ed., Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 88, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_ORGTPC.pdf [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

interesse da criança e não interesses alheios àquilo que elas sentem, àquilo que poderá ser o melhor para a sua vida nas mais diversas esferas.

Dúvidas não restam que este problema é gritante e urge ser resolvido, sob pena de entrarmos num profundo declínio quanto aquilo que as crianças sentem em relação aos seus direitos. Em suma, o século das crianças (século XX) será apenas um século e não mais do que isso.

CAPÍTULO III – NA BUSCA DAS RESPOSTAS AO PROBLEMA DA NÃO AUDIÇÃO DAS CRIANÇAS

Como temos vindo a exarar ao longo do trabalho, o problema da não audição das crianças é uma realidade latente nas instâncias judiciais portuguesas. Este problema acarreta consigo, de um modo inevitável, a descrença da efetivação de outros direitos das crianças, dos quais se destacam os seguintes: o direito à palavra; o direito à igualdade; o direito à dignidade humana. Por último, mas não menos importante, o direito a ser-se criança com direitos. Contudo, é nossa convicção que este dilema é passível de ser resolvido.

Para o efeito, objetivamos neste III capítulo um olhar atento e crítico ao regime português. Seguidamente far-se-á uma breve comparação do nosso regime, em matéria de audição das crianças, com o regime espanhol, bem como com o regime francês. Por fim, analisar-se-ão os possíveis caminhos para efetivar a aplicação do direito de audição das crianças.

3.1 Análise crítica do regime português

Como aludimos *supra* o direito de audição das crianças está longe de ser um direito praticável nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Nesse sentido, importa entender qual a posição que a doutrina defende quanto ao exercício deste direito.

3.1.1 Querela doutrinária

Quanto ao problema da não audição das crianças as opiniões na doutrina são dissonantes. Ora, vejamos.

Alcina Costa Ribeiro defende que a audição da criança, independentemente do sentido que se adote, é obrigatória¹⁵². Reforça ainda que “O novo modelo de justiça para as crianças e jovens consagra o direito de participação e audição da criança que não pode continuar a ser perspectivado como uma mera formalidade a cumprir”. Alcina Costa Ribeiro vai mais longe quanto a este direito referindo que: “Mais do que se proclamar, em abstracto, o direito que cada criança tem de ser ouvida, deve interiorizar-se e assumir na prática, o correlativo dever de a participação e audição da criança conhecer, de conhecer a

¹⁵² RIBEIRO, Alcina Costa, *Participação e Audição da Criança*, *ob.cit.*, p. 142, disponível in https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_099-144.pdf [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

sua verdadeira história de vida, de valorar a sua palavra, impondo-se ao decisor que vá ao seu encontro e não esperar que alguém a faça chegar até ele”¹⁵³.

Face ao exposto, dir-se-á que, primeiramente, Alcina Costa Ribeiro também demonstra uma preocupação pelo problema da não audição das crianças no nosso ordenamento jurídico. Enaltecendo, como vimos, que a audição não pode ser encarada como uma mera formalidade. Essa é também a nossa convicção, a audição é acima de tudo um direito do qual todas as crianças são titulares.

Sucedem que, e tal como referimos, no nosso entendimento, os doze anos de idade são vistos pelo julgador como um ponto de partida para a audição acabando em muitas situações por não ouvir as crianças com idade inferior aos 12 anos de idade. Sendo certo que, o legislador apenas tentou delimitar a idade como uma forma de salvaguardar que a partir dos 12 anos de idade as crianças já têm, em princípio, todos os requisitos necessários para serem ouvidas nos processos que a afetem, nomeadamente, no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Nessa senda, observe-se que o entendimento de Alcina Costa Ribeiro refere o seguinte: “Não se pode presumir dos direitos de participação e audição que directa e expressamente emergem da lei para as crianças com idade igual ou superior a 12 anos, que o legislador tencionou estabelecer uma regra geral de incapacidade das crianças – com idade inferior àquela – para formar e exprimir a sua opinião”¹⁵⁴. Todavia, a prática dos nossos Tribunais evidencia o contrário¹⁵⁵.

Sem embargo, cumpre mencionar aquela que é a posição defendida por Joaquim Manuel da Silva que “Culturalmente está assumido, por profissionais da justiça e família das crianças, que a vinda das crianças ao Tribunal para prestar declarações é um maltrato. É sujeitá-las a um stress excessivo. Já basta o que vivem no seu ambiente. E assume-se que o processo pode perfeitamente decorrer sem essas declarações, assumidamente no sistema como pouco relevantes”¹⁵⁶.

Por outro lado, quanto à posição adotada por alguns Tribunais, Maria Clara Sottomayor defende que “(...) tem presumido que uma criança com pouca idade não tem capacidade para ser ouvida, mesmo sem exames psicológicos que comprovem a sua falta de maturidade. Julgamos, diferentemente, que a interpretação das normas mais adequada à letra e ao espírito da lei é a inversa: a lei consagra um princípio geral de audição obrigatória no art. 4.º, al. i), o qual só pode ser derogado através da prova de

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 142 – 143.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 141.

¹⁵⁵ *Vide*, pp. 48 e 54 - 55.

¹⁵⁶ Cfr., SILVA, Joaquim Manuel da, *A audição da criança em Tribunal nos processos que lhes digam respeito é um tema recorrente e permite a elaboração de artigos que qualidade, é verdade. Mas terá algum reflexo substancial na prática dos tribunais?*, disponível in <http://ordemdosadvogados.impresa.pt/oa-09/destaque-opinioao>, [Em linha]. [Consultado a 04.09.2021].

que a criança não tem maturidade ou capacidade para exprimir a sua vontade, ou de que a audição a prejudica psicologicamente”¹⁵⁷.

Reforça ainda, Cristina Dias que “A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos no art. 4º/c) e no art. 5º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar (art. 35º/3)”¹⁵⁸.

Face ao exposto dúvidas não nos restam que a audição das crianças é um direito do qual as mesmas são titulares. Pelo que, estando reunidos os pressupostos que a lei prevê, nomeadamente a maturidade e a capacidade para compreender o que está a ser discutido, não pode a criança deixar de ser ouvida, sendo essa a sua vontade.

Para além disso, este direito que a nossa lei concede às crianças é também ele uma salvaguarda do superior interesse da criança. Não nos podemos esquecer que os processos de regulação do exercício das responsabilidades surgem, na maioria dos casos, em contextos familiares nos quais um dos progenitores não aceita o divórcio e as crianças são usadas, perdoem-nos a expressão, como arma de arremesso para se fortalecerem. Contudo, a criança tem direito a manifestar a sua posição quanto àquela que será a sua vida dali em diante, longe do conflito parental.

Ainda nesta linha de pensamento, Rui Alves Pereira e Ana Catarina Fialho esclarecem-nos que “Na verdade, ouvir a criança não significa, naturalmente, utilizá-la como testemunha de um dos progenitores, mas antes concretizar o direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta, o que só poderá ser verdadeiramente aquilatado e ponderado se houver lugar à sua audição”¹⁵⁹.

No que concerne à idade, importa atender que antes da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro¹⁶⁰, exigia-se que as instâncias judiciais ouvissem todas as crianças com idade superior a 12 e relativamente aquelas com idade inferior fosse ponderada a audição das mesmas. Por outras palavras, vigorava o critério objetivo – o da idade.

¹⁵⁷ Vide, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, *ob. cit.*, p. 113.

¹⁵⁸ Cfr., DIAS, Cristina Araújo/ BARROS, João Nuno/ CRUZ, Rossana Martingo (coordenadores), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 293.

¹⁵⁹ Vide, PEREIRA, Rui Alves/ FIALHO, Ana Catarina, *Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e de Responsabilidades Parentais*, Revista Julgar, n.º 37, janeiro/ abril, 2019, p. 150.

¹⁶⁰ A Lei 141/2015 aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Atualmente, o legislador teve o cuidado de colocar os 12 anos de idade apenas como uma referência e não como um ponto de partida para a audição das crianças, como temos vindo a defender. Esta referência aos 12 anos de idade, tal como consta no Manual de Audição da Criança, encontra-se plasmada em várias legislações europeias por se encontrar associada “(...) à capacidade de discernimento...”¹⁶¹.

Contudo, a prática dos Tribunais está longe de acompanhar o desenvolvimento e a preocupação que o legislador português desde cedo demonstrou com a problemática da não audição das crianças nos Tribunais portugueses.

Perfilhamos o entendimento de Fátima Silveira que diz que tem “(...) de ser intensificado um novo olhar sobre a criança neste tipo de processos. A criança foi transposta para um outro patamar processual. Deixou já de ser como que apenas o “objeto” do processo, mas sim o centro do processo. Tem voz no processo. Não é uma testemunha dos seus progenitores. O seu ponto de vista deve ser levado em conta no processo de tomada de decisão, isto é, participa no processo de formação da decisão que a afeta”¹⁶².

Por último, partilhamos a opinião de Teresa Leal quanto à importância da audição das crianças, sobretudo no nosso ordenamento jurídico, sendo inegável que a sua importância extravasa as fronteiras do nosso país. Nesse sentido, atentemos às suas palavras: “O direito da criança a ser ouvida e a exprimir a sua opinião encontra-se consagrado nos arts. 12º e 13º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Portugal, como país subscritor, está obrigado ao cumprimento das directrizes ali estabelecidas. A criança tem direito a ser ouvida e a sua opinião deve ser tida em consideração nos processos que lhe digam respeito e a afectem. Este é um direito que não pode ser visto só por si mas que deve ser tido em conta na interpretação de todos os outros direitos”¹⁶³.

E é com a certeza de que a audição é necessária e fundamental para o desenvolvimento saudável e respeitoso da sua identidade que avançamos para a análise jurisprudencial.

¹⁶¹ Instituto da Segurança Social, I.P. e Departamento de Desenvolvimento Social e Programas – Unidade de Infância e Juventude (DDSP/UIJ), *Manual da Audição da Criança – Direito a ser ouvida*, Lisboa, 2017, p. 17, disponível in https://www.seg-social.pt/documents/10152/15142806/Manual+AC_V_revista+7+mar%C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016 [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

¹⁶² GUERRA, Paulo (organização), *Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível*, e-book do Centro de Estudos Judiciários, 1ª edição, julho 2019, p. 80, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_QRGTPC.pdf [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

¹⁶³ LEAL, Teresa, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, tomo I, E-book do Centro de Estudos Judiciários, julho de 2014, p. 173, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civil_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

3.1.2 Antagonismo jurisprudencial

O principal desígnio que esteve subjacente a este antagonismo jurisprudencial é, na nossa humilde opinião, a idade – os 12 anos de idade - com a qual os Tribunais habitualmente ouvem as crianças. Como veremos *infra* facilmente se consegue traçar duas posições distintas nos Tribunais portugueses. Por um lado, os Tribunais que ouvem as crianças com menos de 12 anos de idade. Por outro lado, os Tribunais que não ouvem as crianças com menos de 12 anos de idade.

Nesta análise pela jurisprudência iremos atender também à fundamentação espalhada nos acórdãos para justificar a audição das crianças e, noutros casos, a não audição das mesmas. De notar que, se muitas decisões não chegassem aos Tribunais da Relação muitas crianças hoje estariam reféns dos interesses e caprichos dos seus pais, vítimas de um conflito que se perpetuaria para lá da sua infância e adolescência, com consequências inegavelmente irreversíveis.

Nesta linha avançamos para a análise de alguns acórdãos, nos quais os Tribunais da Relação defenderam o direito de as crianças com idade inferior a 12 anos de idade serem ouvidas pelo julgador, não apenas como uma garantia do princípio da dignidade humana, mas também num respeito pelos vários instrumentos jurídicos que consagram expressamente o direito das crianças a serem ouvidas.

Em primeiro lugar, apresentamos o acórdão do TRG, de 17 de dezembro de 2020¹⁶⁴, no presente caso foi instaurada uma ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais, no Juízo de Família e Menores, contra o pai de um menor residente em Portugal, sendo a progenitora, requerente, residente na Suíça. Inicialmente, não foi obtido o acordo por parte dos progenitores na conferência de pais (art. 35º, n.º 1, do RGPTC), quanto à residência da criança. A criança acabou por ser ouvida numa diligência posterior, à data com 9 anos de idade. À data da sua audição foi fixado pelo Tribunal *a quo* um regime provisório quanto à regulação das responsabilidades parentais ficando fixado, nomeadamente, que a criança ficaria a residir em Portugal, com o pai. Sucede que, a mãe acompanhada pelo Ministério Público, recorreram da decisão provisória, na qual o Tribunal *ad quem* acabou por regular também provisoriamente, tendo determinado como a residência habitual da criança com a mãe, portanto, na Suíça.

¹⁶⁴ Acórdão do TRG, de 17 de dezembro de 2020, processo n.º 784/18.0T8FAF-A.G1, relator Paulo Reis, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c5cfaf3eecf5f0548025865d005334fc?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

Sucedem que, os pais da criança não se entendiam relativamente à residência a fixar, o pai requereu a audiência do seu filho na audiência de julgamento. O juiz ouviu a criança, à data, com 10 anos de idade. Após a audiência da mesma o mandatário do progenitor requereu que a audiência da criança não fosse considerada, porque as suas declarações não eram verdadeiras. Para o efeito, requereu que fosse agendada uma nova data para a audiência da mesma. Pedido esse que acabou por ser indeferido, recorrendo o pai da decisão.

Várias questões se levantam neste caso em particular:

- a) Pode um progenitor influenciar a decisão de um filho?
- b) Quais os métodos que o juiz tem ao seu poder para detetar a linha tênue da manipulação dos interesses dos pais e o verdadeiro interesse da criança?

Esta questão assume um caráter crucial em matéria de audiência das crianças, uma vez que se as suas declarações forem consequência da manipulação de um dado resultado ou interesse de um progenitor, a mesma corresponderá tão só ao interesse deste e não ao da criança. Acreditamos que estas situações sejam decorrentes. Situações das quais os pais colocam uma pressão aos seus filhos ou uma espécie de chantagem para corresponderem às suas expectativas e interesses, que os impossibilita de terem a capacidade de dar voz àquilo que verdadeiramente sentem. E isso está ligado ao dever de lealdade intrínseco para com aquele progenitor.

Não temos dúvidas que as crianças devam ser a voz das suas vidas e usarem da mesma enquanto sujeito titular desse mesmo direito. Contudo, como reage um pai ou uma mãe quando um filho diz ao Tribunal que não quer estar com um deles por tanto tempo ou que simplesmente não quer estar na presença daquele pai ou daquela mãe? Quando na verdade nada fazia prever tal declaração e a criança mostrava apreço e carinho por ambos. Aqui parece-nos que, para lá do que os pais possam sentir, temos uma criança com mágoa e sofrimento por ter agradado um dos pais, mas por ter magoado o outro – acreditando que aquela terá sido a melhor decisão, porque foi alimentada aquela convicção.

Este exemplo é o reflexo do problema do conflito dos progenitores para lá do processo de divórcio, no qual se extravasam todos os limites imagináveis. Utilizando como arma de arremesso a criança, consciente ou inconscientemente e, nestas circunstâncias, as crianças não se sentem donas da sua própria vida, mas sim de um conflito interno dos seus progenitores, do qual não têm culpa, nem responsabilidade. Falamos, pois, de crianças instrumentalizadas.

No entanto, a segunda questão parece-nos igualmente complexa e de difícil resposta. Sabemos que há uma equipa paralela aos Tribunais, desde os assistentes sociais, aos psicólogos, aos médicos psiquiatras. Todavia, acreditamos que nem sempre é possível destrinçar quando a criança está a expressar livremente a sua vontade, sem qualquer manipulação, e quando a criança está a dar voz a interesses de terceiros. Por esse motivo, é nossa convicção que nestes casos de dúvida, a criança deveria ser ouvida novamente. Acreditamos que apenas desta forma se acautelaria que o Tribunal decidisse orientado pelo interesse de um dos progenitores ou então que os pais tivessem tempo suficiente para persuadir os sentimentos da criança. A título exemplificativo, agendar a audição da criança poucas horas após a conferência de pais.

Não menos importante é a questão da idade, com a qual esta criança foi ouvida pelo Tribunal, no caso, com 10 anos de idade. A posição defendida no acórdão em apreço é aquela que acreditamos que será o verdadeiro guia do paradigma da mudança – na qual a criança deixa de ser submissa para ganhar a sua própria voz sobre os processos que lhes diga respeito. Pode-se ler no ponto III do sumário do acórdão o seguinte: “Na generalidade das situações a prossecução do interesse da criança passa necessariamente por considerar a opinião da criança ou do jovem de acordo com a maturidade que evidencia, o que no caso em apreciação resulta indiscutível visto tratar-se de uma criança com 10 anos, com maturidade e capacidade de discernimento, a quem assiste o direito de ser ouvido sobre as questões que lhe assistem, à luz dos princípios da audição e participação (...)”¹⁶⁵.

Em segundo lugar, surge o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de outubro de 2017¹⁶⁶, no qual de uma forma resumida se refere que inicialmente ficou regulado por acordo, datado de 13 de abril de 2010, o exercício das responsabilidades parentais da criança, no qual se acordou, designadamente, que a mesma residiria com a mãe.

Anos mais tarde, a 30 de maio de 2017, realizou-se uma conferência de pais no qual se alterou o regime fixado, ainda que provisoriamente, segundo “(...) as declarações do menor e consignando que as mesmas foram prestadas com maturidade adequada à idade e devidamente fundamentadas de forma segura, considerando ainda a necessidade de garantir as diligências necessárias ao início do próximo ano lectivo”, no qual se fixou que a residência da criança passaria a ser junto do progenitor.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ Acórdão do TRP, de 26 de outubro de 2017, processo n.º 572/16.8T8ETR-E.P1, relatora Vieira e Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6a2a5243c4aa910d802581d900357624?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

Importa aqui reter que o menor foi ouvido já com 13 anos de idade, revelando maturidade e capacidade para compreender o que estava a ser discutido expressando a sua vontade de viver com o seu pai, no qual o Tribunal *ad quem* refere, em síntese, que a sua vontade se ficou a dever ao agregado familiar do seu pai para um pré-adolescente acaba por ser mais estimulante, uma vez que a esposa do seu pai tem três filhos e dois deles com idades próximas da criança. Ao passo que na casa da mãe não encontra esta possibilidade de convívio com crianças, adolescentes da mesma idade e, por vezes, a mãe não pode estar presente por razões laborais ficando a criança apenas com pessoas femininas.

Em terceiro lugar, veja-se o Acórdão proferido pelo TRP, de 22 de novembro de 2016¹⁶⁷, no qual a mãe de D, em sua representação, deduziu incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais contra o seu progenitor, alegando que este último não cumpriu com o regime de visitas fixado provisoriamente, bem como o período que compreende as férias escolares natalícias de 2015. O pai da criança justificou-se referindo que o seu filho não se deslocou para junto da mãe que se encontrava em Inglaterra, porque não quis, apresentando para o efeito um parecer da técnica de saúde que acompanha a criança. Todavia, o incidente de incumprimento foi julgado procedente e o pai acabou por recorrer invocando várias questões, e para o que aqui importa, a questão da não audição da criança.

Ora, no caso em concreto, a criança tinha à data da conferência de pais, 13 anos de idade, não existindo nenhum impedimento que obstasse à audição da criança. A criança tinha capacidade de discernimento e maturidade para compreender o que estava a ser discutido. Curioso é que a fixação de um regime provisório de visitas à mãe e o período de férias de Natal de 2015, ficou a dever-se à audição da criança na conferência de 15 de maio de 2015. Pelo que, não se compreende como se pode ter ignorado a sua ausência de vontade para viajar junto da sua mãe.

Nesta senda, há aqui uma questão que urge levantar: por que motivo ignorou o Tribunal esta mudança de vontade do menor? Preferindo condenar o pai deste em multa, num valor de €500,00 (quinhentos euros), ao abrigo do disposto no art. 41º, n.º 1, do RGPTC e, conseqüentemente, ao pagamento de uma indemnização à mãe da criança pelo custo da viagem por esta suportada, no montante de €232,48 (duzentos e trinta e dois euros e quarenta e oito cêntimos). Será esse o caminho mais fácil? Agilizar os processos, sem ouvir a criança? Sendo certo, que a criança seria aquela que melhor saberia responder aos motivos subjacentes ao incumprimento ocorrido.

¹⁶⁷ Acórdão do TRP, de 22 de novembro de 2016, processo n.º 292/12.2TMMTS-A.P1, relator José Igreja Matos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8ab947f59b26aae88025808000599069?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

Na nossa humilde opinião, ocorreu uma única audição da criança neste processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, porque a criança já tinha mais de doze anos e, por força do disposto no art. 35º, n.º 4, do RGPTC, o Tribunal viu-se obrigado a respeitar o preceito normativo. Todavia, isso explica a não realização da audição da criança neste incumprimento. O Tribunal *ad quem*, acaba por referir no Acórdão que “A decisão do Tribunal de não proceder a tal audição, sequer em sede de aferição das razões para um alegado incumprimento, explica a não prova dos factos acima relatados; mas, por assentar na preterição de uma diligência que seria exigível quer à luz do caso concreto quer à luz do que são os ditames mais recentes da lei e da doutrina, teremos que atribuir a essa omissão consequências relevantes em sede de aferição do incumprimento pelo ora recorrente”. Esta conclusão do Tribunal superior é, na nossa opinião, louvável pois não pode um pai ser condenado, sem ter sido dada oportunidade à criança de ser ouvida pelo Tribunal.

No entanto, neste Acórdão, é visível uma corrente que acreditamos que se encontra enraizada na nossa jurisprudência – a audição é obrigatória para todas as crianças que tenham, pelo menos, 12 anos de idade, ficando este critério objetivo prevalecente em relação aos demais (ao da capacidade e maturidade para compreender o que está a ser discutido). Para o efeito, vejamos o que consta no Acórdão: “Como é sabido, a criança deverá ser ouvida sempre que a sua maturidade e idade o permitam, sendo que se poderá afirmar a obrigatoriedade legal da sua audição a partir, pelo menos, dos 12 anos de idade”¹⁶⁸. A nosso ver, os Tribunais ao adotarem esta prática nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais estão a limitar a audição das crianças com idade inferior a 12 anos de idade e não é esse o entendimento perfilhado pelo nosso legislador, nem tampouco, pelas demais legislações europeias. A criança é um sujeito titular de direitos, dos quais, o da audição nos processos que lhes digam respeito, desde que sejam portadoras de maturidade e capacidade para compreender o que está a ser discutido.

Não nos restam dúvidas que não há mínimo de idade, mas sim critérios, que têm de ser respeitados e, em momento algum, a audição da criança poderá prejudicar o superior interesse desta. Em todo o caso, a verdade é que as legislações europeias não apresentam uma idade específica para a obrigatoriedade da audição, antes se baseiam na noção de criança presente na CDC, que refere: “Nos termos da presente convenção, Criança é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”¹⁶⁹. Estamos em crer que nesta noção

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

encontramos as respostas para colmatar as decisões dos Tribunais que silenciam as vozes de todas as crianças com idades inferiores a 12 anos, mesmo tendo as mesmas capacidade e maturidade para compreender o que está a ser discutido acerca das suas vidas.

Ainda relativamente a esta corrente que se tem vindo a manifestar nos Tribunais portugueses, pronunciou-se o Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018¹⁷⁰, referindo, e bem, que “Tendo em conta o já estatuído no citado artigo 4º, al. c), não pode entender-se a exigência prevista no artigo 35º senão no sentido de ser obrigatória a audição da criança com idade superior a 12 anos, irrelevando a sua capacidade para compreender os assuntos em discussão, elementos que apenas assumem relevância relativamente a crianças de idade inferior, ressalvados, obviamente as situações em que o superior interesse da criança desaconselha a sua audição”. Ora, aqui está uma boa interpretação feita pelo julgador à norma que estabelece o direito de audição das crianças (art. 35º, do RGPTC).

No caso presente no Acórdão estamos perante um incidente de alteração do exercício das responsabilidades parentais, no qual o Tribunal *a quo* omitiu o direito de as crianças serem ouvidas. Importa ter em conta que uma das crianças, o Afonso, tinha à data 12 anos de idade, ao passo que o João contava com 11 anos de idade. Sendo certo que o João dispunha de capacidade para entender o que estava a ser discutido, tal como é referido num relatório junto aos autos.

O Tribunal *ad quem* acaba por ir mais além quanto à inobservância desta formalidade legal referindo que “(...) não se afigura curial a audição de apenas um dos irmãos, numa matéria que diz respeito aos dois, apenas por um deles não ter ainda perfeitos os 12 anos de idade”¹⁷¹. Acrescentando ainda, o seguinte: “Ler que os menores terão dito a técnicos com intervenção no processo não é ouvir os mesmos – não concede ao Tribunal todos os poderes de averiguação, todos os elementos que da audição presencial podem advir, designadamente acerca das razões e eventuais objecções que os mesmos tenham a expor relativamente aos pontos em discussão. Tem de ser levada a efeito pelo Tribunal, nos termos previstos no citado artigo 5º, para que possa o Tribunal assegurar-se, de forma imediata e direta, primeiro de que os menores percebem bem o que está em causa, segundo, que sem qualquer constrangimento, expressaram a sua real vontade acerca dos assuntos que estão em discussão. A inobservância desta formalidade que tem reflexo na decisão da causa, determina a nulidade da decisão, pelo que se impõe a sua anulação para que se proceda à audição dos menores e após deve ser proferida,

¹⁷⁰ Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018, processo n.º 390/08.7TMFUN-F.L1-1, relatora Ana Pessoa, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/93b70027171d003f802583370042f255?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

¹⁷¹ *Ibidem*.

onde deverá ser tido em conta o resultado da diligência ora ordenada, ficando prejudicado o conhecimento das demais questões suscitadas”¹⁷².

Exemplo paradigmático da não audição das crianças com idades inferiores a 12 anos, num processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, é também o Acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019¹⁷³, no qual os pais, apesar da fixação de um regime provisório não se entendiam quanto a residência dos seus filhos Á e E, de 10 e 8 anos de idade, respetivamente.

No entanto o Tribunal *a quo* decidiu que as crianças ficariam uma semana com a mãe e outra com pai, sem ouvir estas crianças, apesar de as mesmas não terem nenhum impedimento que obstasse à sua realização, quer a nível da capacidade para compreender o que estava a ser discutido, quer a nível da maturidade. Em suma e tal como concretiza o Tribunal *ad quem* “(...) faltando o acordo dos pais, a intervenção judiciária com vista a uma solução hétero-compositiva, indispensável para estabilizar a situação de conflito e proteger o interesse do menor, será necessariamente frágil e incompleta”. Isto leva-nos a concluir que a eficácia da decisão está dependente não só da audição das crianças de forma a respeitar o superior interesse da criança, mas também por “(...) uma cooperação sensata entre os progenitores...”¹⁷⁴.

Nesta linha de rigor, dúvidas não nos restam que o Tribunal *ad quem* andou bem ao decidir pela audição das crianças – algo que, aliás se impunha, por força do impacto que estas decisões têm na vida das crianças.

A respeito da idade das crianças o Tribunal da Relação de Coimbra foi muito claro ao referir que “E não se diga que os mesmos têm idade inferior a 12 anos. É que indo o menor Á... a caminho de perfazer os 11 anos de idade e a menor E... os 9 anos de idade, afigura-se-nos (nada transparecendo dos autos em contrário) que os mesmos já disporão de capacidade/maturidade mínima suficiente para compreender o alcance dessa questão/medida”¹⁷⁵.

Como corolário deste raciocínio, estamos em crer que há um reconhecimento por parte da jurisprudência que muitos Tribunais não ouvem as crianças com idades inferiores a 12 anos de idade – tese que, aliás, temos vindo a analisar ao longo do presente trabalho e que muito nos preocupa. Por um

¹⁷² *Ibidem*.

¹⁷³ Acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, processo n.º 148/19.8T8CNT, relator Isaias Pádua, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f66c3989644c88b2802583f9003d9cec?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *Ibidem*.

lado, pela limitação do exercício de um direito do qual as crianças são titulares. E, por outro lado, pela ausência da audição poder ser a causa da destruição dos sonhos de tantas crianças.

Esta preocupação pela audição das crianças, independentemente das suas idades serem inferiores a 12 anos de idade, desde que tenham capacidade e maturidade para compreender os assuntos que estão a ser discutidos, também ficou exarada num Acórdão do STJ, de 14 de dezembro de 2016, do qual passamos a transcrever: “O exercício do direito de audição, enquanto meio privilegiado de prossecução do superior interesse da criança, que consabidamente norteia processos como o presente, está naturalmente dependente e relacionado com a maturidade da criança em causa. A lei portuguesa actual – cfr. Artigos 4º, i) e 84º da Lei nº 147/99 de 1 de setembro, na anterior e na actual redacção, que lhes foi dada pela Lei nº 142/2015, de 8 de Setembro de 2015, e artigos 4º e 5º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei nº 141/2015, de 8 de Setembro, que se aplica aos processos pendentes à data da sua entrada em vigor (artigo 5º da Lei nº 141/2015), -, seguindo os diversos instrumentos internacionais vinculativos (ou não) do Estado Português, alterou a forma de determinar a *obrigatoriedade* de audição da criança. Onde dantes se estabelecia como obrigatória a audição da criança com mais de 12 anos “ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe” (nº 1 do artigo 84º da Lei nº 147/99), diz-se agora que a criança deve ser ouvida quanto tiver “capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade” art. 4º, c), do Regime Geral do Processo Tutelar Cível). Se antes da entrada em vigor da Lei nº 141/2015 se exigia que o tribunal ouvisse as crianças com mais de 12 anos e, quanto àquelas que tivessem idade inferior, ponderasse a sua maturidade e justificasse a decisão de não as ouvir – salvo se a criança tivesse uma idade em que é notória essa falta de maturidade, naturalmente –, após a sua entrada em vigor essa ponderação não pode deixar de se revelar na decisão – continuando a ser dispensada quando for notório que a baixa idade da criança não a permite ou aconselha”¹⁷⁶.

Para além deste corte da prática judiciária que este Acórdão representa o mesmo eleva à audição ao seu verdadeiro lugar – a um direito – e não a uma mera formalidade ou a um meio de prova. E este é o entendimento que também perfilhamos e que desejamos que se torne firme no nosso ordenamento jurídico, sob pena de a voz das crianças ser silenciada – tema que nos ocupará no próximo subcapítulo.

¹⁷⁶ Acórdão do STJ, de 14 de dezembro de 2016, processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jsti.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/083b3a40efc82d16802580890062b3f4?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

3.1.3 A voz das crianças nos Tribunais – uma voz silenciada?

Tecidas várias considerações, ao longo da presente investigação, chegamos a um ponto fulcral da mesma: Que voz têm as crianças nos Tribunais portugueses? Esta é a pergunta que se impõe e à qual temos uma resposta inequívoca.

Se, por um lado, a maioria das crianças com idade igual ou superior a 12 anos de idade conseguem fazer-se ouvir, todas as outras, sublinhe-se, maioritariamente, são silenciadas.

As vozes silenciadas destas crianças ditam, muitas vezes, destinos tenebrosos e infelizes, com marcas para toda a vida. Pelo que, estas evidências e preocupações que uma parte da jurisprudência, da doutrina e o próprio legislador têm levantado têm de ser solucionadas sob pena de comprometermos gerações que se desenvolvam sem o afeto dos seus pais.

É nossa convicção que o divórcio não significa o fim de uma dada família, uma vez que a mãe, o pai e o filho continuam a existir, esses laços são inquebráveis.

Nesta senda, não se pode permitir que a opinião de uma criança, por ser criança, seja abafada, quando aquela decisão afeta a sua vida.

Aqui chegados, cumpre esclarecer que há um Regulamento do Conselho da União Europeia com o n.º 2201/2003, de 27 de novembro, que regula as decisões em matéria matrimonial e responsabilidade parental, no qual prevê no art. 23º, al. b)¹⁷⁷, o não reconhecimento de uma decisão em matéria de responsabilidade parental sem que à criança tenha sido dada oportunidade de ser ouvida.

O que nos leva a concluir que, nos casos em que os pais tenham que, por algum motivo, fazer valer uma decisão portuguesa relativamente ao exercício das responsabilidades parentais fora do ordenamento jurídico português, muitas seriam as decisões não reconhecidas, por força, da prática judiciária em Portugal¹⁷⁸.

Esta norma do Regulamento é por si só indiciária do problema da não audição prevalecente em muitos ordenamentos jurídicos europeus e Portugal não é exceção.

¹⁷⁷ Artigo 23º, al. b), do Regulamento em análise refere o seguinte: “Uma decisão em matéria de responsabilidade parental não é reconhecida: b) Se, exceto em caso de urgência, tiver sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida, em violação de normas processuais fundamentais do Estado-Membro requerido;”.

¹⁷⁸ *Vide*, neste sentido, a opinião de Rui Alves Pereira e Ana Catarina Fialho que dizem o seguinte “Em suma, uma sentença de um tribunal português (ou decisão equiparada) que tenha sido proferida sem que a criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou a inexistência de um despacho que fundamente a não audição da criança) levará a que a esta mesma sentença ou decisão não seja reconhecida noutro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido Regulamento”. Cfr., PEREIRA, Rui Alves e, FIALHO, Ana Catarina, *Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e de Responsabilidades Parentais*, Revista Julgar, n.º 37, janeiro/ abril, 2019, p.153.

3.2 Direito Comparado – a melhor solução?

Face ao exposto, importa averiguar a forma como outros países da União Europeia tratam o exercício do direito de audição das crianças nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Para o efeito, iremos analisar, ainda que de uma forma muito breve, o ordenamento jurídico espanhol e a audição das crianças nos Tribunais franceses. A escolha destes dois ordenamentos jurídicos foi premeditada, por acreditarmos que ambos os ordenamentos jurídicos em causa são reflexo de pensamentos inovadores e que convocam o superior interesse da criança a este direito de audição das crianças.

3.2.1 Caso espanhol, a solução?

No ordenamento jurídico espanhol, o legislador também regulamentou na Lei Orgânica 8/2015, de 22 julho¹⁷⁹, de Proteção Jurídica de Menores, no seu art. 9º o direito da criança “(...) a ser oído y escuchado”¹⁸⁰.

Para o efeito, passamos a transcrever o artigo na íntegra:

“1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

2. En los procedimientos judiciales o administrativos, las compareencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a sua situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a

¹⁷⁹ Antes desta Lei vigorava a Lei Orgânica de 1/1996, de 15 de janeiro que acabou por ser profundamente alterada pela Lei Orgânica 8/2015, de 22 de julho, do qual analisaremos. Esta última, tal como consta do próprio preâmbulo do diploma legal visa reforçar o direito da criança a que o seu superior interesse seja prioritário, enquanto princípio fundamental. Reconhecem o superior interesse da criança como um conceito jurídico indeterminado e, do seu ponto de vista, apresenta-se com um conteúdo triplo. Por um lado, como direito substantivo. Por outro lado, como princípio geral de caráter interpretativo. E, por fim, como norma de procedimento. Contudo, apesar destas três dimensões das quais o superior interesse da criança pode adquirir, a finalidade em cada uma delas é a mesma: assegurar o respeito pleno e efetivo de todos os direitos das crianças, entre eles, o direito a ser ouvido e escutado.

¹⁸⁰ Importa salvaguardar que o direito a ser ouvido é também uma manifestação do direito à liberdade de expressão que se encontra previsto no art. 8º da Lei Orgânica n.º 8/2015, de 22 de julho.

sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respecto a todas las garantías del procedimiento.

Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que se designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecência o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración”.

O legislador espanhol logo no n.º 1 do preceito normativo acima exarado redige de uma forma muito clara que o comumente designado “direito de audiência” compõe, na verdade, dois direitos – o direito de ser ouvido e o direito a ser escutado. Eis aqui uma diferença muito clara do nosso ordenamento jurídico quando comparado com o espanhol. Nós falamos no direito de audiência e não no direito a ser ouvido e escutado.

Para além disso, o legislador espanhol teve o cuidado de referir nesse mesmo n.º 1 que a idade não deve ser um fator discriminativo, sendo certo que as suas opiniões deverão ser tidas em conta, tendo em conta a idade e maturidade da criança.

Ademais nos processos judiciais e mesmo nos administrativos, as audições e comparências das crianças tendem a ser preferenciais. Contudo, o legislador salvaguardou a criança concedendo a estas situações um dever de informar a criança, quer do que está a ser solicitado, quer das consequências que a sua opinião acarretará para o caso em concreto.

Não menos importante, é a questão da idade com que a criança deve ser ouvida nestes processos. E, nesse aspeto, acreditamos que a solução do legislador espanhol para esta problemática foi mais feliz que a adotada em Portugal, uma vez que não fixa ou sugere uma idade para a audição das crianças.

Deste modo, o legislador espanhol explicita, no art. 9º, n.º 2, da Lei Orgânica n.º 1/1996, de 15 de janeiro, que para a audição do menor é necessário atender à maturidade da criança que terá de ser avaliada por alguém especializado, atendendo à evolução da mesma; bem como à capacidade que a criança demonstra para compreender a questão que está a ser suscitada.

Ainda no que concerne à maturidade, o legislador espanhol ressalva que a partir dos 12 anos de idade as crianças já têm maturidade suficiente.

Isto posto, como deve o julgador agir, no ordenamento jurídico espanhol, para o efeito aspeto, esclarece-nos Mariacruz Gómez de la Torre Vargas com as seguintes palavras: “(...) el operador del derecho, sea en el ámbito administrativo como en el judicial, debe tomar en consideración las “condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”¹⁸¹. Acrescenta ainda que “La actitud del juez ante el cual se presenta un menor “es desentrañar su verdadera voluntad, interés y conveniencia. Lo que el juez oiga de él será un elemento fundante de su decisión, pero no su decisión misma, Su necesidad subjetiva debe ser confrontada con la necesidad objetiva, ya que finalmente resolverá teniendo en cuenta el interés superior”¹⁸².

Por seu turno, refere Irene Guerrero que ao falar de crianças falamos de pessoas muito distintas e a cada momento evolutivo corresponde uma determinada capacidade e modo de satisfazer as necessidades das crianças¹⁸³. A autora faz menção a uma sentença do Tribunal Supremo, datada de 17 de setembro de 1996, no qual se diz relativamente ao superior interesse da criança, o seguinte: “O reconhecimento pleno da titularidade dos direitos nos menores de idade e a capacidade progressiva para exercê-los, da maneira que hão de adaptar-se àquelas medidas que sejam mais adequadas à idade do sujeito, para construir progressivamente o controlo acerca da situação pessoal e a sua proteção para o futuro, evitando sempre que o menor seja manipulado (...)”¹⁸⁴.

¹⁸¹ Vide, VARGAS, Mariacruz Gómez de la Torre, *Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos*, Revista de Derecho (UCUDAL), Ano 14, n.º 18, dezembro, 2018, p. 120.

¹⁸² *Ibidem*, p. 131.

¹⁸³ Cfr., GUERRERO, Irene Ortega, *El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, vol. n.º 2, n.º 3, 2002, p. 94.

¹⁸⁴ *Ibidem*, *idem*.

Aliás, nos casos em que as crianças não são ouvidas pelo Tribunal competente a sentença é anulada, conforme esclarece Mariacruz Vargas¹⁸⁵.

É nossa convicção que esta ausência de estipulação de idade neste direito faz todo o sentido, uma vez que assim os julgadores não se prendem a um mínimo fazendo com que este direito seja exercido por quem é verdadeiramente titular.

Se, por um lado, alguns Tribunais portugueses estão “presos” aos 12 anos de idade para o exercício deste direito de audição das crianças. Quando, na verdade, aquilo que o legislador quis acautelar foi o pleno exercício deste direito e não a sua limitação reconduzida a um número.

Por outro lado, temos uma parte dos Tribunais que ignora o exercício deste direito como aludimos *supra* e outros tanto que nem fundamentam a omissão deste direito nos processos.

Nesse sentido, observem-se as considerações de Ana Teresa Leal, Felicidade d’Oliveira, Helena Gomes de Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Baptista Carvalho, Manuel do Carmo Bargado: “A prática processual, crê-se que na grande maioria dos casos, é de não audição dos menores, mesmo em processos que seguem sem acordo até sentença final e, por maioria de razão, no caso de prolação de decisões provisórias”. Acrescentam, ainda, o seguinte: “Parece-nos manifesto que a praxis judiciária tem olvidado e menosprezado este princípio geral de audição, que está estatuído em normas internacionais e comunitárias direta e imediatamente aplicáveis”¹⁸⁶.

Ora não há, com esta solução preconizada pelo ordenamento jurídico espanhol, margem para dar voz apenas e tão só aos progenitores das crianças. As crianças é que são a voz, a voz que queremos que também se faça ouvir nos nossos Tribunais.

Destarte, e em razão de tudo o acima exposto, inevitável é a transcrição das palavras de Paulo Guerra que nos diz o seguinte: “É premente olhar-se nos seus olhos, sentir o seu sentir, auscultar a sua opinião, mesmo que não a tenhamos de seguir. Porque acreditamos que se o superior – melhor – interesse da criança se apresenta como o princípio norteador de todas as decisões que lhe digam respeito, então o princípio da participação e audição da criança constitui-se como um dos melhores meios para o concretizar”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ VARGAS, Mariacruz Gómez de la Torre, *Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos*, Revista de Derecho (UCUDAL), Ano 14, n.º 18, dezembro, 2018, p. 131.

¹⁸⁶ Cfr., LEAL, Ana Teresa/ D’OLIVEIRA, Felicidade/ MELO, Helena Gomes de e, RAPOSO, João Vasconcelos e, CARVALHO, Luís Baptista e, BARGADO, Manuel do Carmo, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, Lisboa, Quid Juris?, 2010, p. 40.

¹⁸⁷ DIAS, Cristina/ BARROS, João Nuno/ CRUZ, Rossana Martingo (coordenação), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 75.

3.2.2 Caso francês, a solução?

A audição das crianças no ordenamento jurídico francês à semelhança do que acontece em Espanha, não está limitada a um número específico de idade. Algo que como já expressamos *supra* é louvável, não havendo margens para interpretações laterais da letra da norma que regula a audição da criança. Nesse sentido, atentemos ao preceituado no art. 338º, n.º 1, do Código de Processo Civil, por nós traduzido:

“O menor com capacidade de discernimento é informado pelo ou pelos titulares do exercício da autoridade parental, o tutor ou, se aplicável, pela pessoa ou serviço a quem foi confiado do seu direito a ser ouvido e a ser assistido por um advogado em todos os processos que lhe digam respeito.

Quando o procedimento é iniciado por pedido, a convocação para a audiência é acompanhada por um aviso que relembra o disposto no art. 388º do Código Civil e as disposições da primeira alínea do presente capítulo.

Quando o procedimento é iniciado por escritura de oficial de justiça, acompanha-se o aviso referido na alínea anterior.

Em qualquer acordo submetido à homologação do juiz do tribunal de família de acordo com o procedimento previsto no art. 1143º ou nos arts. 1565º e ss., é mencionado que o menor capaz de discernimento foi informado do seu direito a ser ouvido e assistido por um advogado e, se for o caso, que não quis fazer o uso desta faculdade”.

Salientámos ainda que, neste ordenamento jurídico, pode ser a própria criança a requer a sua audição, para além das partes, ao abrigo do disposto no art. 338º, n.º 2, do Código de Processo Civil francês, no qual se pode ler, o seguinte (tradução nossa): “O pedido de audiência é apresentado sem forma ao juiz pelo próprio menor ou pelas partes. Isso pode ser feito em qualquer fase do procedimento e até mesmo pela primeira vez em recurso”.

Igualmente curiosa é a medida implementada em França que permite que as crianças tenham acesso a advogados especializados, em diversas cidades do país¹⁸⁸. Esta medida inovadora foi executada

¹⁸⁸ FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *Justiça adaptada às crianças: perspetivas e experiências das crianças e dos profissionais*, 2017, p. 8, disponível in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly_justice-summary_pt.pdf [Em linha]. [Consultado a 18 de setembro de 2021].

com o objetivo de disponibilizar às crianças o acesso à informação quer quanto aos seus direitos, quer quanto ao próprio aconselhamento jurídico que possam necessitar nas mais diversas áreas¹⁸⁹.

3.3 A efetivação do direito de audição das crianças

E, bem assim, julgamos que é necessário encontrar alternativas para que se resolva o problema da não audição das crianças nos nossos Tribunais, nomeadamente, no âmbito dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou que garanta o respeito pleno pelo superior interesse da criança.

Isto posto, será o caminho da mediação um bom meio para garantir o respeito pelo superior interesse da criança, livre do conflito parental? É o que vamos analisar de seguida.

3.3.1 Alternativa – a mediação familiar?

A mediação é um dos meios de resolução alternativa de litígios prevista no ordenamento jurídico português.

Explica-nos Rossana Martingo Cruz que “A mediação é um meio de resolução de conflitos que tem uma especial adequabilidade nas discórdias de índole familiar, dada a natureza pessoal e emocional destes diferendos. É neste contexto – da procura de melhores soluções para os litígios familiares – que surge a mediação familiar”¹⁹⁰.

O sistema de mediação familiar enraizou-se em Portugal, essencialmente, por duas ordens de razões. Por um lado, devido à delonga temporal que se assiste nas instâncias judiciais. Por outro lado, o crescente reconhecimento dos direitos a cada uma das partes¹⁹¹. Antes de passarmos ao cerne da questão importa fazer uma breve resenha histórica para compreendermos a evolução deste fenómeno em Portugal.

Este meio de resolução alternativa de litígio surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico português através do Despacho n.º 12 368/97 do Ministro da Justiça, publicado no Diário da República

¹⁸⁹ Por seu turno, o legislador português prevê a obrigatoriedade de nomeação de advogado à criança no art. 18º, n.º 2, do RGPTC “(...) quando os seus interesses e os dos seus pais, representante legal ou de quem tenha a guarda de facto, sejam conflitantes, e ainda quando a criança com maturidade adequada o solicitar ao tribunal”.

¹⁹⁰ CRUZ, Rossana Martingo, *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 5. Na mesma linha de raciocínio refere Jorge Duarte Pinheiro: “A mediação constitui um método extrajudicial de resolução de litígios em que um terceiro, que se vincula a agir com neutralidade, procura ajudar as partes a chegarem a um acordo relativamente àquilo que as divide”. Cfr., PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016, p. 61.

¹⁹¹ Nesse sentido, FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 33.

– 2ª série, n.º 283, a 9 de dezembro de 1997. Contudo, o mesmo não teve grande expressão no meio social, por força da falta de fundamentação e pelo seu caráter experimental¹⁹².

Dois anos depois, mais precisamente, a 28 de agosto de 1999, com a Lei n.º 133/99, o legislador passou a prever, no âmbito da Organização Tutelar de Menores, no art. 147º-D, a possibilidade de o juiz determinar, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, a intervenção dos serviços de mediação¹⁹³.

Os Despachos que se seguiram a este primitivo pautaram-se por várias falhas, acabando por vingar até ao final do ano de 2018 o Despacho n.º 18 778/2007 do Gabinete do Secretário de Estado da Justiça, publicado no Diário da República, 2ª série, n.º 161, a 22 de agosto de 2007. Este Despacho de 2007 representou uma evolução considerável em matéria de mediação familiar, aliás, foi o promotor do Sistema de Mediação Familiar (SMF), ainda que tenha sido alvo de críticas.

A reforma protagonizada no âmbito do divórcio através da Lei 61/2008, de 31 de outubro, trouxe consigo um incentivo à adoção desta nova figura, ao abrigo do art. 1774º, do CC, no qual os Tribunais e as Conservatórias do Registo Civil, detém o dever de informar os cônjuges, antes de iniciarem o processo de divórcio, sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar.

Por seu turno, a 29 de abril de 2013, surgiu a Lei n.º 29/2013, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação – mediação civil e comercial. Esta lei, de ora em diante, Lei da Mediação, define a mediação, no seu art. 2º, al. a), como a “forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

Mais recentemente, a 09 de novembro de 2018, surgiu um Despacho Normativo n.º 13/2018, publicado no Diário da República com o n.º 216/2018, Série II, que regulamenta a atividade do SMF e revogou o Despacho n.º 18 778/2007.

Realizada esta breve passagem pela evolução deste meio alternativo importa compreender quais os princípios pelo qual se rege e quais os seus pontos positivos e negativos.

No que concerne aos princípios que norteiam a mediação em Portugal encontram-se consagrados na Lei da Mediação nos arts. 3º a 9º, a saber: o da voluntariedade, o da confidencialidade, o da igualdade

¹⁹² Vide, nesse sentido, CRUZ, Rossana Martingo, *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 34-35.

¹⁹³ Cfr., SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais...*, ob. cit., p. 35.

e o da imparcialidade, o da independência, o da competência e da responsabilidade e o da executoriedade.

Como facilmente se depreende, aliado a estes princípios inovadores encontramos um conjunto de vantagens. Dos quais passamos a explicar, ainda que de uma forma breve, *infra*.

Desde logo, as partes só aderem a este meio alternativo de litígios se quiserem. Para além disso, é um processo menos moroso do que se corresse termos no Tribunal e, conseqüentemente, menos dispendioso. A mediação procura uma solução consensual para ambas as partes através da comunicação¹⁹⁴. Sempre se diga que a mediação visa um acordo que não haja margem para o conflito; fomenta o vínculo paterno-filial e gera opções viáveis para o caso em concreto¹⁹⁵.

Em consequência, a mediação familiar traz consigo aspetos menos vantajosos como explica Rossana Martingo Cruz, nomeadamente, nos casos de violência doméstica, no qual uma das partes está numa posição de inferioridade relativamente à outra. Para o efeito, atentemos às palavras de Rossana Martingo Cruz: “Se um dos cônjuges é vítima de violência doméstica por parte do outro, acabará por se tornar incapaz de revelar os seus interesses dado o medo e o temor que terá da reacção”¹⁹⁶.

Feitas estas breves considerações importa atender à definição de mediação familiar apresentada por Rossana Martingo Cruz que a define da seguinte forma: “Podemos definir mediação familiar como um modo de resolução alternativa de conflitos, auxiliado por um terceiro neutro, imparcial, independente e sem quaisquer poderes de decisão face ao litígio, cuja função é a de promover o diálogo entre as partes, visando restaurar a comunicação, possibilitando, assim, um acordo que satisfaça as partes e que responda às necessidades e interesses destas (bem como dos seus filhos, caso existam)”¹⁹⁷.

Contudo, a mediação familiar é um meio com pouca expressão em Portugal. Daí que, vulgarmente, o caminho após a rutura de um casal segue o trajeto do conflito: primeiro apresenta-se o conflito entre os pais que se vai perpetuando no tempo, assim como as conferências de pais nos Tribunais e a fixação de regimes provisórios. Sucede que, ao mesmo tempo, há uma ou mais crianças que estão a crescer e a desenvolver-se numa bolha conflituosa sem precedentes, onde a sua voz não é audível. Ora,

¹⁹⁴ Relativamente à comunicação refere Rossana Martingo Cruz que “O objectivo da mediação é que os mediados, por si, restabeleçam a comunicação e sejam capazes de chegar a um acordo”. CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 137.

¹⁹⁵ Cfr., FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 20.

¹⁹⁶ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 132.

¹⁹⁷ CRUZ, Rossana Martingo, *A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal*, Revista Debater a Europa, n.º 9, julho/dezembro 2013, pp. 104-105.

acreditamos veemente que este não é o caminho a ser percorrido, muito menos, com o envolvimento de crianças.

Assim sendo, e numa primeira abordagem, a mediação familiar parece-nos ser um caminho favorável para o respeito do superior interesse da criança. Senão, vejamos:

Em primeiro lugar, um divórcio como aludimos *supra* é um momento muito conturbado para a família. Além disso, é uma fase na qual muitos pais não conseguem sair do conflito que eles próprios geram, envolvendo as crianças num conflito que não lhes pertence. É, pois, nesta ótica, que muitas decisões dos Tribunais falham, porquanto resolvem provisoriamente, vezes sem conta, o exercício das responsabilidades parentais à luz, alegadamente, do superior interesse da criança e não atingem o real problema – o do conflito parental. Conflito que, na maioria das vezes, perturba e cria ansiedade nas crianças. É nesta órbita do conflito existente entre os pais que a criança acaba por ser usada como arma de arremesso para satisfazer desejos que não os seus, mas o dos seus pais.

Nesta senda, em resposta aos problemas mencionados parece-nos que a mediação familiar poderá resolver, de certa forma, o conflito parental. Solucionando a raiz do problema basilar daquela família. Nesse sentido, observemos as palavras de Rossana Martingo Cruz “O conflito familiar tem características próprias uma vez que ocorre entre pessoas que têm uma relação especial, e tendencialmente duradoura, entre si. Frequentemente, os intervenientes deste conflito terão, necessariamente, que continuar a conviver, ainda que numa dinâmica relacional distinta”¹⁹⁸.

Ainda nesta linha de pensamento, a criança consegue ocupar o seu lugar na família e dar voz àquilo que verdadeiramente sente, sem pressões, sem medo, sem estar subjugada a um dever de lealdade para com um dos progenitores. E, isto explica-se pela circunstância de a família conseguir manter o mínimo de cordialidade e respeito mútuo pela posição que cada um assume no seio daquela família que, apesar de tudo, jamais se dissociará por força do vínculo gerado com a criança.

No entanto, a mediação familiar, via de regra, não ouve nas suas sessões as crianças¹⁹⁹. Algo que, com todo o respeito por entendimento distinto, anularia a voz da criança num assunto – o das responsabilidades parentais – que lhe afeta. Aceitamos que, os pais, à partida, estariam mais aptos a percecionar aquela que seria a vontade da criança e a encontrarem de uma forma pacífica um acordo viável e que respeitasse o superior interesse da criança.

¹⁹⁸ Cfr., CRUZ, Rossana Martingo, *A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal*, Revista Debater a Europa, n.º 9, julho/dezembro 2013, p. 104.

¹⁹⁹ Vide, CRUZ, Rossana Martingo, *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2018, p. 95.

Em todo o caso, é nossa convicção que para alterarmos a prática judiciária dos nossos Tribunais bastará que seja feita uma interpretação correta ao art. 35º, n.º 4, do RGPTC, como explicaremos *infra*.

3.3.2 A nossa proposta

Aqui chegados, cumpre desenvolver aquela que acreditamos ser a melhor solução para a problemática presente nos nossos Tribunais – a da não audição das crianças, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Não temos dúvidas do esforço desenvolvido pelo nosso legislador para elevar este direito à sua concretização, quer através do art. 4º, n.º 1, al. c), do RGPTC, enquanto princípio orientador; quer através do art. 5º, do RGPTC e que regulamenta o modo como se opera a audição da criança e eleva a mesma à sua pertinência enquanto garantia e salvaguarda do superior interesse da criança. Finalmente, através do art. 35º, n.º 3, do RGPTC, no qual o legislador esclarece os casos em que a audição da criança é obrigatória.

Não obstante a legislação presente no nosso ordenamento jurídico, também existem preceitos e diplomas de direito internacional ao qual Portugal também se vinculou, desde logo, o art. 12º, da CDC; os arts. 1º e 3º, da CEEDC; o art. 24º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e, ainda, o art. 23º, al. b), do Regulamento do Conselho Europeu n.º 2201/2003 que se refere ao não reconhecimento de decisões das quais as crianças deveriam ter sido ouvidas e não foram.

Porém, todos os esforços reunidos pelos legisladores revelam-se, na prática judiciária, pouco eficazes, atendendo às diversas decisões dos Tribunais da Relação que baixaram para o Tribunal de 1ª instância a fim de procederem à audição das crianças.

Em suma, muitas decisões dos Tribunais falam do superior interesse da criança enquanto princípio, mas poucas são aquelas que vão além da sua proclamação. E sendo o direito de audição um direito do qual as crianças são titulares, não faz sentido que o mesmo não se pratique quando se encontram preenchidos os pressupostos para a sua concretização.

Nestes termos, é nossa convicção que a norma prevista no art. 35º, n.º 3, do RGPTC, deveria ser revista pelo legislador e não deixar margem para interpretações erróneas por parte de quem a aplica.

Dito de outro modo, este preceito normativo deveria deixar claro que a audição deve ocorrer, à luz do superior interesse da criança, sempre que a criança revele maturidade e capacidade para compreender o que está a ser discutido.

Na verdade, aquilo que propomos é uma redação do artigo idêntica aos ordenamentos jurídicos espanhol e francês, por acreditarmos que a mesma poderá pôr fim à era das crianças sem voz.

NOTAS CONCLUSIVAS

A criança é hoje um sujeito titular de direitos e quanto a isso não parecem subsistir dúvidas. Contudo, nem sempre foi assim.

Durante séculos a criança viu-se subjugada ao poder do *pater familias* e à sua condição de inferioridade. Já no século XX surgiu a esperança aliada àquele que foi designado como o “Século da Criança”. Para esta aparente evolução contribuíram vários diplomas legais, entre eles e, em especial, a adoção pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de novembro de 1989 da Convenção sobre os Direitos da Criança. É, nesse mesmo ano, que a criança vê ganhar forma aquela que é a sua verdadeira identidade enquanto sujeito titular de direitos.

Reiterando aquela que foi a nossa posição ao longo do presente trabalho importa considerar que o divórcio é um momento tenebroso e frágil para muitas crianças devido ao conflito que se gera entre os pais e que condiciona o desenvolvimento emocional dos seus filhos.

Por seu turno, é também com a dissolução da relação conjugal que há a necessidade de regular o exercício das responsabilidades parentais. O critério que regula estes processos é o critério do superior interesse da criança

Esta alteração na vida das crianças implica, inevitavelmente, uma reorganização familiar da qual, muitas vezes, os pais não estão preparados para assumir. A rutura da relação conjugal traz consigo o conflito familiar, no qual se dá voz a problemas conexos e se delega para segundo plano aquele que é o superior interesse da criança.

Há uma dicotomia latente nestes processos: por um lado, o superior interesse da criança e, por outro lado, o interesse dos progenitores. E muitos são os casos, nos quais o interesse que prevalece é o último. Este problema é gritante em Portugal como tivemos oportunidade de constatar com vários acórdãos dos Tribunais.

O problema não advém necessariamente do legislador, aliás, desde cedo se mostrou preocupado com o superior interesse da criança. Desta forma, acompanhando o direito de audição e, conseqüentemente, de participação da criança previsto no art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança o legislador passou a prever esse mesmo direito no art. 35º, n.º 3, do RGPTC. Deixando claro que a criança deve ser ouvida sempre que demonstre capacidade e maturidade para compreender o que está a ser discutido – critérios subjetivos. No entanto, no preceito normativo em causa também

encontramos a referência aos 12 anos de idade como um ponto de partida, uma referência para que as crianças com idade igual ou superior sejam ouvidas.

Dito de outro modo, todas as crianças com 12 anos ou mais, em princípio, já serão dotadas de maturidade e capacidade para compreender o que está em causa. No entanto, o legislador salvaguardou as crianças com idade inferior referindo expressamente que “3 – A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do art. 4.º e no art. 5.º, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar”. No entanto, muitos são os Tribunais que não ouvem as crianças, sobretudo, aquelas que têm menos de 12 anos de idade, não havendo qualquer impedimento à sua audição como tivemos oportunidade de constatar em diversas decisões dos Tribunais.

Acreditamos que o problema reside na forma como os julgadores têm vindo a interpretar este preceito normativo, mas também numa evidente resistência que persiste relativamente ao direito de audição das crianças, nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Na busca de respostas a este problema chegamos à conclusão que quer o ordenamento jurídico espanhol, quer o ordenamento jurídico francês, apresentam uma solução passível de resolver o problema da não audição das crianças nos Tribunais portugueses. Ambos os ordenamentos jurídicos não colocam na norma interna que prevê o direito de audição das crianças qualquer referência à idade para a criança ser ouvida, apenas reconhece o direito de audição com recurso a critérios subjetivos, nomeadamente, a capacidade e a maturidade para compreender o que está a ser discutido.

Não nos restam dúvidas quanto ao esforço hercúleo que tem sido feito pelo nosso legislador, ainda assim, acreditamos que não podem restar dúvidas na leitura do art. 35º, n.º 3, do RGPTC. Pelo que não deverá o legislador deixar margem para interpretações erróneas ou subjugadas a interesses alheios daquele que é o direito de audição das crianças. Este é um direito que urge ser respeitado para que o critério do superior interesse da criança também possa prevalecer sob o interesse dos progenitores.

Neste sentido, aquilo que propomos para que esta problemática da não audição não se prolongue no tempo é uma redacção do art. 35º, n.º 3, do RGPTC, no qual a audição da criança ocorra sim norteada pelo critério do superior interesse da criança, sempre que a mesma revele maturidade e capacidade para compreender o que está a ser discutido. Só desta forma se poderá acautelar que os julgadores não partam de um mínimo *standard*, por exemplo, 12 anos e excluam as crianças com idade inferior.

Igualmente importante parece-nos o dever de informar as crianças que este direito existe e que elas querendo podem exercê-lo. Algo que, com todo o respeito por entendimento distinto, deveria estar previsto no nosso ordenamento jurídico, tal como se encontra previsto no ordenamento jurídico francês, no art. 338º, n.º 1, do Código de Processo Civil francês.

A promessa da efetivação deste direito tem de extravasar o art. 35º, n.º 3, do RGPTC. Só assim a criança poderá permitir-se crescer com voz.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Catarina, *As Nações Unidas, a Convenção e o Comité in Boletim de Documentação e Direito Comparado*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, n.º 83/84, 2000.

ALEXANDRINO, José Melo, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo, *Os Direitos das Crianças – Linhas para uma construção unitária*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, I, Lisboa, 2008.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito da Família e das Sucessões*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2018.

BOLIERO, Helena/ GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e dos Jovens*, Coimbra, Coimbra editora, 2009.

BOTELHO, João, *Regulação das Responsabilidades Parentais*, Nova Causa, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes/ MOREIRA Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CASANOVA, Salazar, *O regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho e o princípio da audição da criança in Scientia Juridica*, tomo LV, n.º 306, abril/junho 2016.

CLEMENTE, Rosa, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores – A Perspectiva da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo in Centro de Direito da Família*, n.º 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

CRUZ, Rossana Martingo, *A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal*, Revista Debater a Europa, n.º 9, julho/dezembro 2013.

CRUZ, Rossana Martingo, *A Mediação Familiar como Meio Complementar de Justiça*, Coimbra, Almedina, 2018.

CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar – Limites Materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

CRUZ, Rossana Martingo, *União de facto versus casamento: questões pessoais e patrimoniais*, Coimbra, Gestlegal, 2019.

COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

COSTA, Alcina Ribeiro, *Participação e Audição da Criança – O Direito de Participação e Audição da Criança no Ordenamento Jurídico Português*, Data Venia – Revista Jurídica Digital, Ano 3, dezembro de 2015, n.º 4, p. 106, disponível in https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_099-144.pdf [Em linha]. [Consultado a 14 de agosto de 2021].

DIAS, Cristina Araújo/ BARROS, João Nuno/ CRUZ, Rossana Martingo (coordenadores), *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra, Almedina, 2021.

DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma Análise do Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra, Almedina, 2009.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 5ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

FARINHA, António H. L./ LAVADINHO, Conceição, *Mediação familiar e responsabilidades parentais*, Coimbra, Almedina, 1997.

FIALHO, António José, *Residência alternada – visões de outras paragens in A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 270, e-book disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civil_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

FRA – Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, *Justiça adaptada às crianças: perspetivas e experiências das crianças e dos profissionais*, 2017, p. 8, disponível in https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-child-friendly_justice-summary_pt.pdf [Em linha]. [Consultado a 18 de setembro de 2021].

General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primacy consideration (art. 3, para. 1) de 29 de maio de 2013 tradução Pedro D’Orey, Comissão Nacional de Promoção dos Direitos e Protecção das Crianças e dos Jovens, 2017.

GIL, Isabel Cunha, *Sinfonia do supremo interesse da criança in Boletim da Ordem dos Advogado*, n.º 26, novembro 2019.

GUERRA, Paulo, *A audição das crianças em tribunal – e quando não se ouvem? In Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível*, 1ª ed., Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2019, p. 88, disponível in http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_ORGTPC.pdf [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

GUERRA, Paulo (coordenação), *I Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2016.

GUERRA, Paulo (organização), *Questões do Regime Geral do Processo Tutelar Cível*, e-book do Centro de Estudos Judiciários, 1ª edição, julho 2019, p. 80, disponível *in* http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_ORGTPC.pdf [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

GOMES, Joana Salazar, *O Superior Interesse da Criança e as Novas Formas de Guarda*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

GONÇALVES, João Luís, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa, Edições Vieira da Silva, 2018.

GONÇALVES, Luís da Cunha, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil*, vol. VII, Coimbra, Coimbra Editora, 1933.

GUERRERO, Irene Ortega, *El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea*, Psicopatología Clínica, Legal y Forense, vol. N.º 2, n.º 3, 2002.

Instituto da Segurança Social, I.P. e Departamento de Desenvolvimento Social e Programas – Unidade de Infância e Juventude (DDSP/UIJ), *Manual da Audição da Criança – Direito a ser ouvida*, Lisboa, 2017, p. 17, disponível *in* https://www.seg-social.pt/documents/10152/15142806/Manual+AC_V_revista+7+mar%C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016 [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

LEAL, Ana Teresa/ D´OLIVEIRA, Felicidade/ MELO, Helena Gomes de e, RAPOSO, João Vasconcelos e, CARVALHO, Luís Baptista e, BARGADO, Manuel do Carmo, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2ª edição, Lisboa, Quid Juris?, 2010.

LEAL, Teresa, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, tomo I, E-book do Centro de Estudos Judiciários, julho de 2014, p. 173, disponível *in* http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civil_Superior_Interesse_Crianca_Tomol.pdf [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

LOPES, Manuela Baptista, *Enquadramento Jurídico-Normativos dos Direitos da Criança em Portugal* *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XC, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

- MARTINS, Maria João, *História da Criança em Portugal*, 1ª ed., Lisboa, Parsifal, 2014.
- MARTINS, Rosa, *Responsabilidades parentais no século XXI: A tensão entre o direito de participação da criança e a função educativa dos pais*, *Lex Familiae* – Revista Portuguesa de Direito da Família, Coimbra, Coimbra editora, Ano 5, n.º 10, 2008.
- MESQUITA, Margarida, *Parentalidade(s) nas Famílias Nucleares Contemporâneas*, Lisboa, ICSP (manuais pedagógicos), 2014.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *A nova lei do divórcio*, *Revista Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, 2010.
- OLIVEIRA, Guilherme de, *Ascensão e queda da doutrina do “cuidador principal”*, *Revista Lex Familiae*, Coimbra Editora, Ano 8, n.º 16, 2011.
- PEREIRA, Maria Margarida da Silva, *Direito da Família*, 3ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2019.
- PEREIRA, Rui Alves/ FIALHO, Ana Catarina, *Reconhecimento e Execução de Decisões em Matéria Matrimonial e de Responsabilidades Parentais*, *Revista Julgar*, n.º 37, janeiro/ abril, 2019.
- PEREIRA, Rui Alves, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança*, *revista julgar*, n.º 37, setembro de 2015.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa, AAFDL Editora, 2015.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5ª edição, Coimbra, Almedina, 2016.
- PRATA, Ana (coordenação), *Código Civil Anotado*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2017.
- PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa, Universidade Lusíada, 2003.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, 1ª ed. Reimpressão, Lisboa, Quid Juris?, 2016.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado e Comentado*, 4ª ed., Lisboa, Quid Juris?, 2020.
- RIBEIRO, Alcina Costa, *Autonomia da criança no tempo de criança in Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, coordenação de Armando Leandro, Álvaro Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Coimbra, Almedina, 2010.
- RIBEIRO, Alcina Costa, *Participação e Audição da Criança*, *ob.cit.*, p. 142, disponível in https://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_099-144.pdf [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

RIBEIRO, Maria Saldanha Pinto, *Divórcio, Guarda Conjunta dos filhos e mediação familiar: entrevistas aos pais*, Lisboa, Pé da Serra, 1999.

RODRIGUES, Almiro, *Interesse do Menor, contributo para uma definição*, Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1979.

SAMPAIO, Daniel, *O Tribunal É o Réu*, Alfragide, Editorial Caminho, 2014.

SEQUEIRA, Elsa Vaz/ SÁ, Fernando Oliveira e (coordenação), *Edição Comemorativa do Cinquentenário do Código Civil*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.

SILVA, Joaquim Manuel da, *A audição da criança em Tribunal nos processos que lhes digam respeito é um tema recorrente e permite a elaboração de artigos que qualidade, é verdade. Mas terá algum reflexo substancial na prática dos tribunais?*, disponível in <http://ordemdosadvogados.impresa.pt/oa-09/destaque-opiniao>, [Em linha]. [Consultado a 04.09.2021].

SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais – A guarda compartilhada e a justiça restaurativa*, 2ª ed., Lisboa, Petrony, 2019.

SOARES, Maria de Jesus Barroso, *A família portuguesa e o seu direito in A família e o direito nos 30 anos da exortação apostólica familiaris consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

SOTTOMAYOR, Maria Clara/ ALMEIDA, Maria Teresa Féria de, *E foram felizes para sempre...? – Uma análise crítica do novo regime jurídico do divórcio*, 1ª ed., Coimbra, Wolters Kluwer Portugal sob a marca Coimbra editora, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do filho após o divórcio*, 2ª ed., Porto, Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, Coimbra, Almedina, 2014.

VARGAS, Mariacruz Gómez de la Torre, *Las implicaciones de considerar al niño sujeto de derechos*, Revista de Derecho (UCUDAL), Ano 14, n.º 18, dezembro, 2018.

XAVIER, Rita Lobo, *Juridicidade intrínseca do casamento e da família: a dimensão normativa e de justiça do amor conjugal e familiar in A família e o direito nos 30 anos da exortação apostólica familiaris consortio*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013.

XAVIER, Rita Lobo, *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais: lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*, Coimbra, Almedina, 2009.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

- Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do STJ, de 4 de fevereiro de 2010, processo n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relatora Oliveira Vasconcelos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/9f1626c83e72853e802576c1004d0e90?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do STJ, de 28 de setembro de 2010, processo n.º 870/09.7TBCTB.C1.S1, relatora Fonseca Ramos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/398836832f01c4a4802577ac0048da99?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do STJ, de 14 de dezembro de 2016, processo n.º 268/12.0TBMGL.C1.S1, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/083b3a40efc82d16802580890062b3f4?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].

- Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do TRC, de 12 de outubro de 2004, processo n.º 2265/04, relator Isaias Pádua, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/596f62b9c07a66ac80256f350036574c?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRC, de 30 de novembro de 2004, processo n.º 3308/04, relatora Garcia Calejo, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/0/270fc1192b4c64df8025755c0050fb18?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRC, de 1 de fevereiro de 2011, processo n.º 90/08.8TBCNT-D.C1, relator Arlindo Oliveira, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/87eb448feefe53b88025784500377171?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRC, de 14 de janeiro de 2014, processo n.º 194/11.0T6AVR.C1, relator Francisco Caetano, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/949e885bd730306b80257c66003c3323?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Acórdão do TRC, de 6 de outubro de 2015, processo n.º 3079/12.9TBCSC.C1, relator Carlos Moreira, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/-/A234E64EC7753BD480257EF1004BF797> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRC, de 27 de abril de 2017, processo n.º 4147/16.3T8BL-A.C1, relatora Maria João Areias, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/a7f91ef17827430580258121004da85f?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

Acórdão do TRC, de 08 de maio de 2019, processo n.º 148/19.8T8CNT-A.C, relator Isaiás Pádua, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f66c3989644c88b2802583f9003d9cec?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

Acórdão do TRC, de 14 de dezembro de 2020, processo n.º 360/17.4TBFIG-C.C1, relator Alberto Ruço, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/554ce8a3934189468025865a0051d809?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

- Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do TRE, de 2 de outubro de 2018, processo n.º 495/10.4TMSTB.E1, relator Tomé de Carvalho, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/857743275d6f5bce8025832e002eb819?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

- Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do TRG, de 29 de novembro de 2012, processo n.º 234/11.2TBAWV-A.G1, relator Manuel Bargado, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/b65eea86c9bd0edb80257aee00437ce8?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRG, de 16 de junho de 2016, processo n.º 253/10.6TMBRG-A.G1, relator Miguel Baldaia Morais, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/FC8CA6ACD58221628025802E004A9E59> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

Acórdão do TRG, de 12 de janeiro de 2017, processo n.º 996/16.OT8BCL-D.G1, relatora Eva Almeida, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/-/4585CDC8F4AD5913802580C70058D936> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRG, de 20 de março de 2017, processo n.º 1910/16.9T8BRG-A.G1, relatora Margarida Sousa, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/64355adc33a0050f8025826c00310c12?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Acórdão do TRG, de 02 de novembro de 2017, processo n.º 996/16.OT8BCL-C.G, relatora Eugénia Maria de Moura Marinho da Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/d571095f50c5a6588025821200595851?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

Acórdão do TRG, de 27 de setembro de 2018, processo n.º 1814/17.8T8CHV-A.G2, relatora Maria Cristina Cerdeira, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c86118f3c01fa6198025832e002e3bb5?OpenDocument>. [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRG, de 10 de julho de 2019, processo número 1982/15.3T8VRL-A.G1, relatora Eugénia Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/6314c6c4e76c80b580258479003e4d22?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRG, de 19 de setembro de 2019, relator Alcides Rodrigues, processo n.º 510/17.OT8MNC-A.G1, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/32590315d34845d480258490002ebd38?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRG, de 17 de dezembro de 2020, processo n.º 784/18.OT8FAF-A.G1, relator Paulo Reis, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/c5cfaf3eecf5f0548025865d005334fc?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

- Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do TRL, de 4 de novembro de 1983, processo n.º 0016100, relatora Cura Mariano,
disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c74637b8010ceb22802568030003eac9?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRL, de 17 de fevereiro de 2005, processo n.º 343/2005-6, relatora Fátima Galante,
disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/46802035f1b6f3778025707a00342d1f?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRL, de 04 de outubro de 2007, processo n.º 5221/2007-8, relator Bruto da Costa,
disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/612e4f7bebaa951f802573b0005945f4?OpenDocument&Highlight=0,audi%C3%A7%C3%A3o,crian%C3%A7a> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Acórdão do TRL, de 27 de outubro de 2011, processo n.º 2373/10.8TMLSB-A.L1-2, relator Ezagüy
Martins, disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3033951ce16a76ab802579510053f366?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRL, de 17 de novembro de 2011, processo n.º 3473/05.1TBSXL-D.L1-8, relatora Carla
Mendes, disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d7bc9220b76f056080257974004328f8?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 28 de agosto de 2021].

Acórdão do TRL, de 19 de junho de 2012, processo n.º 2526/11.1TBRR, relatora Graça Araújo,
disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cda5bda55b037a6780257a41004928ae?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

Acórdão do TRL, de 18 de março de 2013, processo n.º 3500/10.0TBRR, relatora Maria de Deus
Correia, disponível *in*

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c004f6271?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

Acórdão do TRL, de 03 de fevereiro de 2015, processo n.º 764/11.6TMSLB-A.L1-7, relatora Dina Monteiro, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ed933be39b86d5b380257df80034bad4?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 07 de agosto de 2021].

Acórdão do TRL, de 17 de novembro de 2015, processo n.º 761/15.2.T8CSC.L1-7, relatora Graça Amaral, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/c25fbf0a08a9fa7e80257f0800508474?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 21 de agosto de 2021].

Acórdão do TRL, de 24 de janeiro de 2017, processo n.º 954-15.2T8AMD-A.L1-7, relatora Rosa Ribeiro Coelho, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/FB2B82219D3C679D8025815B0033B392> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

Acórdão do TRL, de 12 de julho de 2018, processo n.º 390/08.7TMFUN-F.L1-1, relatora Ana Pessoa, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/93b70027171d003f802583370042f255?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 28 de agosto de 2021].

Acórdão do TRL, de 22 de junho de 2021, processo n.º 394/21.4T8AMD.L1-7, relator Diogo Ravara, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5bdd746c754dfcc3802587100048681a?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

- Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do TRP, de 7 de abril de 2011, processo n.º 180/05.9TMMTS-B.P1, relator Filipe Carço, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/ac9fd177c72092c58025787e00459b8f?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRP, de 19 de junho de 2012, processo n.º 1516/06.0TMPRT.2.P1, relator Vieira e Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/eea5f76d9ad52ca180257a32004f5c48?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 24 de julho de 2021].

Acórdão do TRP, de 29 de abril de 2014, processo n.º 26/12.1TMMTS-A.P1, relator Vieira e Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/-/281712E2D991BDC680257D0B0051F0B2> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRP, de 13 de maio de 2014, processo n.º 5253/12.9TBVFR-A.P1, relator Rodrigues Pires, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d7ed0552c70bb75680257cec003da443> [Em linha]. [Consultado a 31 de julho de 2021].

Acórdão do TRP, de 22 de novembro de 2016, processo n.º 292/12.2TMMTS-A.P1, relator José Igreja Matos, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/8ab947f59b26aae88025808000599069?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

Acórdão do TRP, de 26 de outubro de 2017, processo n.º 572/16.8T8ETR-E.P1, relatora Vieira e Cunha, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/6a2a5243c4aa910d802581d900357624?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 11 de setembro de 2021].

Acórdão do TRP, de 30 de abril de 2020, processo n.º 371712.6TBAMT-F.P1, relator Jorge Seabra, disponível *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/4eaf2813ee72a8748025857a0049cba6?OpenDocument> [Em linha]. [Consultado a 04 de setembro de 2021].