

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO**  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**O Exercício das Responsabilidades Parentais por Terceiros e a  
Relevância da Afectividade no seu Contexto**

Orientador: Professor Doutor Daniel de Bettencourt Rodrigues Silva Morais

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do  
2.º Ciclo de Estudos em Direito e Prática Jurídica, na Especialidade em Ciências  
Jurídico-Forenses

Joana Cristina Coelho dos Santos Almeida

Lisboa, 2019

A ti, Mãe

*“Está dentro do artigo  
Todos os meus direitos  
Então quero respostas  
Porque pouco me deleito  
Por favor, cumpram a Lei  
Com carácter e respeito*

*O dever é da família  
E é dar sociedade  
É dever assegurar  
Com mais prioridade  
É dever do poder público  
Também da comunidade*

*Eu que sou uma criança  
Preciso de atenção  
Dos direitos referentes  
Ao lazer e educação  
Dos direitos à saúde  
Vida e alimentação*

*Se existem os direitos  
Temos que endireitar  
É dever de todo mundo  
Ter amor e bem zelar  
Criança é a estrela  
Que precisa mais brilhar”*

Excertos de Diosmam Avelino, 2015.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, de forma muito especial, aos meus pais e avó pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida. Por me ajudarem a conquistar os meus objectivos, motivando-me sempre, numa presença incansável caracterizada por compreensão e afectos. Por me permitirem sonhar.

Ao meu irmão, amigo e companheiro incansável, pelas inúmeras horas de paciência e dedicação, incentivando-me indiscutivelmente a cada passo que dou.

À minha sobrinha, por me permitir ser novamente criança e pelos ensinamentos sábios que só alguém de 6 anos é capaz de proporcionar.

À Carla e à Inês, pela partilha constante de ideias, apoio e amizade.

Ao Senhor Professor Doutor Daniel Morais, pela disponibilidade, orientação e prontidão com que sempre me brindou. Pela inspiração na concretização do presente trabalho.

## RESUMO

É inegável a constatação de que as ligações consanguíneas presumem a ideia generalizada de que os pais biológicos constituem o meio natural e imprescindível para o harmonioso e saudável desenvolvimento das crianças, vislumbrando a proximidade e a vinculação afectiva existente no seio familiar.

Todavia, face a situações de confiança prematura de crianças a terceiros cuidadores, o legislador português não adoptou uma postura indiferente e passiva relativamente à importância e ao devido respeito a atribuir às ligações psicológicas profundas estabelecidas.

De facto, devido à ausência prolongada dos pais, desde o nascimento ou idade muito precoce, as crianças constroem e fortalecem a sua personalidade assumindo a imagem destas terceiras pessoas como suas figuras primárias de referência, em que eles afectivos se consolidam e um sentimento de pertença reina, desenvolvendo-se laços semelhantes à filiação.

No entanto, não possuindo a devida cobertura jurídica, afigura-se imperativo a instauração de uma acção judicial no sentido de tutelar tais relações de facto, por forma a respeitar o direito das crianças a preservar as suas relações afectivas estruturantes, de grande significado e de referência para o seu integral desenvolvimento.

Perante a introdução de novos conceitos jurídicos como o afecto e a relação afectiva, o ordenamento jurídico português com a Lei de Protecção, em consonância com o Código Civil, prevê tal conjuntura como situações de perigo em que, vivendo numa situação de instabilidade e de insegurança, a criança, pode, a qualquer momento, ser retirada da família de facto que reconhece como sua.

Considerando que a procriação biológica não coincide, em absoluto, com a capacidade parental, procura-se salientar a importância da necessidade dos Tribunais portugueses, em conformidade com o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, nortear a sua actuação tendo como fito o superior interesse da criança, atribuindo primazia a uma relação baseada em cuidados, afectos e segurança, independentemente de vínculos biológicos.

**Palavras-Chave:** guarda de facto, laços biológicos, perigo, superior interesse da criança, responsabilidades parentais, terceiros cuidadores, vínculo sócio-afectivo.

## ABSTRACT

It is undeniable that consanguineous links presume the widespread idea that biological parents are the natural and indispensable means for the harmonious and healthy development of children, glimpsing the closeness and the affective bond between the family.

However, given the situations of premature trust of children to third carers, the Portuguese legislator did not adopt an indifferent and passive stance regarding the importance and due respect to attach to the deep psychological links established.

In fact, due to the prolonged absence of parents from birth or very early age, children build and strengthen their personality by assuming the image of these third persons as their primary reference figures, in which affective bonds are consolidated and a sense of belonging reigns, developing bonds similar to affiliation.

However, not having the proper legal coverage, it is imperative to institute legal action to protect such indeed relationships, in order to respect the right of children to preserve their structural relationships of great significance and reference for its integral development.

Faced with the introduction of new legal concepts such as affection and affective relationship, the Portuguese Legal System with the Child Protection Act, in accordance with the Civil Code, provides for such danger situations, the child living in a situation of instability and insecurity may, at any time, be removed from the physical custody family, that recognizes as his or her own.

Considering that biological procreation does not, at all, coincide with parental capacity, it is emphasize the importance of the need for the Portuguese Courts, in accordance with the European Court of Human Rights, to guide their action with the best interests of the child in mind giving primacy to a relationship based on care, affection and safety regardless of biological ties.

**Keywords:** biological ties, danger, parental responsibilities, physical custody, social and affective bond, superior interest of the child, third caregivers.

## SIGLAS E ABREVIATURAS

<b>al./als.</b>	– alínea/alíneas
<b>art./arts.</b>	– artigo/artigos
<b>CC</b>	– Código Civil
<b>cfr.</b>	– conferir, confrontar
<b>cit.</b>	– citada
<b>CRP</b>	– Constituição da República Portuguesa
<i>et al.</i>	– <i>et alii, et aliae, et alia</i>
<b>LPCJP</b>	– Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo
<b>n.º/n.ºs</b>	– número/números
<b>p./pp.</b>	– página/páginas
<b>RP</b>	– Responsabilidades Parentais

O presente texto não foi redigido ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico.

## ÍNDICE

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I – AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS</b> .....	<b>4</b>
A Criança como Sujeito Autônomo de Direitos .....	4
O Conceito e a Natureza Jurídica das Responsabilidades Parentais .....	8
O Conteúdo das Responsabilidades Parentais.....	12
A Titularidade e o Exercício das Responsabilidades Parentais .....	20
<b>CAPÍTULO II - O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS POR TERCEIROS</b> .....	<b>31</b>
O Regime do artigo 1907.º em consonância com o artigo 1918.º do Código Civil .....	32
O Superior Interesse da Criança e a Regra da Figura Primária de Referência .....	40
A Guarda de Facto e a Noção de Perigo – A Prevalência dos Vínculos Afectivos .....	50
<b>CAPÍTULO III – PREPONDERÂNCIA ENTRE O CRITÉRIO BIOLÓGICO E O VÍNCULO SÓCIO-AFFECTIVO</b> .....	<b>65</b>
A Afectividade e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos .....	66
O Estabelecimento da Filiação – Primazia atribuída ao Critério Biológico em detrimento do Critério Sócio-Afectivo? .....	72
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>83</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA UTILIZADA</b> .....	<b>86</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>89</b>

## INTRODUÇÃO

Numa sociedade em constante evolução, o nosso sistema legislativo tende a acompanhar a conseqüente alteração de mentalidades e paradigmas assente em valores e ideais característicos de um determinado espaço temporal.

No reino da Família e dos Menores, o legislador português, face à dinâmica do núcleo familiar, tem como tarefa acrescida a consagração e o enquadramento não só de questões jurídicas como psicológicas e sociais, atribuindo a devida primazia ao superior interesse da criança, princípio norteador da fase filiocêntrica deste ramo de Direito.

A presente dissertação tem como objecto de estudo a relevância que as relações afectivas de qualidade e significativas para a criança estabelecidas com terceiros cuidadores vão alcançando no nosso ordenamento jurídico, em consonância com interesses de ordem social e familiar, ainda que de forma subsidiária e delimitada, a par dos vínculos biológicos predominantemente acolhidos como efeito da filiação.

Deste modo, face ao binómio biológico/afectivo, o nosso tema centrar-se-á na importância que o sentimento de pertença familiar confere ao desenvolvimento da criança, forjando o seu carácter e personalidade.

Como refere DIOGO LEITE DE CAMPOS, “quem se ocupa da família fala de amor, pois a família é uma sede privilegiada do dar, do ser para os outros e com os outros”<sup>1</sup>.

Sendo assim, no Capítulo I, “As Responsabilidades Parentais”, iniciaremos o nosso estudo apresentando, numa primeira abordagem, os diferentes diplomas legais que contribuíram para a consagração da criança como sujeito autónomo de direitos, constatando-se, a nível mundial, uma ideologia centrada na sua pessoa.

Atendendo à constatação da criança como um ser em pleno desenvolvimento, igual em dignidade ao adulto e sujeito activo na construção do seu futuro, procuraremos, primeiramente, analisar o regime do exercício das responsabilidades parentais, o seu conteúdo e natureza jurídica, por forma a averiguarmos se as alterações legislativas decorrentes do Código Civil estão em conformidade com esta nova visão da criança.

---

<sup>1</sup> Cfr. Diogo Leite de Campos, “Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles)”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 41.

Por outro lado, ao confrontarmos as diversas normas jurídicas relativas a este regime, tentaremos perceber se o legislador português prevê, face à convivência dos filhos menores com pessoas que desempenham os papéis efectivos de pai ou de mãe, a continuidade dos laços afectivos que se vão estabelecendo, atribuindo, assim, relevância às novas configurações familiares.

No Capítulo II do presente estudo, o interesse primordial recairá na intervenção de um terceiro cuidador na relação tipicamente familiar entre os progenitores e a criança.

Analisaremos criticamente as situações em que é possível verificar-se a confiança da guarda da criança a terceira pessoa e o seu respectivo enquadramento legal.

No que concerne às “Responsabilidades Parentais por Terceiros”, propomo-nos a expor, de forma crítica, os conceitos de superior interesse da criança e de figura primária de referência.

Quanto a este último critério, tendo em atenção a discussão doutrinária e jurisprudencial inerente, tentaremos contribuir com uma proposta de reformulação, atendendo à proximidade e ligação afectiva que as crianças estabelecem com os seus terceiros cuidadores, em consequência do incumprimento dos pais biológicos quanto aos seus deveres fundamentais para com os filhos, aspirando sempre a concretização do superior interesse da criança.

Recorrendo ao contributo de outras disciplinas sociais, dedicar-nos-emos ainda à situação de perigo em que a criança se encontra, nos termos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, quando vivencia uma relação de guarda de facto sem que esta possua a devida cobertura jurídica, expondo algumas concepções da psicologia sobre o processo de vinculação.

Do exposto, faremos referência à prevalência dos vínculos afectivos, que o diploma legal em questão atribui a estas relações, com a correspondente previsão dos princípios específicos à actuação das entidades com competência para a promoção e protecção da criança.

Assim, no capítulo referido, pretendemos confrontar o binómio biológico/afectivo atendendo à posição do ordenamento jurídico português, por forma a concluirmos se presenciemos uma época em que os vínculos de consanguinidade concorrem com os afectos ou, por sua vez, se se verifica total primazia quanto à mística do sangue.

Reservaremos para o Capítulo III a análise da senda jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no tocante à noção de família ou vida familiar.

Pretendemos, com a apresentação de diversos acórdãos do douto Tribunal, discutir a possibilidade da convivência e preponderância entre o critério biológico e o critério sócio-afectivo, de acordo com o consagrado na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, com o intuito de se salvaguardar o núcleo essencial do direito à identidade pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade da criança.

Por fim, quanto ao estabelecimento da filiação, propomo-nos percorrer as diversas normas que prevêm este instituto, delimitando o que o legislador nacional consagra como determinante para a existência de vínculos familiares, face ao defendido pelo Tribunal Europeu, por forma a analisarmos, comparativamente, os critérios delineados pela lei ordinária como pressupostos para o exercício das responsabilidades das parentais.

Em suma, ao longo da presente dissertação, será este o caminho que iremos percorrer, oferecendo um contributo para a divulgação do exercício das responsabilidades parentais por terceiros, atendendo à devida consideração que o ordenamento jurídico português deve adoptar quanto à continuidade de relações de afecto de qualidade e significativas para a criança, em situações de longa ausência dos pais e correspondente incumprimento dos seus deveres fundamentais.

## CAPÍTULO I – AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

### A Criança como Sujeito Autónomo de Direitos

Face ao desenvolvimento social e económico, característicos de uma sociedade em constante evolução, a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>2</sup> apresentou uma nova visão relativamente à concepção que se detinha, ainda no século XX, sobre esta.

Conforme referido por ROSA MARTINS, com o diploma legal em questão começou a “desenhar-se a passagem de um modelo de protecção para um modelo participativo”<sup>3</sup>.

De facto, a respectiva autora esclarece que “embora de primordial importância, a finalidade protectiva não é o único objectivo visado” pelo instituto das responsabilidades parentais. O reconhecimento de que a criança e o jovem se “encontram em permanente processo de evolução” reconduziu a que, aliada a esta, surgisse, entre nós, uma finalidade de apoio a esse crescimento natural, “através da promoção da autonomia e da independência dos filhos”<sup>4</sup>.

Todavia, nem sempre foi assim. Apesar da Declaração dos Direitos da Criança de 1924<sup>5</sup> adoptar, pela primeira vez, a expressão “direitos da criança”, ainda se perspectivava, face à inerente fragilidade, tanto do ponto de vista físico, como do intelectual, a criança como um objecto privilegiado de protecção, sem, no entanto, ser considerada sujeito de direitos<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> A 20 de Novembro de 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adoptada, por unanimidade, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, tratando-se do instrumento, de Direito Internacional, mais actual e completo no que respeita à consagração dos direitos da criança. Entre nós, foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90 a 08.06.1990 e ratificada por Decreto do Presidente da República, no mesmo ano. Publicada a 12.09.1990, in *Diário da República*, 211, 1990.

<sup>3</sup> Cfr. Rosa Martins, “As 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*, Ano 5, n.º 10, 2008, p. 31.

<sup>4</sup> Cfr. Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 183, acrescentando, ainda, que “aos pais compete, de facto, não só proteger o filho dos perigos e ameaças a que ele esteja ou venha eventualmente a estar sujeito, mas também a reunir, de acordo com as suas possibilidades, todo um conjunto de condições que propiciem e favoreçam o pleno desenvolvimento das competências físicas, intelectuais, morais, emocionais e sociais dos filhos, por forma a habilitá-los para a autonomia pessoal e independência económica”.

<sup>5</sup> A Declaração dos Direitos das Crianças de 1924 foi adoptada pela Assembleia da Sociedade das Nações Unidas.

<sup>6</sup> Neste contexto, *vide* Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família – uma questão de direitos*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 13, que afirmam que “podemos começar por afirmar que a preocupação pelo direito da infância no quadro das instâncias internacionais se reconduziu, até a primeira metade do século XX, a um conjunto de declarações de carácter não vinculativo, que assentavam no facto

Como esclarece a referida autora, detinha-se, face ao exposto, uma “concepção negativa da infância”, uma vez que o próprio diploma não estabelecia “quaisquer direitos das crianças nem quaisquer correspondentes deveres dos Estados-Membros”<sup>7</sup>.

Por outro lado, com a entrada em vigor da Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>8</sup>, após a segunda Guerra Mundial, consagraram-se dez princípios, apesar de não vinculativos, que se destinavam tanto à protecção como ao seu desenvolvimento.

Deste modo, o princípio 1.º da Declaração reconhece os direitos tipificados, no diploma, a todas as “crianças sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra da criança, ou da sua família, da sua origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou de qualquer outra situação”. Por sua vez, o princípio 2.º atribui a necessidade de uma “protecção especial”, de forma a não comprometer “física, intelectual, moral, espiritual e socialmente” o seu desenvolvimento são e próspero.

Os restantes princípios enumerados fazem alusão à concretização desta protecção especial, como prevê, por exemplo, o ponto 6.º ao afirmar a indispensabilidade de “amor e compreensão para o pleno e harmonioso desenvolvimento da sua personalidade”, assim como a urgência de “crescer com os cuidados e sob a responsabilidade dos seus pais e, em qualquer caso, num ambiente de afecto e segurança moral e material” e, o ponto 9.º, ao alertar que a “criança deve ser protegida contra todas as formas de abandono, crueldade e exploração e não deverá ser objecto de qualquer tipo de tráfico”.

Através da leitura da Declaração Universal dos Direitos da Criança observa-se um progressivo enriquecimento, relativamente ao disposto na Declaração dos Direitos da Criança de 1924, na medida em que define obrigações e princípios de conduta para os

---

de as crianças, seres frágeis e em total dependência dos adultos, a todos os níveis, necessitem de uma protecção e cuidados especiais”.

<sup>7</sup> Cfr. Rosa Martins, “As Responsabilidades Parentais no século XXI”, *cit.*, p. 31. A autora conclui, deste modo, que a Declaração dos Direitos da Criança apenas “enunciava, numa linguagem simples, cinco princípios, com vocação de universalidade, que traduziam o assumir da responsabilidade de proporcionar a cada criança o desenvolvimento normal (tanto a nível material como a nível espiritual), a alimentação adequada, os cuidados de saúde necessários, a protecção contra a exploração e a educação num espírito de solidariedade para com os outros”.

<sup>8</sup> Promulgada pela Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Novembro de 1959.

Estados ratificantes, assim como consagra verdadeiros direitos civis<sup>9</sup>, tendo como consideração, determinante, o interesse superior da criança.

Todavia, é notória a ênfase atribuída a um “modelo de protecção”<sup>10</sup>, em detrimento da consagração da criança como sujeito autónomo de direitos.

Apenas com a Convenção sobre os Direitos da Criança é que foi possível dar ênfase à criança<sup>11</sup> como ser autónomo e dotado de capacidade para influenciar o seu próprio processo de crescimento, destacando o papel da família para o seu progresso e desenvolvimento harmonioso<sup>12</sup>.

Assim, o artigo 2.º prevê o princípio da não discriminação, em que os Estados-Parte se comprometem “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”. Já o artigo 3.º, do mesmo diploma, é referente ao superior interesse da criança, dispondo que todas as decisões que lhe digam respeito, por qualquer entidade, pública ou privada, tenham em plena consideração este princípio.

Por outro lado, o artigo 6.º da Convenção, faz menção ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, tendo, os Estados-Parte, que os assegurar “na máxima medida possível”. O artigo 9.º, por sua vez, consagra a disposição de que a criança tem direito a viver com os pais e, conseqüentemente, não ser separada destes, contra a vontade dos mesmos, excepto se “as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança”.

---

<sup>9</sup> Cfr. Princípio 3.º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, “A criança tem direito desde o nascimento a um nome e a uma nacionalidade”.

<sup>10</sup> Neste sentido, *vide* Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, cit., pp. 184-185, que refere que “uma tal concepção do poder paternal fundamentalmente ancorado na sua finalidade de protecção mais não é do que uma das conseqüências da visão da criança e do adolescente como sujeitos desprovidos de aptidão natural para gerir os seus interesses, como sujeitos sem maturidade e a experiência necessários à decisão dos assuntos a eles respeitantes e, deste modo, submetidos à decisão de outrem, tomadas no seu interesse e para sua protecção. O filho menor de idade assume um papel passivo na relação com os pais, tornando-se assim mero «objecto de protecção»”.

<sup>11</sup> A Convenção, no seu artigo 1.º, define criança como “todo o ser humano menor de 18 anos, salvo, se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

<sup>12</sup> Contrariamente ao que sucedia com a Declaração dos Direitos da Criança de 1924, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, como tratado de Direito Internacional, torna-se vinculativa, uma vez ratificada, pelos Estados-Parte, sendo estes juridicamente responsáveis pela sua concretização e verificação. Neste sentido, tais princípios, consagrados na Convenção, “vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português”, como previsto nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.

Por fim, quanto ao artigo 12.º, a Convenção tutela o direito que advém à criança de exprimir, livremente, a sua opinião, “de acordo com a sua idade e maturidade”, relativamente às questões que lhe digam respeito e que, subsequentemente, sejam “tomadas em consideração”, assegurando-se, desta forma, a oportunidade de se ter, verdadeiramente, em conta as suas vontades e convicções, em processos judiciais e administrativos, e o direito de influenciar as questões relativas à sua vida.

Face ao exposto, este direito de opinião e expressão livre é o reconhecimento inegável que se atribui à “nova visão da criança”, como verdadeira detentora de direitos, tornando-se um poderoso instrumento para “alcançar a solução mais conforme ao seu interesse” e “a solução mais adequada à protecção e promoção dos direitos fundamentais de que ela é titular”<sup>13</sup>.

Este diploma legal, constituindo “o grande marco na história da infância, ao traçar a viragem na concepção dos direitos da criança”<sup>14</sup>, permitiu uma importante alteração normativa que influenciou, conseqüentemente, uma profunda reflexão sobre os direitos humanos.

De facto, a constatação da criança como um ser em pleno desenvolvimento, “especialmente vulnerável, mas dotado de uma capacidade progressiva, igual em dignidade ao adulto, sujeito activo na construção do seu futuro numa relação intersubjectiva com os pais” e “titular de direitos fundamentais” desencadeou, no tocante às responsabilidades parentais, um desafio sem precedentes<sup>15</sup>.

Deste modo, assumiu-se a nível mundial, uma ideologia centrada na sua pessoa, onde as responsabilidades dos pais, da sociedade e do Estado estão subordinadas e definidas em razão do valor da criança, como sujeito autónomo de direitos fundamentais, inerentes à sua dignidade humana.

Isto é determinante no quadro doutrinal e jurisprudencial, que impôs alterações legislativas em conformidade com essa mesma realidade, reflectindo-se na consagração legal do princípio superior interesse da criança, que desenvolveremos em local próprio.

---

<sup>13</sup> Cfr. Rosa Martins, “As Responsabilidades Parentais no século XXI”, *cit.*, pp. 34-35.

<sup>14</sup> Cfr. Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família*, *cit.*, p. 15.

<sup>15</sup> Cfr. Rosa Martins, *ibidem*, p. 33.

## O Conceito e a Natureza Jurídica das Responsabilidades Parentais

Estando a vida de uma criança totalmente dependente de um adulto para o seu correcto e saudável desenvolvimento, as responsabilidades parentais surgem, por um lado, na lei ordinária, como um meio de suprir a incapacidade de exercício dos menores não emancipados, tal como consagrado nos artigos 123.º e 124.º do Código Civil<sup>16</sup>. Dada esta incapacidade, até à maioridade ou à emancipação, os filhos estão sujeitos a estas mesmas responsabilidades<sup>17</sup>.

A par da representatividade enunciada, e como efeito da filiação, o n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil prevê que aos pais “compete, no interesse do filho, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação” e “administrar os seus bens”.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro<sup>18</sup>, a expressão “responsabilidades parentais” vem modificar a, anteriormente, assumida pelo nosso Código Civil, que se referia a um “poder paternal”<sup>19</sup>.

De facto, como notam HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA, “o termo era infeliz pois exprimia logo a ideia de um poder-sujeição e de uma clara ascendência do pai homem”<sup>20</sup> e marido, revestindo a natureza de uma *patria potestas*, que se exercia sobre todos os elementos do núcleo familiar, face ao poder absoluto deste<sup>21</sup>.

A palavra “poder” está, assim, associada a uma definição de posse, domínio e hierarquia, como se tratasse de uma disponibilidade de meios para obter um determinado

---

<sup>16</sup> Relembrando, por sua vez, que a capacidade de gozo é inerente à personalidade jurídica, que se reconhece “no momento do nascimento completo e com vida”, tal como previsto nos artigos 66.º e 67.º do Código Civil. Deste modo, apesar de a todos ser intrínseca a titularidade de direitos e obrigações, a actuação pessoal e autónoma na constituição dessas relações jurídicas pode ser, no entanto, limitada, como se descreve.

<sup>17</sup> Cfr. Artigo 1877.º do Código Civil.

<sup>18</sup> A Lei n.º 61/2008, de 31.10, in *Diário da República*, 212, 2008, pp. 7633-7638, vem alterar o regime jurídico do divórcio.

<sup>19</sup> Não obstante, a modificação efectuada, o termo ainda subsiste na nossa lei ordinária, como é possível retirar da leitura dos artigos 124.º, 1921.º e 1928.º do Código Civil.

<sup>20</sup> Cfr. Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família*, cit., p. 176.

<sup>21</sup> Neste sentido, vide Cristina Dias, “A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção”, *Revista Julgar*, n.º 4, Janeiro-Abril, 2008, p. 89, ao esclarecer que “no direito romano primitivo, a *patria potestas* era um direito absoluto do *pater* sobre os filhos, mas também sobre a mulher, os escravos e sobre o seu património. Tratava-se de um poder absoluto e perpétuo que não desaparecia com a maioridade do filho e que incluía o direito de matar os filhos a título punitivo, de vendê-los ou cedê-los a título de ressarcimento dos danos. Portanto, o filho, menor ou maior, não detinha direitos sobre um património, pertencendo tudo ao *pater familias*, e o seu próprio direito à vida estava limitado à decisão do pai”.

fim, contrariando o previsto, pela lei ordinária, que tutela o “interesse dos filhos” como dogma a respeitar, no conteúdo das responsabilidades parentais.

Por sua vez, a palavra “paternal” remete-nos, historicamente, para o sistema patriarcal, caracterizado pela preponderância da figura do homem, como chefe de família, situado numa posição, hierarquicamente, superior, em detrimento da mulher, que prestava os devidos cuidados inerentes à filiação, apesar de não ver reconhecido juridicamente o seu papel educativo.

Neste sentido, e atendendo ao constitucionalmente consagrado, JORGE DUARTE PINHEIRO acrescenta que o termo “paternal” não pode induzir a que “se esteja perante uma figura cuja titularidade caiba sempre ao *pater* e nunca à *mater*”<sup>22</sup>, uma vez que, face ao ordenamento jurídico, se prevê uma posição de igualdade entre os pais relativamente ao “direito e dever de educação e manutenção dos filhos”<sup>23</sup>.

Deste modo, a consagração da expressão “responsabilidades parentais”<sup>24</sup>, “traduz melhor a ideia de que os pais, em absoluto pé de igualdade e em razoável concertação com o filho «menor», se encontrem investidos de uma missão de prossecução dos interesses deste, sentindo-se ambos responsáveis e implicados pelo seu bem-estar, exercendo, para o efeito, poderes legalmente conferidos”<sup>25</sup>.

De facto, a Convenção sobre os Direitos da Criança ambiciona esta posição paritária, ao consagrar, no n.º 1 do artigo 18.º e n.º 2 do artigo 27.º, o princípio de que a ambos os pais recai a responsabilidade comum e prioritária, no tocante à educação e ao desenvolvimento da criança.

---

<sup>22</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018, p. 214.

<sup>23</sup> Cfr. Artigo 13.º e n.º 3 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>24</sup> Esta expressão teve como inspiração o conceito resultante da Recomendação n.º R (84) 4 sobre as Responsabilidades Parentais, de 28.02.1984, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, que, de acordo com a evolução da realidade social e jurídica dos Estados Europeus, definiu as responsabilidades parentais como o “conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos bens”. Para mais desenvolvimentos, *vide* texto original, em francês, disponível em [WWW:<URL://cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo48.pdf>](http://www.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo48.pdf).

<sup>25</sup> Cfr. Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família*, *cit.*, pp. 176-177. Todavia, *vide* Jorge Duarte Pinheiro, *ibidem*, p. 214, que explica que o termo “parentais” pode suscitar um equívoco, uma vez que “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 1.º grau da linha recta ascendente”.

Procura-se, aqui, atribuir um maior destaque às relações entre ambos os pais e os filhos menores, por forma a facilitar a identificação de uma união parental, fundada nos cuidados prestados, em detrimento da união conjugal ou da união marital.

Quanto à sua natureza jurídica, na presente fase filiocêntrica, é possível constatar a observância de uma posição maioritária, por parte da doutrina, quanto à existência de um poder funcional<sup>26</sup>.

Apesar de certos autores defenderem a atribuição da natureza de direito subjectivo funcional<sup>27</sup>, considera-se, predominantemente, que tal não se verifica, uma vez que o exercício das responsabilidades parentais não está dependente da livre vontade do respectivo titular, como é característico deste direito<sup>28</sup>. De facto, em conformidade com a legislação nacional, os pais encontram-se sujeitos a um conjunto de direitos-deveres<sup>29</sup> irrenunciáveis<sup>30</sup>, tendo em vista o integral e harmonioso desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos.

Sendo assim, as responsabilidades parentais, ao emergirem desta relação paterno-filial, reflectem-se num poder funcional, onde os direitos e deveres estão

---

<sup>26</sup> Cfr. Armando Leandro, *Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas reflexões de Prática Judiciária – Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Edições Almedina, Coimbra, 1986, pp. 120-123; Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família*, cit., pp. 175-178; Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª Edição Revista, Aumentada e Actualizada, Edições Almedina, Coimbra, 2014, pp. 19-25; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., pp. 219-221; Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*, cit., pp. 185-192.

<sup>27</sup> Nesta acepção, vide Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 565, que defendem que “o direito e o dever dos pais de educação e manutenção dos filhos 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 dos pais traduz-se, na linguagem actual, na compreensão do poder paternal como obrigação de cuidado parental”. Do mesmo modo, vide Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume V, 1.ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 331-332, que elucidam que “os pais, embora agindo no interesse dos filhos (quando defendem a sua vida, preservam a sua saúde, garantem o seu sustento, promovem a sua instrução e educação ou administram os seus bens), não deixam de exercer um direito (não exercem uma pura actividade de funcionários ao serviço dos filhos), porque assim obtêm a realização plena de uma das facetas mais ricas da sua personalidade”. Assim, “é cumprindo o dever de preparar integralmente os filhos para a vida que os pais satisfazem um dos mais elevados valores da sua personalidade – que têm o direito de realizar”.

<sup>28</sup> Neste contexto, vide Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 179.

<sup>29</sup> Cfr. n.º 5 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>30</sup> Cfr. Artigo 1882.º do Código Civil.

indissolúvelmente ligados, pois, como explica ARMANDO LEANDRO, “os poderes são atribuídos ao titular para lhe permitir cumprir os deveres”<sup>31</sup>.

Deste modo, os interesses dos pais têm de ser igualmente atendidos, apesar de delimitados pelo superior interesse da criança. A auto-realização da sua personalidade pode encontrar fundamento com o estipulado pela Lei Fundamental<sup>32</sup>.

Atendendo à regra da inseparabilidade e ao poder-dever de manutenção e de educação, nos termos do n.º 5 e n.º 6 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, respectivamente, encontram-se alguns reflexos, entre outros, de uma autonomia parental que permite proporcionar aos pais uma realização plena, através dos cuidados prestados, da relação afectiva e comunicação própria com os filhos.

De facto, apresentando-se como um complexo e significativo efeito da relação de filiação, as responsabilidades parentais surgem, desde o momento do nascimento da criança, como uma necessidade de protecção desta, até à maioridade ou emancipação, em que, dado o progressivo desenvolvimento dos filhos, estes estão habilitados e preparados, regra geral, para traçar o seu caminho de forma altruística e autónoma.

De seguida, iremos sumariamente abordar as questões relativas ao conteúdo deste poder funcional, por forma a aproximarmo-nos do concreto tema em discussão.

---

<sup>31</sup> Cfr. Armando Leandro, *Poder Paternal*, cit., p. 121.

<sup>32</sup> Neste sentido, vide Rabindranath Capelo de Sousa, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 186, nota 451, ao esclarecer que “tais direitos funcionais integrarão o direito geral de personalidade dos pais, nomeadamente os direitos à sua estrutura sentimental e ao desenvolvimento da sua personalidade”.

## O Conteúdo das Responsabilidades Parentais

A ideologia manifestada, pelo ordenamento jurídico português, recai no sentido de que os interesses da criança podem atingir a sua maior expressão se desenvolvidos no núcleo da “família-célula básica”, reconhecida e identificada como uma parte vital da sociedade<sup>33</sup>, com direito à protecção estatal inerente e “à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros”<sup>34</sup>.

De facto, numa época em que a criança se encontra no centro das questões relativas à família, infância e juventude, é perceptível o desaparecimento de concepções hierárquicas e o posterior nascimento e consolidação de uma cultura baseada numa família nuclear e paritária de direitos e deveres, relativos ao exercício das responsabilidades parentais, de ideais de solidariedade, de cooperação e, acima de tudo, de prevalência da qualidade de laços afectivos entre os seus membros.

Por forma a respeitar a autonomia, identidade e intimidade do seio familiar, a intervenção do Estado surge como via subsidiária, em casos excepcionais de incumprimento dos deveres fundamentais dos pais para com os filhos, tendo sempre como fito o superior interesse da criança.

Assim, o exercício das responsabilidades parentais recai sobre ambos os progenitores, via de regra, face ao Estado e a terceiros.

Deste modo, a lei ordinária consagra, nos termos do n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil, o conteúdo deste poder funcional, irrenunciável e intransmissível. Exercido, altruisticamente, no “interesse dos filhos”, verifica-se, quanto a estes poderes-

---

<sup>33</sup> Nesta acepção *vide* Cristina Dias, “A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção”, *cit.*, p. 91, que esclarece que “como grupo social, a família é nas modernas sociedades industriais a «pequena família» ou «família nuclear», ou seja, normalmente a família conjugal, constituída pelos cônjuges e filhos menores. Além disso, a composição da «família conjugal» é, muitas vezes, mais ampla: os filhos continuam a viver com os pais, mesmo depois da maioridade, a família pode integrar os pais ou os sogros. A «pequena família» apresenta-se outras vezes como a família incompleta (p. ex., o cônjuge viúvo e os filhos, a mãe solteira e o filho). Por outro lado, a evolução da família demonstra que ela tem perdido algumas das funções tradicionais. Perdeu a função política que tinha no direito romano, assente na ideia de subordinação de todos os seus membros ao *pater familias*. Perdeu a função económica de unidade de produção, embora continue a ser normalmente uma unidade de consumo. As funções educativas, de assistência e de segurança que antigamente pertenciam à família tendem hoje a ser assumidas pela sociedade”.

<sup>34</sup> Cfr. Armando Leandro, “Direito e Direito dos Menores – Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal”, *Infância e Juventude, Revista da Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, n.º especial, 1991, p. 264.

-deveres, a necessidade de “velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”<sup>35</sup>.

As responsabilidades parentais surgem, tal como mencionado nas linhas antecedentes, como um meio de suprimento da incapacidade dos filhos menores, através do poder-dever de representação e de administração dos bens. Atendendo à sua natureza pessoal, englobam, igualmente, o poder-dever de guarda, o dever de prover ao seu sustento e de dirigir a sua educação.

Do exposto, primeiramente, quanto ao poder-dever de guarda dos progenitores, ao velarem pela segurança e saúde dos filhos<sup>36</sup>, ROSA MARTINS defende que, mediante o consagrado no n.º 6 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, o mesmo se traduz “no direito de ter o filho em sua companhia”, podendo, no entanto, verificar-se, de um modo mais geral, na fixação da sua residência, exigindo-se que aí permaneça, como se retira da leitura do artigo 1887.º do Código Civil<sup>37</sup>.

Esta noção, ao exprimir a coabitação e comunhão características de uma relação de proximidade e afectividade paternofamiliar, como condição necessária ao exercício das responsabilidades parentais, surge como restrição da actuação estatal, ao prever-se a regra da inseparabilidade entre pais e filhos, tal como mencionado anteriormente.

Posto isto, apesar da inexistência de uma consagração expressa de um poder-dever de guarda, nos termos do artigo 85.º do Código Civil tem-se como “domicílio legal”, da criança, o “lugar da residência da família”. Caso esta não exista, consagra-se por domicílio o “do progenitor a cuja guarda estiver” ou do “progenitor que exerce o poder paternal”, como se retira da leitura do n.º 1 e n.º 2 do artigo *sub judice*, respectivamente.

Sendo assim, e atendendo ao n.º 2 do artigo 1887.º do Código Civil, ao impor-se um poder-dever de guarda, o legislador prevê, de igual forma, que os filhos menores “não

---

<sup>35</sup> Quanto a uma enumeração não taxativa respeitante a este preceito *vide* Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, cit., p. 192, nota 433. Nesta acepção, a autora defende que “só pode afirmar-se que a solução da lei portuguesa se mostra satisfatória na medida em que não se tomar o preceito referido em texto como uma definição completa e acabada do conteúdo do poder paternal. Na verdade, entendida esta enumeração como meramente exemplificativa, tal solução não apresenta, nem a desvantagem de uma definição demasiado vaga e quase desprovida de significado, nem a desvantagem de uma definição pretensamente completa, não deixando, contudo, de fornecer as linhas directivas do conteúdo do poder paternal”.

<sup>36</sup> Neste sentido, *vide* Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 223, ao esclarecer que “mediante o poder de guarda, os pais velam pela segurança e saúde dos filhos”.

<sup>37</sup> Cfr. Rosa Martins, *ibidem*, p. 198.

podem abandonar a casa paterna ou aquela que os pais lhes destinaram, nem dela ser retirados”<sup>38</sup>. Tal se justifica para que se cumpra a letra da lei, pela norma do artigo 1878.º do respectivo diploma legal, “na sequência do ditame constitucional da prioridade dos pais na educação dos filhos”<sup>39</sup>, visto que a convivência é tida como condição imprescindível para o normal exercício dos deveres fundamentais.

Do exposto, conclui-se que os pais, ao exercerem este poder-dever, detêm sobre os filhos “um certo poder de vigilância”<sup>40</sup>, no tocante às acções e à regulação das suas relações com terceiros, podendo, se “considerarem perniciosos ao seu interesse”<sup>41</sup>, proibir determinados relacionamentos<sup>42</sup>.

Por sua vez, já o dever de prover ao sustento ou manutenção<sup>43</sup>, do filho menor de idade, consubstancia-se na assunção pelos pais de responder às necessidades relativas ao seu crescimento e desenvolvimento físico, intelectual, moral e emocional, respeitantes a questões quanto à habitação, alimentação, vestuário e educação, decorrente do previsto nos termos do artigo 2003.º do Código Civil, devendo proporcionar, a este, condições de conforto e um “nível de vida idênticos ao seu”<sup>44</sup>.

Estruturalmente, este dever concretiza-se numa obrigação, transcendendo o “plano paternal, uma vez que os pais inibidos do seu exercício continuam a ser obrigados à prestação de alimentos”<sup>45</sup>, como é possível constatar da leitura do artigo 1917.º do Código Civil.

---

<sup>38</sup> Em situações contrárias ao legalmente disposto, as pessoas legitimadas para o efeito podem fazer uso do processo de entrega judicial da criança, previsto nos termos dos artigos 49.º a 51.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível ou, por sua vez, do artigo 249.º do Código Penal que prevê o crime de subtração de menores.

<sup>39</sup> Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, cit., p. 356.

<sup>40</sup> Cfr. Maria de Fátima Abrantes Duarte, *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, AAFDL Editora, Lisboa, 1989, p. 78.

<sup>41</sup> Cfr. Maria Duarte, *ibidem*, p. 76.

<sup>42</sup> Contudo, tal não deve justificar a privação dos filhos do convívio com os irmãos e avós, previsto no artigo 1887.º-A do Código Civil. Neste sentido, vide Jorge Duarte Pinheiro, “A relação entre avós e netos”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume III, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, p. 89, ao esclarecer que “entre as causas justificativas de não convívio entre avós e netos estão, naturalmente, circunstâncias de perigo para o menor (...). Entende-se justificada a proibição (ou limitação) de relacionamento entre avós e netos quando tal signifique desestabilização emocional do menor, submetido a um conflito de lealdades, que o divide entre os pais e os avós; perturbação acentuada do exercício das responsabilidades parentais na sua vertente educativa; e degradação da relação entre pais e filhos”.

<sup>43</sup> Terminologia utilizada no n.º 3 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>44</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 226.

<sup>45</sup> Cfr. Maria Duarte, *ibidem*, p. 93.

Neste sentido, a obrigação cessa com a maioridade ou a emancipação, na medida em que se extinguem as responsabilidades parentais. Todavia, o legislador prevê, nos termos do artigo 1879.º do Código Civil, que caso o filho esteja “em condições de suportar, pelo produto do seu trabalho ou outros rendimentos, aqueles encargos”, os pais ficam “desobrigados” de prover ao seu sustento e, por conseguinte, de assumir qualquer “despesas relativas à sua segurança, saúde e educação”.

No entanto, por se “tratar de um dever prioritário dos cônjuges, como fundadores do lar e criadores de família”<sup>46</sup>, deve ser suportado pelos progenitores da criança, sempre que possível e atendendo à satisfação das suas necessidades normais, por forma a respeitar a noção e natureza do poder funcional, em questão, que deve ter como primazia o superior interesse da criança, bem como a “realidade sociológica da pequena família, construída com base nos laços de afectividade”<sup>47</sup>.

Assim, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA criticam o referido preceito por considerarem que não se tomou “em devida conta a diferente situação em que os pais e filhos se encontram normalmente perante a vida”<sup>48</sup>, devendo, deste modo, preservar-se a integridade de tal património.

Já quanto ao poder-dever de dirigir a sua educação, podemos observar que o legislador português atribui, ao mesmo, especial atenção como “linha de força principal”<sup>49</sup>, no contexto das responsabilidades parentais, atendendo tanto à disposição sistemática do Código Civil<sup>50</sup> como ao destaque que lhe é atribuído pelo texto constitucional, nos termos do n.º 5 do artigo 36.º da Lei Fundamental.

---

<sup>46</sup> Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, cit.*, p. 335.

<sup>47</sup> Cfr. Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental, cit.*, p. 205.

<sup>48</sup> Cfr. Pires de Lima e Antunes Varela, *ibidem*, p. 336. Neste sentido, os autores explicam que não se “pode tomar à letra, quanto aos próprios rendimentos dos bens do menor a disposição deste artigo (...) que dá a (falsa) impressão de os pais ficarem totalmente desobrigados dos encargos de sustento do filho, logo que, pelos seus rendimentos de trabalho ou de capital, ele os possa satisfazer – independentemente de saber se os pais têm ou não condição económica para os suportar”. Do exposto, excepcionam as situações em que se os pais “por velhice, doença, desemprego ou outra causa análoga, não puderem garantir o sustento (...) através de bens próprios, (...) devem estes filhos, atento o carácter institucional da família, contribuir, na medida do razoável, para o custeio desses encargos, especialmente daqueles que se referem à sua própria pessoa. Não o fazendo eles espontaneamente, podem os pais dispor livremente do rendimento dos bens que caibam na esfera da sua administração, nos precisos termos do artigo 1896.º”.

<sup>49</sup> Cfr. Rosa Martins, *ibidem*., p. 209.

<sup>50</sup> Neste sentido *vide* Pires de Lima e Antunes Varela, *ibidem*, p. 349, ao esclarecerem que “o conteúdo do poder paternal (...) coloca deliberadamente à cabeça dos direitos-deveres dos pais o poder de dirigir a educação dos filhos”.

Aí se consagra expressamente tal dever-direito, prescrevendo, igualmente, que ao Estado incumbe, por forma a proteger a família, “cooperar com os pais na educação dos filhos”<sup>51</sup>.

No tocante ao seu conteúdo, o artigo 1885.º do Código Civil prevê um conceito abrangente de educação ao tipificar que “de acordo com as suas possibilidades”, cabe aos pais “promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos”, assim como proporcionar aos filhos “adequada instrução geral e profissional, correspondente, na medida do possível, às aptidões e inclinações de cada um”.

Deste modo, o poder-dever de dirigir a educação consiste no apoio e auxílio dos pais em, adaptando-se à crescente capacidade que os filhos forem revelando ao longo do crescimento, conduzirem o seu processo de socialização, tanto a nível de competências físicas e intelectuais, como de técnicas profissionais, por forma a prepararem a vida activa de cada um<sup>52</sup>.

Atendendo ao exposto, importa não deixar de referir que, de acordo com a sua maturidade, os pais devem ter em consideração a opinião dos filhos, tanto “nos assuntos familiares importantes”, como no reconhecimento da “autonomia na organização da própria vida”, como consta do n.º 2 do artigo 1878.º do Código Civil e do, já referido, artigo 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança. Todavia, tal não obsta à necessidade de se verificar o devido respeito e obediência decorrente dessa relação paterno-filial.

Corroborando a importância deste poder-dever, o artigo 1880.º do Código Civil, consagra as situações em que os filhos, encontrando-se já desprovidos da alçada do exercício paternal, necessitam, ainda, de auxílio e assistência, por forma a continuarem a sua formação profissional, “na medida em que seja razoável exigir aos pais o seu cumprimento e pelo tempo normalmente requerido para que aquela formação se complete”.

Assim, apesar de alcançada, para todos os efeitos, a plena capacidade de exercício de direitos, não raros são os casos em que, devido à incapacidade económica dos filhos

---

<sup>51</sup> Cfr. alínea c) do n.º 1 do artigo 67.º e artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>52</sup> Quanto à educação religiosa, o artigo 1886.º do Código Civil estipula que compete aos pais decidir tais questões até que o mesmo perfaça dezasseis anos.

maiores ou emancipados, estes são impedidos de prover ao próprio sustento e, conseqüentemente, de dar início ou continuação a uma formação superior, por exemplo.

Deste modo, para fazer face à realidade sociológica, a lei introduziu, com a reforma de 2015<sup>53</sup>, os vinte e cinco anos como idade limite no qual, regra geral, estará concluída a formação profissional<sup>54</sup>. Prolonga-se, face ao exposto, o auxílio material que se prevê como necessário à formação profissional do filho, não se confundindo com o exercício das responsabilidades parentais que cessam nas condições já previstas.

Por fim, JORGE DUARTE PINHEIRO refere que “contido no poder-dever de educação, continua a subsistir um poder de correcção”<sup>55</sup>. Apesar de não se encontrar qualquer expressão deste poder, no nosso ordenamento jurídico, parte da doutrina<sup>56</sup> pronuncia-se nesse sentido, esclarecendo, todavia que não detém autonomia face aos restantes poderes-deveres.

Isto é, deve encarar-se como um poder “sem carácter punitivo, dentro dos limites da autoridade amiga e responsável que a lei atribui aos pais e que, por isso, só pode ser exercido sem abusos, no interesse dos filhos e com respeito pela sua saúde, segurança, formação moral, grau de maturidade e de autonomia”<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Redacção dada pela Lei n.º 122/2015, de 01.09 in *Diário da República*, 170, 2015, pp. 6637-6638, que altera o Código Civil e o Código de Processo Civil, no que respeita ao regime de alimentos em caso de filhos maiores ou emancipados.

<sup>54</sup> Neste sentido *vide* Estrela Chaby, *Código Civil Anotado*, Volume II, Edições Almedina, Coimbra, 2017, p. 784, ao esclarecer que tendo em atenção que a maioria das situações em que há reclamação de prestações, pelos filhos maiores, ocorrem em situações de ruptura familiar e em relação ao progenitor não guardião, durante a menoridade, o legislador introduziu uma alteração ao artigo 1905.º do Código Civil, “que corresponde, na prática, a uma prorrogação do pagamento da pensão de alimentos estabelecida em sede de regulação das responsabilidades parentais até aos vinte e cinco anos de idade, desde que o filho prossiga a sua formação”. Ainda, *vide* Rita Lobo Xavier, “Responsabilidades Parentais no Séc. XXI”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, n.º 5, n.º 10, 2008, ao elucidar que “o filho maior que pretenda ter direito à prestação de alimentos por parte de um progenitor que não o faça espontaneamente terá de iniciar um procedimento numa Conservatória do Registo Civil (...). Com efeito, o artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de Outubro, que regula este procedimento, prevê que se houver oposição do progenitor e se verificar na tentativa de conciliação a impossibilidade de se chegar a um acordo, o processo é remetido para o Tribunal de primeira instância”.

<sup>55</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, *cit.*, p. 225.

<sup>56</sup> Neste sentido, *vide* Maria Duarte, *O Poder Paternal*, *cit.*, p. 72 e Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, *cit.*, pp. 212-213.

<sup>57</sup> Cfr. Armando Leandro, *Poder Paternal*, *cit.*, p. 126. Por sua vez, o Conselho Europeu assumiu um papel impulsionador por forma a erradicar qualquer tipo de castigo físico sobre crianças e jovens, nos seus países Membros. Foram, para o efeito, aprovados vários documentos, entre eles a Recomendação 1666 (2004) e a Recomendação 1778(2007) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa e a Recomendação Rec(2006)19 do Comité de Ministros. Portugal, face à reforma de 2007 do Código Penal, aditou o artigo 152.º-A que tipifica como crime qualquer tipo de castigo corporal.

Relativamente ao poder-dever de representação, integrando igualmente o plano patrimonial das responsabilidades parentais, a par do poder-dever de administração dos bens, compreende, de acordo com o estatuído no artigo 1881.º do Código Civil, a realização de todos os direitos e obrigações do filho menor, apresentando-se como um meio de suprimento da incapacidade de acção, característico da menoridade.

Deste modo, qualquer um dos progenitores, caso exerçam em conjunto as responsabilidades parentais, poderão representar o filho menor nos actos que assim o exijam. Exceptuam-se, para o efeito, tanto os actos puramente pessoais<sup>58</sup>, como os que tem direito de praticar pessoal e livremente<sup>59</sup> e, ainda, os actos respeitantes a bens cuja administração não pertença aos progenitores<sup>60</sup>.

Do exposto, poderemos observar que os pais, ao exercerem, no interesse do filho, a respectiva representação estão, do mesmo modo, a administrar os bens do menor, perspectivando-se, este poder-dever, “como instrumental”<sup>61</sup> em relação ao poder-dever de administração.

Assim, quanto a este, na qualidade de detentores das responsabilidades parentais, os pais assumem a administração do património do filho em todos os bens que, não se encontrando legalmente excluídos, o filho menor seja o respectivo titular.

O artigo 1888.º do Código Civil prevê, de modo taxativo, as categorias de bens cujo exercício de administração não pertence à esfera jurídica dos progenitores. Por sua vez, já os artigos 1889.º e 1892.º, do mesmo diploma legal, determinam quais os actos passíveis de representação, com a condicionante de ser exigível prévia autorização do Ministério Público<sup>62</sup>, sob pena de anulabilidade como resulta da leitura do n.º 1 do artigo 1893.º do Código Civil<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> A perfilhação, o casamento, a celebração de convenção antenupcial e a disposição testamentária, excepcionando o mecanismo da substituição pupilar, são exemplos de actos que não podem ser praticados em nome do filho menor.

<sup>59</sup> Cfr. artigo 127.º do Código Civil.

<sup>60</sup> Cfr. artigo 1888.º do Código Civil.

<sup>61</sup> Cfr. Rosa Martins, *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, cit., p. 215.

<sup>62</sup> Cfr. Decreto-Lei n.º 272/2001 de 13.10, in *Diário da República*, 238, 2001, pp. 6473-6477, que “opera a transferência de competência decisória em determinados processos de jurisdição voluntária dos tribunais judiciais para o Ministério Público e as conservatórias do registo civil”, como se retira da leitura do sumário do presente decreto.

<sup>63</sup> Todavia, tais actos podem ser confirmados pelo tribunal, sem a necessária autorização, como previsto pelo artigo 1894.º do Código Civil.

Exigindo-se, aos pais, a mesma diligência que é prestada na administração dos seus próprios bens<sup>64</sup>, regra geral<sup>65</sup>, dispensa-se a prestação de caução em relação à administração dos bens do filho, assim como a prestação de contas<sup>66</sup>, por se pressupor a atenção e cuidado que serão característicos da sua actuação.

Assim, nos termos do artigo 1900.º do Código Civil, aquando da maioridade ou emancipação, devem entregar ao filho “todos os bens que lhe pertencam”.

Após esta breve exposição do seu conteúdo, cabe agora determinar quem são os verdadeiros detentores da titularidade e do exercício das responsabilidades parentais, atendendo às normas do Código Civil.

---

<sup>64</sup> Cfr. artigo 1897.º do Código Civil.

<sup>65</sup> Exceptuam-se, nos termos do artigo 1898.º do Código Civil, os bens móveis, atendendo ao seu valor, se o tribunal o considerar necessário, “a pedido das pessoas com legitimidade para a acção de inibição do exercício das responsabilidades parentais”. Neste sentido *vide* Luís Silveira, *Código Civil Anotado, cit.*, p. 806, ao elucidar que “de facto, se houver bens móveis sujeitos à administração dos pais, é maior o risco deles se perderem ou desperdiçarem”.

<sup>66</sup> Cfr. artigo 1899.º do Código Civil. Contudo, chamamos, igualmente, a atenção para o disposto no artigo 1920.º do mesmo diploma legal, que prevê a má administração parental, acarretando perigosidade para o respectivo património, sem que esteja em causa a inibição do exercício das responsabilidades parentais.

## A Titularidade e o Exercício das Responsabilidades Parentais

A Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, além da substituição da designação “poder paternal”, procedeu, igualmente, à alteração das regras pelas quais, a lei ordinária, consagra o exercício das responsabilidades parentais.

Fazendo alusão a um sintético percurso histórico, o Código Civil de 1966<sup>67</sup>, aquando da constância do matrimónio, concedia a prevalência total da autoridade paterna, na concretização do poder paternal. Deste modo, as atribuições associadas à vida familiar eram demarcadas pela superioridade hierárquica do chefe de família. Todavia, paradoxalmente, em caso de ruptura familiar, a regulação judicial litigiosa atribuía, na maioria dos casos, a guarda do filho à mãe, associando a figura materna como centro de atenção e cuidados<sup>68</sup>.

Com a reforma introduzida em 1977<sup>69</sup>, o legislador consagra, como regime regra, no casamento, a igualdade dos progenitores, encontrando concretização efectiva no constitucionalmente tutelado pelo artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 1671.º do Código Civil.

Em caso de divórcio, o exercício do poder paternal era exercido pelo progenitor a quem o filho fosse confiado, exclusivamente. Não obstante, em circunstâncias excepcionais, como se retira da leitura do n.º 1 do artigo 1905.º, era estipulado um exercício em conjunto, mediante “acordo dos pais, sujeito a homologação dos tribunais”.

Já em 1995<sup>70</sup>, apesar de consolidado, como regime regra, o exercício unilateral, em caso de divórcio, o n.º 2 do artigo 1906.º do Código Civil, passou a consagrar que, mediante acordo, os pais poderiam decidir pelo exercício em comum do poder paternal, no que respeita às questões relativas à vida do filho, em condições idênticas às que vigoravam, para tal efeito, na constância do matrimónio. Assim, quanto às questões de

---

<sup>67</sup> Decreto-Lei n.º 47344 de 25.11, in *Diário da República*, 274, 1966, pp. 1883-2086.

<sup>68</sup> Neste sentido e para mais desenvolvimentos, vide Helena Gomes de Melo [et al.], *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 1.ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2009, pp. 23-26, ao referirem que “aos padrões da época, mais uma vez não tão distante assim, um menor só poderia ser confiando ao pai se a mãe reunisse quase todos os defeitos imagináveis, o seu comportamento traumatizasse o menor e o pai, por outro lado, fosse abastado e socialmente considerado e, mesmo assim, só com assistência da avó paterna”.

<sup>69</sup> Redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 496/77 de 25.11, in *Diário da República*, 273, 1977, pp. 2818-(1) a 2818-(50).

<sup>70</sup> Redacção dada pela Lei n.º 84/95, de 31.08, in *Diário da República*, 201, 1995, pp. 5467-5468.

particular importância, se os pais não chegassem a acordo, era permitido interpor acção judicial, no qual o tribunal seria chamado a decidir.

Perante tais vicissitudes, a Lei n.º 61/2008 veio tutelar um exercício das responsabilidades parentais totalmente inovador, em caso de divórcio, centrado na figura do filho, atendendo ao seu superior interesse.

Sendo assim, estabelece-se, como regime regra, o exercício conjunto, destas responsabilidades, quanto às questões de particular importância<sup>71</sup> na vida do filho, mesmo que se verifique uma situação de ruptura familiar. Isto é o mesmo que dizer que, independentemente do tipo de união que se estabeleça, as responsabilidades parentais, no tocante a estas questões, são exercidas por ambos os progenitores, como se retira da leitura do artigo 1901.º, do n.º 1 do artigo 1906.º, dos artigos 1911.º e 1912.º, todos do Código Civil.

É evidente a clara intenção do legislador, com a criação deste regime jurídico, em responsabilizar ambos os progenitores pelo exercício deste poder funcional de carácter altruísta, no interesse da criança, conferindo relevância à natureza igualitária de ambos.

---

<sup>71</sup> Quanto ao verdadeiro sentido das “questões de particular importância”, a Exposição de Motivos do Projecto de Lei n.º 509/X, que deu origem à Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, dispõe que “dá-se por assente que o exercício conjunto das responsabilidades parentais mantém os dois progenitores comprometidos com o crescimento do filho; afirma-se que está em causa um interesse público que cabe ao Estado promover, em vez de o deixar ao livre acordo dos pais; reduz-se o âmbito do exercício conjunto ao mínimo – aos assuntos de «particular importância». Caberá à jurisprudência e à doutrina definir este âmbito; espera-se que, ao menos no princípio da aplicação do regime, os assuntos relevantes se resumam a questões existenciais graves e raras, que pertençam ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças”. Todavia, o conceito *sub judice* não é uma novidade introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Encontrava-se, já, consagrado no n.º 2 do artigo 1901.º do Código Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro.

Para mais desenvolvimentos, *vide* texto integral, disponível em WWW:<URL://<http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo1>>.

Neste sentido *vide* Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família*, *cit.*, pp. 196-197, nota 24, ao esclarecerem que um conceito indeterminado deverá ser preenchido de acordo com as circunstâncias concretas, apresentam diversos exemplos possíveis de enquadrar na nomenclatura de “questões de particular importância”, sendo eles a “decisão sobre intervenções cirúrgicas no filho (inclusive as estéticas); saída do filho para o estrangeiro, não em turismo mas em mudança de residência, com algum carácter duradouro; saída do filho para países em conflito armado que possa fazer perigar a sua vida; obtenção de licença de condução de ciclomotores; escolha de ensino particular ou oficial para a escolaridade do filho; decisões de administração de bens que envolvam oneração; educação religiosa do filho (até aos seus 16 anos); prática de actividades desportivas que representem um risco para a saúde do filho; autorização parental para o filho contrair casamento; orientação profissional do filho; uso de contracepção ou interrupção de uma gravidez; participação em programas de televisão que possam ter consequências negativas para o filho”.

Nas situações em que os pais vivem juntos, são casados ou encontram-se em regime de união de facto, verifica-se o regime de exercício conjunto das responsabilidades parentais<sup>72-73</sup>.

Deste modo, exercem, de comum acordo, tanto as questões de particular importância como as relativas aos actos da vida corrente, tal como decorre do preceituado no n.º 2 do artigo 1901.º do Código Civil. Caso não haja consenso, entre as primeiras, poderá haver lugar à iniciativa processual de um dos pais, no qual o tribunal tentará a conciliação, respeitando a norma prevista no artigo 44.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível<sup>74</sup>.

Está, assim, subjacente o carácter subsidiário e excepcional da intervenção judicial, face ao acordo estipulado entre os progenitores<sup>75</sup>, onde se pretende alcançar o superior interesse da criança, em detrimento da vontade dos pais, tal como disposto no n.º 3, do mesmo artigo, ao fazer alusão à necessidade de ouvir “o filho, antes de decidir, salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem”<sup>76</sup>.

Do exposto, é perceptível o reconhecimento e a consagração da criança como sujeito de direitos, atendendo ao seu direito de participação nos assuntos do núcleo

---

<sup>72</sup> Cfr. artigos 1901.º, 1902.º e n.º 1 do artigo 1911.º do Código Civil.

<sup>73</sup> Quanto à consagração do regime de exercício conjunto, na constância do matrimónio *vide* Ana Sofia Gomes, *Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, Lisboa, 2009, p. 20, que esclarece que “não implica nenhuma inovação no nosso ordenamento jurídico, uma vez que já no anterior regime se previa que na constância do matrimónio o exercício do poder paternal pertencia a ambos os progenitores”. Não obstante, a aplicação, deste regime, às situações em que a filiação se encontre estabelecida, a progenitores que vivem em condições análogas à dos cônjuges, constitui uma medida inovadora da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro. Anteriormente, presumia-se a atribuição da guarda materna do filho, excepto nas situações em que ambos os progenitores declarassem, expressamente, perante um funcionário do registo civil, ser da sua vontade a contitularidade do poder paternal, como é possível retirar da leitura do artigo 1911.º do Código Civil na versão anterior.

<sup>74</sup> Cfr. Lei n.º 141/2015, de 08.09 in *Diário da República*, 175, 2015, pp. 7187-7198, aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, revogando, conseqüentemente, a Organização Tutelar de Menores.

<sup>75</sup> Nesta acepção, *vide* Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades nos casos de Divórcio*, *cit.*, p. 327, ao entender que “trata-se de um trabalho de índole essencialmente sociológica, em que o juiz desempenha uma função mediadora e de orientação, limitando-se a sugerir aos pais uma solução e a dialogar com eles sobre a natureza e as matrizes do conflito, para que, com a sua ajuda, possa ser alcançado o acordo que, por si só, os pais não foram capazes de encontrar. Só quando este esforço fracassar pode o juiz ditar uma solução”.

<sup>76</sup> Quanto à não previsão da lei, de um limite mínimo de idade, para ver cumprido este direito, *vide* Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 64, ao esclarecer que “o preceito anterior previa que o Tribunal ouvisse o filho maior de catorze anos. A lei deixa agora de estabelecer uma idade mínima para o direito do filho a ser ouvido, supondo-se que o Tribunal deverá ter em conta a sua opinião de acordo com a «maturidade» e «autonomia» exigidas para o assunto a decidir”.

familiar, que suscitou uma alteração no entendimento da própria relação estabelecida entre os seus membros.

Por sua vez, presume-se o consentimento ou acordo de ambos os progenitores, quando um dos pais praticar qualquer acto que integre o respectivo exercício das responsabilidades parentais, salvo “quando a lei expressamente exija o consentimento de ambos” ou “se trate de acto de particular importância”, nos termos do n.º 1 do artigo 1902.º do Código Civil, não sendo a falta de acordo oponível a terceiro de boa fé.

Logo, tendo em atenção o disposto no n.º 3, do artigo em discussão, o “terceiro deve recusar-se a intervir no acto praticado por um dos progenitores” quando tenha conhecimento da oposição de um dos contitulares ou quando tal acordo não se presuma. Aqui, a lei prevê as circunstâncias em que se adopta um exercício individual e altruísta de um dos pais, por forma a facilitar a realização das tarefas diárias familiares, com terceiros, sem necessariamente estar limitado à concretização conjunta para todos os actos relativos à vida do filho. Excepcionando-se, assim, as situações mencionadas.

Por outro lado, quando estamos perante situações em que os progenitores nunca viveram juntos ou procederam a uma ruptura familiar, o exercício das responsabilidades parentais passa por algumas modificações, quanto ao que foi, anteriormente, disposto.

Tendo em conta que o regime regra do exercício em comum das responsabilidades, quanto às questões de particular importância, se verifica mesmo em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, o legislador prevê, no n.º 1 do artigo 1906.<sup>o77</sup> do Código Civil, que, em “caso de urgência manifesta”, pode um dos pais actuar sozinho, devendo, posteriormente, prestar as devidas informações, logo que possível, ao outro progenitor.

Podemos, então, vislumbrar a tentativa do legislador em concretizar a união familiar, fundada em conceitos de igualdade, colaboração e participação, implementando um verdadeiro desafio aos contitulares das responsabilidades parentais<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> Esta norma é aplicável a outras situações de regulação das responsabilidades parentais, por força do artigo 1909.º, do n.º 2 do artigo 1911.º e do n.º 1 do artigo 1912.º, todos do Código Civil.

<sup>78</sup> Segundo Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família – Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª Edição Actualizada, AAFDL Editora, Lisboa, 2011, p. 205, “não se crê viável o sistema de guarda conjunta (...) com participação de ambos os progenitores nas questões de «particular importância», por importar uma virtual situação de convivência, aparentemente desfasada face à radicalização da ruptura conjugal que conduziu ao divórcio e à separação coexistencial. É uma solução que

Assim, quanto às questões de particular importância, a lei não permite qualquer margem de autonomia aos progenitores. Trata-se de uma imposição legal, o exercício conjunto deste poder funcional relativamente a esta questão.

Porém, atendendo às circunstâncias em que tal actuação nem sempre é pacífica, como cláusula de salvaguarda, caso o exercício em comum seja contrário ao superior interesse da criança, só o tribunal poderá, através de decisão fundamentada, determinar que as responsabilidades parentais, no tocante às questões de particular importância, sejam exclusivamente exercidas por um dos progenitores, como dispõe o n.º 2 do artigo 1906.º do Código Civil.

Afirma-se que estamos perante um interesse público, promovido, excepcionalmente pelo Estado, em detrimento da aceitação de um possível acordo entre os titulares destas responsabilidades<sup>79</sup>.

Já quanto aos actos da vida corrente<sup>80</sup>, o legislador dita que estes, regra geral, sejam exercidos pelo progenitor, com quem o filho reside habitualmente, uma vez que será aquele que se encontrará numa posição mais favorável para o seu correcto exercício.

Por sua vez, JORGE DUARTE PINHEIRO defende a adopção de um modelo mais amplo, de exercício conjunto das responsabilidades parentais, considerando que “a preferência deveria ter recaído sobre o modelo de exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo de exercício entre cada um dos progenitores”, pois, só assim, seriam assegurados tanto o princípio constitucionalmente consagrado nos termos do n.º 5

---

só excepcionalmente poderá vingar, sendo entrevisível um latente crescer de focos de conflitualidade (...).”

<sup>79</sup> Neste sentido, vide Tomé d’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas*, 2.ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2010, p. 155. Em concordância, vide Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, cit., p. 65, ao esclarecer que “a ideia subjacente é a de que, no interesse do filho, ambos os progenitores devem manter-se comprometidos com o seu desenvolvimento, questão que não se deverá deixar na livre disponibilidade dos progenitores por estar em causa uma questão de «interesse público»”.

<sup>80</sup> Para uma delimitação da noção de actos da vida corrente, vide Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades nos casos de Divórcio*, cit., p. 323. A referida autora explica que “os actos da vida corrente, que podem ser praticados indistintamente por qualquer dos pais, incluem os actos necessários para o cumprimento quotidiano dos deveres de cuidado, assistência e de educação, e são aqueles que estão relacionados de forma directa com a coabitação entre o progenitor e a criança, por exemplo, actos praticados no interior da família (dietas alimentares, definição de regras e de horários, acompanhamento dos trabalhos escolares, cuidados médicos de rotina, convívio ou visitas a familiares ou a amigos, programas de televisão, ocupação do tempo livre, etc) e alguns actos jurídicos praticados com terceiros como a inscrição em associações desportivas, em actividades extra-curriculares durante o fim de semana ou durante as férias, inscrições em grupos de jovens, cuidados de saúde como a vacinação obrigatória e pequenas intervenções cirúrgicas benignas, bem como o pedido de renovação do bilhete de identidade ou do passaporte para deslocações de curta duração ao estrangeiro para férias”.

do artigo 36 da Lei Fundamental, como a participação efectiva de ambos os pais, sem a possibilidade de exclusão de um dos contitulares<sup>81</sup>.

Por sua vez, quanto ao estabelecimento da residência da criança junto de um dos pais, MARIA CLARA SOTTOMAYOR faz menção à figura primária de referência, como o critério decisivo a ter em consideração.

A autora menciona que esta determinação “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 protecção 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”<sup>82</sup>.

Face ao exposto, não obstante o convívio com o pai não residente, tutela-se o domicílio da criança com o progenitor contitular das responsabilidades parentais, a quem

---

<sup>81</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, cit., pp. 242-243. Neste mesmo sentido, vide Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família*, cit., pp. 26-27 e, ainda, p. 206, ao esclarecerem que, juntamente com a dificuldade do “(...) que possa entender-se por residir habitualmente, já que é certo que ambos os progenitores mantêm um contacto relativamente próximo com o filho, com direito a férias e visitas, para além de que se subalterniza, uma vez mais, o papel de um dos progenitores, o tido por não residente, nos assuntos ditos correntes. Mantém-se, pois, a violação da regra de igualdade entre progenitores quanto aos filhos (...)”. Defendem, como alternativa, que a solução correcta “seria a da guarda alternada e não conjunta, com espaço e tempo para cada um dos progenitores o ser no respeito pelo outro, mas segundo os seus critérios, nos seus períodos de residência com o(s) filho(s) menor(es), critérios que serão tão pertinentes quanto os do outro progenitor”. Do exposto, os autores acrescentam, no entanto, que “regulada a custódia partilhada, acordadas as visitas, nos períodos alternados de custódia, cada progenitor supervisionaria livremente a educação dos filhos, admitindo-se, (...), que em questões de particular gravidade (termo mais forte impressivamente que importância) a jurisprudência possa, de facto, ir recortando os critérios da exigência de uma intervenção conjunta”.

A contrario, vide Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades nos casos de Divórcio*, cit., pp. 307-308, ao defender que “o exercício unilateral alternado, apesar de conforme com o princípio da igualdade dos pais consagrado no art. 36.º, n.º 5 da CRP e de consistir num modelo que permite à criança uma relação afectiva, de tipo quotidiano, com ambos os pais, cria o risco de colocar a criança no centro do conflito dos pais e de provocar competição entre estes pelo amor da criança, susceptível de permitir que a criança utilize o sistema para minar a autoridade dos pais. Por outro lado, possibilitando que cada progenitor tome sozinho, no seu turno, as decisões de particular importância, aumenta os riscos de conflito e de as decisões de um dos pais frustrarem e anularem as decisões do outro, aumentando a instabilidade e a insegurança na vida dos/as filhos/as”.

<sup>82</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *ibidem*, p. 27. Ainda da mesma autora, vide Maria Clara Sottomayor, “Liberdade de opção da criança ou poder do progenitor? – Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31 de Outubro de 2007”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 56-57, ao defender que “a regra da pessoa de referência deve ser aplicada, não só aos casos de pais divorciados ou separados, mas também aos conflitos entre pais biológicos e terceiros cuidadores da criança, a quem a guarda da criança deve ser confiada, mesmo que não esteja provada a incapacidade dos pais”.

cabe os “actos da vida corrente do filho”, como ocorre da leitura do n.º 3 do artigo 1906.º do Código Civil.

Já o n.º 5, do mesmo artigo, dita que será o tribunal a determinar a residência do filho, tal como os direitos de visita, de acordo com o interesse da criança, “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”.

No mesmo sentido, por forma a evitar que a ruptura familiar se concretize num claro afastamento entre o progenitor não-residente e o filho, o preceituado artigo, no n.º 7, dispõe que, este ao ser confiado a um dos progenitores, nada impede que o tribunal possa promover e aceitar acordos ou decisões que “favoreçam amplas oportunidades”, a ambos os contitulares, assim como a “partilha de responsabilidades entre eles”.

Por sua vez, também o contitular das responsabilidades parentais, não sendo o progenitor residente, pode decidir quanto aos actos da vida corrente, quando estiver a residir temporariamente com a criança, não contrariando, no entanto, o previamente estabelecido e decidido quanto às “orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”<sup>83</sup>. Tal justifica-se pela necessidade de respeitar a estabilidade da criança, perante as orientações a que habitualmente está sujeita<sup>84</sup>.

A este assiste, igualmente, o direito de ser informado sobre o modo como as responsabilidades parentais são exercidas pelo progenitor residente, particularmente sobre a educação e condições de vida do filho<sup>85</sup>. O mesmo se aplica quanto ao progenitor que não exerça de todo as responsabilidades parentais.

---

<sup>83</sup> Cfr. n.º 3 do artigo 1906.º do Código Civil, *in fine*. Quanto ao conceito de “orientações educativas mais relevantes”, vide Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, cit., p. 324, ao defender que “julgamos que este conceito (...) abrange questões relevantes para a saúde e para a educação das crianças, como a definição de dietas alimentares, a ingestão ou não de determinados medicamentos, a realização de trabalhos escolares, a imposição de horários de deitar e de levantar, a obrigação de adoptar métodos educativos não violentos e não humilhantes para a criança, a proibição de certos programas de televisão, por exemplo, filmes violentos, etc.”.

<sup>84</sup> Para mais desenvolvimentos, vide Guilherme de Oliveira, “A nova lei do divórcio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 22-25.

<sup>85</sup> Cfr. n.º 6 do artigo 1906.º do Código Civil.

Não obstante o carácter intransmissível e irrenunciável das responsabilidades parentais<sup>86</sup>, decorrentes da filiação, o progenitor a quem cabe o exercício relativo aos actos da vida corrente, pode fazê-lo por si ou delegar, o seu exercício, a terceiro.

Nesta acepção e como esclarece GUILHERME DE OLIVEIRA, o legislador, nos termos do n.º 4 do artigo 1906.º do Código Civil, pretende dar protecção jurídica às situações em que progenitor delega livremente, sem necessidade de consentimento do contitular destas responsabilidades, o exercício de actos quotidianos, a um novo cônjuge ou companheiro, por exemplo, fazendo face ao aparecimento das famílias recombinadas<sup>87</sup>. A relevância, do papel educativo, atribuída a estas novas figuras “fraternais”, justifica tal consagração.

Do mesmo modo, poderemos acrescentar a possibilidade de delegação, de tais actos, a membros familiares, amigos mais próximos ou, até mesmo, a amas/educadoras, por forma a tomarem as decisões adequadas quanto ao exercício destas responsabilidades. Estas situações devem-se, nomeadamente, a razões profissionais, ou outros motivos diversos, que impedem o progenitor, a quem os actos quotidianos estão confiados, ainda que temporariamente, de exercê-los por si próprio<sup>88</sup>.

Contudo, chamamos a atenção para a natureza desta delegação, uma vez que se consideram “situações que configuram actos concretos e isolados”, “que não interferem com o núcleo essencial das responsabilidades de cada um dos progenitores”<sup>89</sup>.

Isto é, apesar de se verificar uma tutela jurídica, quanto à possibilidade de delegar actos quotidianos, por impossibilidade temporária de um ou ambos os progenitores, tal delegação não se pode concretizar numa total demissão ou denegação das responsabilidades parentais, que originaria uma situação passível de encontrar protecção

---

<sup>86</sup> As responsabilidades parentais são intransmissíveis, uma vez que competem, exclusivamente, aos pais, tal como decorre do n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil, e irrenunciáveis, visto que não podem ser transmitidas a terceiros. Neste contexto, *vide* Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, *cit.*, p. 216, ao esclarecer que “prevendo a lei o exercício conjunto das responsabilidades parentais, um dos pais não pode conferir ao outro a exclusividade do exercício. A passagem do exercício conjunto (...) para o exercício por um só dos pais não opera pela mera vontade destes: a mudança, que se verifica normalmente em casos de divórcio e outros casos de ruptura, pressupõe uma intervenção estatal mesmo que os pais estejam de acordo (o acordo não revela sem a homologação do tribunal ou a aprovação do Ministério Público – cf., respectivamente, os art. 1905.º e 1776.º-A)”.

<sup>87</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, “A nova lei do divórcio”, *cit.*, pp. 25-26.

<sup>88</sup> Neste sentido *vide* Helena Gomes de Melo [et al.], *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, *cit.*, pp. 57-58, e Tomé d’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas*, *cit.*, p. 160.

<sup>89</sup> Cfr. Helena Gomes de Melo, [et al.], *ibidem*, p. 58.

legal, nos termos do artigo 1907.º do Código Civil, que iremos tratar, mais pormenorizadamente, nas páginas que se seguem.

Por outro lado, ciente da possibilidade de ocorrerem situações de impedimento, por parte de um ou ambos os progenitores, o legislador, nos termos do artigo 1903.º do Código Civil, introduziu uma inovação, relativamente ao anterior regime, prevendo certas providências destinadas à salvaguarda do interesse da criança.

Assim, face ao exposto, decretou que, por ausência, incapacidade ou por outro impedimento, decretado pelo tribunal, de um dos progenitores, o exercício das responsabilidades parentais recaia, unicamente, sobre o contitular, excepto se se verificar, do mesmo modo, algum impedimento por parte deste.

Poderemos falar, por exemplo, das situações tipificadas no artigo 1913.º do Código Civil, que inibem, de pleno direito, os progenitores a exercerem tal poder funcional, decorrente da verificação de um dos pressupostos.

Deste modo, a “incapacidade ou outro impedimento”, constante deste preceito legal, têm de ser decretados pelo tribunal. Já a invocação da ausência, deverá ser suscitada pelo progenitor interessado<sup>90</sup>.

Perante tal vicissitude, a lei ordinária, com a introdução da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, previu, ainda, a atribuição das responsabilidades parentais a um membro da família, em caso de impedimento de ambos os progenitores, com a obrigatoriedade de existência de um acordo prévio entre estes e com validação legal<sup>91</sup>, *rectius* judicial.

Contudo, devido ao aparecimento de novos desafios, que surgem no contexto sócio-familiar, com a redacção dada pela Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro<sup>92</sup>, o legislador, face ao impedimento superveniente de ambos os progenitores, tipificou uma nova ordem preferencial, para o exercício das responsabilidades parentais, mediante decisão judicial.

Assim, prevê, taxativamente, que esse exercício caberá, em primeiro lugar, “ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais” e, posteriormente, a “alguém da família”

---

<sup>90</sup> Neste sentido, *vide* Tomé d’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas*, *cit.*, p. 144.

<sup>91</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide* Ana Sofia Gomes, *Responsabilidades Parentais*, *cit.*, pp. 32-33.

<sup>92</sup> Cfr. Lei n.º 137/2015, de 07.08, in *Diário da República*, 174, 2015, pp. 7057-7058, altera o Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, modificando o regime de exercício das responsabilidades parentais.

de um dos progenitores, como se retira da leitura das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 1903.º do Código Civil<sup>93</sup>. Consta-se a tentativa, ainda que residual, de atribuir certa supremacia às relações afectivas que a criança desenvolve ao longo da vida, por forma a prevalecer o seu saudável e harmónico desenvolvimento, com os novos companheiros dos pais.

O mesmo se verifica, nos termos do artigo 1904.º do Código Civil, aquando da morte de um dos progenitores. Perante a verificação, de tal ocorrência, o exercício das responsabilidades parentais pertence ao contitular sobrevivente.

Caso haja impedimento deste, a ordem preferencial estabelecida, de acordo com o artigo 1903.º do Código Civil, deve prevalecer, salvo “disposição testamentária do progenitor falecido, caso exista, que designe tutor para a criança”, como consagra o n.º 2 do artigo 1904.º<sup>94</sup> do respectivo diploma legal.

Por fim, chamamos ainda a atenção para o artigo 1904.º-A do Código Civil, aditado pela Lei n.º 137/2015, de 7 de Setembro, que regula o “exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo único progenitor da criança e pelo seu cônjuge ou unido de facto”.

No decorrer de uma situação de convivência estabilizada, entre um dos progenitores, quando a filiação se encontre estabelecida apenas quanto a este, e o seu actual companheiro, pode ser atribuído, por decisão judicial, o exercício conjunto de tais responsabilidades, mediante pedido de ambas as partes, ouvindo o menor sempre que possível, como prevê o n.º 2 e n.º 3 do artigo *sub judice*.

Assim, de acordo com esta excepcional possibilidade, “enquanto os contitulares das responsabilidades parentais viverem juntos, haverá exercício conjunto pleno”. Em

---

<sup>93</sup> Neste sentido, *vide* Estrela Chaby, *Código Civil Anotado, cit.*, p. 812, ao esclarecer que “nas situações a que se refere a parte final do n.º 1 (e als. a) e b) desse número) e n.º 2 do preceito, as pessoas indicadas exercerão sozinhas as responsabilidades parentais, dissociando-se filiação (que permanece inalterada) e exercício das responsabilidades parentais, perante a necessidade de fazer face a uma situação imprevista e muito perturbadora para o seu desenvolvimento da criança. Assim se distingue a situação prevista neste n.º 2 daquela a que se refere o n.º 1 do artigo 1904.º-A, em que, igualmente estando a filiação estabelecida apenas em relação a um dos progenitores, a lei permite o exercício conjunto das responsabilidades parentais pelo progenitor e seu cônjuge ou unido de facto”.

<sup>94</sup> Atente-se, por sua vez, ao consagrado no artigo 1908.º do Código Civil. O legislador entendeu que, perante a morte de um dos progenitores, o tribunal pode decidir pelo não exercício das responsabilidades parentais quanto ao progenitor sobrevivente, caso se verifique alguma das circunstâncias previstas do artigo 1918.º do Código Civil. Assim, o tribunal designará a pessoa a quem, provisoriamente, o menor será confiado.

caso de ruptura familiar, “em regra, o exercício será mitigado”<sup>95</sup>, nos termos do n.º 5 do artigo 1904.º-A do Código Civil. No caso concreto, podemos afirmar que não se vislumbra um característico exercício das responsabilidades parentais por terceiros, uma vez que se verifica a contitularidade deste poder funcional com um dos progenitores.

O legislador pretendeu proteger e dar continuidade aos laços afectivos que se estabelecem no quotidiano das pessoas envolvidas, perante a convivência dos filhos menores com pessoas que desempenham os papéis afectivos de pai e/ou mãe, dando resposta à “moderna concorrência entre os vínculos de sangue e os laços afectivos”<sup>96</sup>.

Diante do exposto, e atendendo à ideia central da criança como sujeito de direitos, especialmente vulnerável devido à dificuldade de prover, por si própria, as suas necessidades mais básicas, apesar de dotada de uma capacidade progressiva, é de notar a relevância, imprescindível, do papel dos progenitores.

Pela sua proximidade, são de facto as pessoas que se encontram numa posição mais favorável, para a concretização do exercício das responsabilidades parentais, por forma a contribuírem para um desenvolvimento pleno e harmonioso dos filhos.

Com efeito, são os progenitores os primeiros e principais cuidadores, atendendo a que a lei atribui e impõe, a estes, o exercício das responsabilidades parentais, equivalendo, assim, a relação biológica de filiação com a correspondente relação jurídica.

Contudo, apesar da predominância biológica, existente entre nós, assente na ideia “pré-concebida de que os pais biológicos amam e cuidam necessariamente”, é possível constatar, com uma facilidade desconcertante, que os maiores danos causados ocorrem dentro do seio familiar, sendo praticados por um ou ambos os progenitores, ou por outros parentes<sup>97</sup>.

Por forma a limitar os poderes-deveres atribuídos ao núcleo familiar, reconhecendo a existência de situações que colocam em causa o bem-estar físico, psíquico e intelectual dos menores, o legislador concedeu a possibilidade de confiar a guarda da criança a terceiros cuidadores, matéria cujo desenvolvimento iremos tratar de seguida.

---

<sup>95</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 233.

<sup>96</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, “O Sangue, os afectos e a imitação da Natureza”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, p. 12.

<sup>97</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, *ibidem*, p. 10.

## **CAPÍTULO II - O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS POR TERCEIROS**

Tal como referido, nas linhas antecedentes, quanto à questão da titularidade e do exercício das responsabilidades parentais, o Estado exige, primeiramente, à família biológica, a concretização deste poder funcional, de carácter altruística, decorrente do vínculo estabelecido pela filiação.

Deste modo, sendo clara a preferência da família biológica, como centro de educação e desenvolvimento dos filhos, só por via subsidiária e quando há indícios de que os pais falham na sua missão, é que se acentua a responsabilização da comunidade.

Perante o exposto, o nosso sistema jurídico prevê os casos em que o núcleo familiar não possui as condições propícias e necessárias para a prossecução do superior interesse da criança, justificando-se, para isso, uma intervenção estatal. Assim, o n.º 6 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa consagra que “os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial”.

Neste sentido, o artigo 9.º da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê a necessidade de os Estados Partes assegurarem que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem que essa separação se torna urgente, tendo em conta, igualmente, o seu superior interesse.

O n.º 1, do artigo *sub judice*, enumera, a título exemplificativo, algumas situações que podem encontrar enquadramento legal, tais como a ocorrência de maus tratos e negligência para com a criança e, ainda, no caso de os pais viverem separados, a decisão sobre a residência da mesma.

Por sua vez, do n.º 1 do artigo 18.º da respectiva Convenção decorre que a “responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais”, devendo o interesse superior da criança constituir, sempre, a sua preocupação fundamental.

Posto isto, apesar da predominância de concepções biológicas, por parte da jurisprudência, que iremos desenvolver posteriormente, o legislador consagrou a possibilidade de atribuir as responsabilidades parentais a terceiros, nos termos dos artigos 1907.º, 1918.º e 1919.º do Código Civil.

## **O Regime do artigo 1907.º em consonância com o artigo 1918.º do Código Civil**

No tocante ao exercício das responsabilidades parentais, o legislador, na lei ordinária, concedeu a possibilidade a terceiros de exercerem, por si, este poder funcional que, regra geral, é atribuído exclusivamente aos pais, admitindo, deste modo, que a procriação biológica nem sempre corresponde, fielmente, à capacidade para o seu correcto exercício.

Assim, nos termos do artigo 1907.º do Código Civil, por acordo ou decisão judicial, ou, ainda, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, do mesmo diploma, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa.

Face à actual redacção e configuração do regime deste poder funcional, urge afirmar, antes de mais, que o n.º 1 do artigo 1907.º ao fazer referência “à guarda de terceira pessoa” está, implicitamente, a determinar a residência da criança, junto desta.

De facto, devemos considerar o estabelecimento de residência, junto de terceira pessoa, como facto excepcional, tal como se constata da remissão para o artigo 1918.º do Código Civil que prevê que tal aconteça “quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontrem em perigo”, tendo lugar a limitação do exercício das responsabilidades parentais, decretando-se as providências tidas por necessárias, nomeadamente a confiança a terceira pessoa<sup>98</sup>.

Não obstante, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Setembro introduziu que, o exercício das responsabilidades parentais por terceiro poderá, igualmente, verificar-se mediante acordo dos pais ou por decisão judicial, como decorre do preceituado no n.º 1 do artigo 1907.<sup>99</sup>, sem a necessidade de se verificarem os pressupostos estatuídos no artigo 1918.º, todos do Código Civil.

Como defende MARIA CLARA SOTTOMAYOR, o artigo em discussão concedeu “uma clarificação acerca da legitimidade de terceiros cuidadores para o estatuto de parte num processo de regulação de exercício das responsabilidades parentais”,

---

<sup>98</sup> Neste sentido *vide* Estrela Chaby, *Código Civil Anotado, cit.*, p. 819.

<sup>99</sup> Com a reforma de 2008, o legislador consagrou, exclusivamente, a confiança da guarda do filho a terceira pessoa. Como se retira da leitura do artigo 1907.º do Código Civil, na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, a mesma era atribuída, igualmente a estabelecimento de educação ou assistência, não podendo a confiança ser concedida por acordo dos pais. Assim, o n.º 1, do artigo *sub judice*, previa que “quando o filho seja confiado a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência, cabem a estes os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções”.

permitindo a confiança da guarda da criança a terceiros, independentemente da realização de prova da situação de perigo, a que faz alusão o artigo 1918.º do Código Civil<sup>100</sup>.

Deste modo, a *ratio* desta norma tem sido alvo de críticas e questões relacionadas quanto à sua constitucionalidade, uma vez que, a lei consagra expressamente que a confiança pode ser atribuída a terceiros, por acordo de ambos os progenitores, tal como por decisão judicial, na ausência de perigo para a segurança, saúde, formação moral ou educação do menor, quando não seja caso de inibição das responsabilidades parentais<sup>101</sup>.

Face ao exposto, HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA defendem a inconstitucionalidade da norma, por entenderem que a limitação destas responsabilidades só pode ocorrer mediante a efectiva prova da existência de perigo<sup>102</sup>, nos termos do artigo 1918.º do Código Civil, não descurando o facto de que este “pode não ser actual ou iminente, bastando-se a lei com o perigo meramente potencial embora com algum grau de probabilidade”<sup>103</sup>.

Perante tal vicissitude, MARIA CLARA SOTTOMAYOR explica que “o legislador terá querido fazer face à noção demasiado restritiva de perigo defendida por alguns tribunais, permitindo um alargamento das situações de confiança a terceiros”.

Contudo, considera infeliz a formulação do n.º 1 do artigo 1907.º do Código Civil, por permitir a possibilidade de conflitos com a norma estatuída no n.º 6 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa, que tutela a garantia da inseparabilidade dos pais em relação aos filhos<sup>104</sup>.

---

<sup>100</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Temas de Direito das Crianças*, Edições Almedina, Coimbra, 2014, p. 318.

<sup>101</sup> Nesta aceção, *vide* acórdão do Tribunal Relação do Porto de 24.01.2019, proc. 2100/18.1T8PRD.P1, relator Filipe Carço, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, ao esclarecer que “a norma estabelece, em alternativa – através da utilização da conjugação sindética «ou» – o acordo dos progenitores, a decisão judicial e a verificação de alguma das circunstâncias previstas no art. 1918.º”. Perante o exposto, o respectivo acórdão refere que “parece-nos apodítico que esta revisão legislativa aportou o reforço da preocupação pela realização da justiça concreta, do julgamento de cada caso conforme as suas circunstâncias e condições, sob a mira do bem-estar da criança e da prossecução do seu superior interesse”.

<sup>102</sup> Cfr. Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família*, *cit.*, pp. 198-199, ao defenderem que “o artigo 1907.º fala em «por acordo ou por decisão judicial, ou quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º», o que parece supor que se pode entregar, por decisão judicial sem acordo, as RP a terceira pessoa, mesmo que não se prove o perigo junto dos pais, o que, a nosso ver, é claramente inconstitucional”. Ainda, *vide* Guilherme de Oliveira, “A nova lei do divórcio”, *cit.*, p. 27, ao sugerir que a redacção correcta do n.º 1 do artigo 1907.º seria “por acordo, ou por decisão judicial quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, o filho pode ser confiado à guarda de terceira pessoa”.

<sup>103</sup> Cfr. Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *ibidem* p. 298, nota 2.

<sup>104</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, *cit.*, p. 89, nota 186.

Atendendo às normas *sub judice*, concordamos com o defendido por HELENA BOLIEIRO e PAULO GUERRA no sentido de que o n.º 1 do artigo 1907.º do Código Civil, quando interpretado na acepção de permitir a confiança da criança a terceira pessoa por decisão judicial, sem a verificação de perigo, ainda que meramente potencial, constitui uma “violação frontal e inequívoca”<sup>105</sup> ao n.º 5 e n.º 6 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

A inconstitucionalidade material inerente está em confronto com os princípios fundamentais constitucionalmente consagrados, no tocante ao direito dos pais à manutenção e educação dos filhos. Como mencionado anteriormente, estes não podem ser separados dos pais, salvo verificação do não cumprimento dos deveres fundamentais dos progenitores e mediante decisão judicial.

Contudo, chamamos a atenção para as situações em que a criança, desde o nascimento ou idade muito precoce, é entregue a terceiros cuidadores pelos progenitores, desenvolvendo laços semelhantes à filiação com estas pessoas que, continuamente, exercem as funções próprias e essenciais de quem é titular das responsabilidades parentais.

O ordenamento jurídico português atribui relevância jurídica a estas relações, como se retira da leitura da alínea b) do artigo 5.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, doravante designada Lei de Protecção, classificando-as como “guarda de facto”, figura que desenvolveremos em local próprio.

Apesar da mencionada figura não encontrar previsão legal nas circunstâncias do artigo 1918.º do Código Civil, a Lei de Protecção, nos termos da alínea d) do artigo 3.º, prevê que a criança encontra-se igualmente em perigo quando “está ao cuidado de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e em simultâneo com o não exercício pelos pais das suas funções parentais”.

Sendo assim, consideramos que, nas situações de guarda de facto, perante o perigo em causa, a criança deverá ser confiada à guarda de terceira pessoa por decisão judicial,

---

<sup>105</sup> Cfr. Tomé d’Almeida Ramião, *O Divórcio e Questões Conexas*, cit., p. 145. O autor esclarece que “uma coisa é os pais acordarem na confiança do filho a terceira pessoa, independentemente da verificação dos pressupostos enunciados pelo artigo 1918.º do Código Civil, outra, bem diferente, é o tribunal decidir nesse sentido, contra a vontade de um ou de ambos os progenitores, fora das situações consentidas nesse preceito legal (...)”.

mesmo que não se verifique uma das circunstâncias previstas do artigo 1918.º do Código Civil.

Do exposto, é perceptível a ocorrência de violação dos deveres fundamentais dos progenitores para com os filhos, ao permitirem o desempenho reiterado deste poder funcional por terceiros, face à sua ausência prolongada.

Assim, para que a referida decisão judicial esteja em consonância com o tutelado pela Lei Fundamental, não podemos deixar de reiterar a necessidade de se verificar uma das situações de perigo elencadas do artigo 1918.º do Código Civil e/ou do artigo 3.º da Lei de Protecção.

Com efeito, a intervenção estatal traduz-se, via de regra, numa restrição de direitos fundamentais dos progenitores. No entanto, tal poderá suceder atendendo ao estipulado pelo n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa.

A norma consagra os princípios da necessidade, proporcionalidade e adequação em que se prevê que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”, que, face ao exposto, trata-se do, já mencionado, superior interesse da criança.

Neste sentido, e atendendo ao carácter primordial e basilar atribuído a tal conceito, o Supremo Tribunal de Justiça defende que é este princípio “que norteia toda a regulação do exercício do poder paternal, e, modernamente, tem-se entendido que o factor relevante para determinar esse interesse é contribuído pela regra da figura primária de referência, segundo a qual a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia”<sup>106</sup>.

A este propósito, MARIA CLARA SOTTOMAYOR tem defendido que “os Tribunais, apesar da permanência das concepções biologistas, presentes por convicção pessoal de alguns magistrados ou por falta de reflexão de outros, atribuem, de forma crescente, a guarda a terceira pessoa, normalmente os avós da criança, rejeitando a prevalência do vínculo biológico de parentalidade e atendendo ao critério da prestação de cuidados, mesmo que a mãe ou o pai biológico não sejam incapazes nem criem situações

---

<sup>106</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.02.10, proc. 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relator Oliveira Vasconcelos, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

de perigo para os filhos”, falando, assim, de uma “jurisprudência nacional de afectividade”<sup>107</sup>.

Apesar desta posição não ser unânime nos tribunais, nem defendida em absoluto pela doutrina, como acabámos de observar, vejamos um aresto do Tribunal da Relação do Porto<sup>108</sup>, que concedeu a guarda de uma menor a um casal português, sem se verificar o perigo enunciado no artigo 1918.º do Código Civil.

O referido acórdão expõe que o Ministério Público, como representante da menor, intentou uma providência de limitação ao exercício das responsabilidades parentais, contra os seus progenitores, residentes em Angola, ao abrigo dos artigos 1907.º e 1918.º do Código Civil e do n.º 1 do artigo 28.º e do artigo 52.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

O Ministério Público alegou, fundamentalmente, que a criança foi confiada voluntariamente pelos pais à guarda e cuidados de um casal português, com quem se encontrava a residir desde os seus cinco anos, por considerarem que o casal em questão proporcionaria meios adequados e propícios para uma melhor formação e educação da menor.

Por sua vez, acrescentou que a criança integrava o agregado familiar deste casal, do qual fazia parte, igualmente, o filho de catorze anos, sendo tratada com carinho e atenção.

Deste modo, como seu representante, este órgão do sistema judicial nacional, pediu que fosse retirada aos seus pais a titularidade das responsabilidades parentais, em tudo o que fosse necessário para o bom desempenho dos deveres por parte dos referidos cuidadores.

Ao ser proferido despacho de indeferimento liminar do requerimento inicial, por parte do tribunal *a quo*, o Ministério Público apelou, apresentando como alegação, entre outras conclusões, que “a expressão da referida norma constitucional «salvo quando estes não cumpram os seus deveres para com os filhos e mediante decisão judicial», cobre a esmagadora maioria, quando não a totalidade das situações em que é defensável a

---

<sup>107</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, cit., p. 89.

<sup>108</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.01.2017, proc. 9088/16.1T8VNG.P1, relator Maria José Simões, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

prolação de uma decisão judicial que fixe a residência habitual de uma criança com terceira pessoa, sua familiar ou não, porque, nesses casos, o que sucede é uma de duas coisas: ou os pais, por acção ou omissão, maltrataram o filho não lhe prestando os cuidados e prodigalizando o carinho e educação a que tem direito – e estaremos nas situações cobertas pelo disposto no art. 1918.º do CC; ou então, por falta de condições económicas e/ou habitacionais, imaturidade, instabilidade relacional, etc..., desde cedo os pais confiaram o filho a terceira pessoa, ou permitiram que essa terceira pessoa assumisse a sua «guarda de facto», podendo não se desenhar uma situação coberta pelo art. 1918.º do CC, mas sendo, ainda assim, à luz do superior interesse do menor, aconselhável legitimar judicialmente a «guarda de facto» a cargo de terceira pessoa a coberto do disposto no artigo 1907.º do CC, sem com isso beliscar o comando constitucional (...), porque sempre haverá no caso alguma quebra dos deveres parentais para com os filhos por parte dos pais que delegaram, ou permitiram, que esses deveres parentais fossem exercidos por terceiros”.

O Tribunal da Relação do Porto, ao apreciar tais fundamentos, concluiu, por um lado, que o sentido a retirar do artigo 1907.º do Código Civil, advém da existência de “três alternativas para que o menor possa ser confiado à guarda de terceira pessoa”, sendo elas por acordo, por decisão judicial e, “a terceira, então, é quando se verificarem as circunstâncias previstas no artigo 1918.º do Código Civil”.

Por outro lado, o respectivo Tribunal defendeu que “quando existe acordo dos progenitores para que o filho seja confiado à guarda de terceira pessoa”, não se vislumbra que o citado artigo 1907.º “exija que a segurança, saúde, formação moral ou a educação estejam em perigo”. Pois, “se assim fosse, não se alcançaria qual o interesse processual emergente da presente acção, quando os progenitores que exercem em exclusivo as responsabilidades parentais estão de acordo que o filho fique confiado a outra pessoa”.

O tribunal *ad quem* julgou procedente a apelação, considerando que a dita família reunia “todas as condições para tratar da menor com desvelo, carinho e atenção, substituindo-se, assim, na medida do possível, aos pais biológicos”, proporcionando-lhe melhores condições de vida, do que aquelas que resultariam caso permanecesse com estes.

Do exposto, como previsto no n.º 2 e n.º 3 do artigo 1907.º do Código Civil, quando seja atribuída a confiança da guarda do menor a terceira pessoa, “cabem a esta os

poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenhado das suas funções”, devendo o tribunal decidir em que “termos são exercidas as responsabilidades parentais”.

Em suma, o tribunal terá de elencar, expressamente, quais os poderes e deveres atribuídos à terceira pessoa, por forma a que seja perceptível a extensão de tal atribuição, e, conseqüentemente, a parte dita residual que fica a cargo dos progenitores<sup>109</sup>.

Existindo, por sua vez, perigo iminente, aquando do exercício das responsabilidades parentais, face às situações previstas no artigo 1918.º do Código Civil, o legislador concede ao tribunal, a pedido do Ministério Público ou de uma das pessoas elencadas no artigo 1915.º, do mesmo diploma legal, a possibilidade de decretar as providências tutelares adequadas, “designadamente confiá-la a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”.

Neste sentido, verificando-se uma limitação destas responsabilidades, o artigo 1919.º do Código Civil tutela que os pais conservam o seu exercício, em tudo o que não for inconciliável com a providência decretada, estabelecendo-se, para o efeito, um regime de visitas, salvo se o interesse do filho o desaconselhar.

Contudo, tal perigosidade não pode justificar que ambos os progenitores devam ser inibidos deste mesmo exercício.

Desta forma, não estando em causa a inibição, mas sim a limitação do exercício das responsabilidades parentais, será atribuído à terceira pessoa, a quem for confiada a criança, a residência e os poderes e deveres necessários à prossecução do seu superior interesse, justificando-se, que o tribunal determine, concretamente, qual a parte remanescente concedida ao um ou ambos progenitores, consoante os casos<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Face ao exposto, *vide* Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado, cit.*, p. 404, que na redacção do Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, quanto ao artigo 1907.º do Código Civil, já defendiam que “os múltiplos direitos e deveres contidos no chamado poder paternal se dividem em dois núcleos distintos: os poderes e deveres essenciais às funções (de instrução, educação, sustento, assistência à saúde, segurança, etc.) cometidas a terceiro (...) a quem o filho menor for entregue, de um lado; e todos os demais poderes e deveres integrados no poder paternal, que ficam pertencendo a ambos os pais ou ao progenitor que o tribunal designar para o efeito, do outro lado”.

<sup>110</sup> Neste sentido *vide* acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.12.2017, proc. 137/13.6TMLS-B.L1-2, relator António Moreira, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que esclarece que “é através desta distribuição do exercício das responsabilidades parentais que fica assegurado o superior interesse da criança, já que a parte não prejudicada do exercício das responsabilidades parentais tem sempre por medida e limite as necessidades com a segurança, a saúde, a formação moral e a educação do menor que se encontrava em perigo, e que, por isso, justificam a sua guarda por terceira pessoa, com a atribuição a esta dos poderes e deveres necessários à prossecução desse fim. O que equivale a afirmar que o superior

Todavia, tal pode ser revogado ou alterado, a todo o tempo, pelo tribunal que se decidiu pela providência, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer dos pais, de acordo com o estatuído pelo artigo 1920.º-A do Código Civil.

Face ao exposto, podemos concluir que, a titularidade das responsabilidades parentais, como efeito da filiação, resulta, em regra, da verdade biológica pertencendo sempre e apenas às pessoas que possuem, perante a lei, a qualidade jurídica de pai e de mãe.

Contudo, o exercício dessas mesmas responsabilidades, enquanto desempenho efectivo de prestação de cuidados e de responsabilidades educativas e financeiras, pode ser, por sua vez, atribuído a terceiras pessoas.

---

interesse do R. (criança) está salvaguardado com a atribuição da sua guarda à requerente e com o exercício por esta das responsabilidades parentais, quer para os actos da vida corrente do menor, quer para as questões de particular importância para a vida do mesmo (...), cabendo à progenitora o exercício das responsabilidades parentais na parte não prejudicada por aquela atribuição a terceira pessoa, a par do exercício do direito à informação sobre o modo como são exercidas por esta as referidas responsabilidades parentais, em respeito pelo disposto no art.º 1906º, nº 6, do Código Civil, e sempre tendo em vista a manutenção da relação de proximidade do menor com a sua progenitora, como impõe o nº 7 do referido art.º 1906º do Código Civil”.

## O Superior Interesse da Criança e a Regra da Figura Primária de Referência

Com a assunção e o reconhecimento da criança, como sujeito autónomo de direitos, revestida de dignidade humana, a partir da centralidade constituída pela Convenção sobre os Direitos da Criança, tem sido concedida uma abrangente visibilidade para as questões relativas à aplicação do quadro jurídico-legal familiar, atribuindo-se primazia e tendo como escopo o seu superior interesse<sup>111</sup>.

De facto, o n.º 1 do artigo 3.º da Convenção das Nações Unidas<sup>112</sup> impõe que “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 este princípio<sup>113</sup>.

Contudo, a dificuldade inerente ao superior interesse da criança passa, essencialmente, pela sua aplicação prática pelos tribunais, uma vez que estamos perante um conceito indeterminado, tal como defendido pela doutrina<sup>114</sup>.

---

<sup>111</sup> Neste sentido, *vide* Álvaro Laborinho Lúcio, “As Crianças e os Direitos – O Superior Interesse da Criança”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 186, ao esclarecer que “ora, é justamente a partir da consideração da criança como ser autónomo e completo, embora diferente do adulto, e procurando conhecê-la nessa diferença culturalmente identificadora, que se chegará, primeiro do que tudo, à criança. Só a partir daí, conhecida a criança, será possível dar conteúdo e densificar o conceito de interesse superior da criança, ainda como categoria pré-jurídica, isto é, anterior à intervenção conformadora do direito”.

<sup>112</sup> Designação igualmente utilizada para fazer referência à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

<sup>113</sup> O princípio do superior interesse da criança é ainda mencionado em outros seis artigos da Convenção, sendo eles o n.º 1 do artigo 9.º, o qual impõe que as crianças não sejam separadas de seus pais “contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem”, que é necessário, tendo como critério basilar este princípio; o artigo 18.º, que determina que cabe primacialmente a ambos os pais a responsabilidade comum na educação e desenvolvimento do filho, “devendo constituir a sua preocupação fundamental” a verificação do superior interesse da criança; o artigo 20.º, que dispõe que a criança tem “direito à protecção e assistência especiais do Estado”, quando esteja privada do seu ambiente familiar, ainda que temporariamente, devido à necessidade e obrigatoriedade de se ver cumprido tal interesse; o artigo 21.º, que ao reconhecer e permitir a adopção consagra que se deve ter como “consideração primordial” a sua verificação; a alínea c) do artigo 37.º, que tutela a consagração de tal princípio nas situações em que a criança, privada de liberdade, deve ser separada dos adultos, salvo se não for aconselhável; e, ainda, no ponto iii), da alínea b) do n.º 2 do artigo 40.º, que ressalva as situações em que a criança suspeita, acusada ou que se reconheceu ter infringido lei penal, possa ter a sua causa examinada “sem demora por uma autoridade competente, independente e imparcial ou por um tribunal, de forma equitativa nos termos da lei, na presença do seu defensor ou de outrem assegurando assistência adequada e, (...) na presença de seus pais ou representantes legais”, excepto se tal for contrário à verificação de tal princípio.

<sup>114</sup> Neste sentido, *vide* Helder Roque, “Os conceitos jurídicos indeterminados em direito da família e sua integração”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, pp. 93-94, ao referir que “tem assistido o Direito da Família a uma progressiva invasão de conceitos de natureza jurídica, relativamente indeterminada, com especial incidência em matérias atinentes ao Direito da Filiação e seus regimes próximos (...)”. Assim, neste ramo de direito, “existe uma dupla fonte normativa, pois que, para além da fonte de natureza externa, representada pela lei, importa ainda considerar as fontes de natureza interna, ou seja, os padrões adoptados, em concreto, por cada família, o que explica o carácter lacunoso

Neste sentido, CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL e JOSÉ SILVA PEREIRA escrevem que esta expressão, na sua “indeterminação conceptual, será a chave da leitura interpretativa de todo o conjunto de disposições normativas que se reportam à parentalidade”<sup>115</sup>.

Apesar de não surgir na nossa Constituição, pelo menos de forma expressa, o princípio *sub judice*, LEONOR FURTADO e PAULO GUERRA defendem que, pelo facto de a Lei Fundamental consagrar o direito de protecção da família e da criança, nos termos dos artigos 67.º e 69.º, demonstra-se que o superior interesse da criança é tido em consideração na intervenção do Estado, junto do núcleo familiar<sup>116</sup>.

Nestes termos, os referidos autores consideram que a Constituição da República Portuguesa assenta num conceito de família que prossegue valores de afectividade e interacção entre todos os seus membros<sup>117</sup>.

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa tem entendido que “o critério norteador que deve presidir a toda e qualquer decisão do tribunal, em matéria de regulação de responsabilidades parentais é o interesse superior da criança, critério este que deve estar acima dos direitos e interesses dos pais quando estes sejam conflitantes com os daquela”<sup>118</sup>.

Neste sentido, a intervenção estatal deve ser regulada por este critério, não se coadunando com uma intervenção discricionária, ganhando, desta forma, concretização ao regular juridicamente cada caso concreto, pois, como refere ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “a particular fragilidade das crianças, em face das adversidades do mundo

---

deste ramo de Direito e o recurso frequente da lei a conceitos jurídicos indeterminados, bem assim como a fórmulas flexíveis e imprecisas, que não são o resultado, como acontece na técnica legislativa clássica, de inadvertidas impreviões, mas antes, muitas vezes, o fruto de uma ponderada reflexão filosófica, com o fim de permitir que a norma se possa adaptar à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida, em especial, de cada família e de cada menor”.

Do mesmo modo, *vide* Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, *cit.*, pp. 41-42, que esclarece que “o legislador ao consagrar o critério do interesse da criança adoptou a técnica legislativa dos conceitos indeterminados, que permite obter uma osmose entre o Direito e a realidade. (...) O legislador entendeu que um texto legal não pode jamais apreender o fenómeno familiar na sua infinita variedade e imensa complexidade e emite ao tribunal um comando a fim de que este decida de acordo com os interesses e direitos da parte mais fraca no litígio. Contudo, esta técnica legislativa, adoptada por um legislador que confiou no bom senso da magistratura, revelou-se inadequada por ser demasiado aberta e permeável às convicções pessoais e preconceitos dos juizes”.

<sup>115</sup> Cfr. Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família*, *cit.*, p. 203.

<sup>116</sup> Cfr. Leonor Furtado e Paulo Guerra, *O Novo Direito das Crianças e Jovens – Um Recomeço*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2001, p. 19.

<sup>117</sup> Cfr. Leonor Furtado e Paulo Guerra, *ibidem*, p. 19, nota 7.

<sup>118</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07.02.2019, proc. 784/18.0T8FAF-B. G1, relator Eugénia Maria Moura Marinho da Cunha, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

externo” levou a Lei Fundamental “a cometer à sociedade e ao Estado um dever de protecção”<sup>119</sup>.

Assim, decorrente de imposição constitucional, “as crianças têm direito a 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”<sup>120</sup>.

Por sua vez, o legislador consagrou, no n.º 1 do artigo 1878.º do Código Civil, o conteúdo das responsabilidades parentais, por forma a assegurar a concretização deste princípio, mediante actuação dos progenitores.

Caracterizado como um conjunto de poderes-deveres, de carácter altruísta, o exercício de tais responsabilidades visa “velar pela segurança e saúde” dos filhos, “prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”, não devendo, para isso, ocorrer uma situação de afastamento familiar entre pais e filhos, salvo decisão judicial quando se verifique o incumprimento destes deveres fundamentais<sup>121</sup>, como mencionado nas linhas antecedentes.

O Supremo Tribunal de Justiça, a este respeito, tem defendido que, por mais que se aceite que é um “direito subjectivo” dos pais terem os filhos consigo, é, no entanto, o denominado “interesse superior da criança que deve estar acima de tudo”. Em caso de incompatibilidade, entre os interesses dos progenitores e dos filhos, terá impreterivelmente de prevalecer o interesse em questão<sup>122</sup>.

Logo, não sendo susceptível de uma definição ampla e abstracta, que integre e faça jus a todos os casos, este critério só adquire verdadeiramente eficácia ao atender, casuisticamente, a cada caso concreto pois, como ensina MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “há tantos interesses da criança, como crianças”<sup>123</sup>.

Neste sentido, a autora refere que apesar da introdução deste critério representar “um avanço na lei, na doutrina e na jurisprudência”, é imperativo ser sensível ao seu

---

<sup>119</sup> Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, “O Superior Interesse da Criança”, *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 38.

<sup>120</sup> Cfr. n.º 1 do artigo 69.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>121</sup> Cfr. n.º 6 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>122</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.02.10, proc. 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relator Oliveira Vasconcelos, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

<sup>123</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, cit., p. 42.

“carácter vago e elástico”, uma vez que pode prestar-se a uma “variedade de sentidos” e “interpretações subjectivas, de acordo com as opiniões pessoais do julgador”<sup>124</sup>.

Por conseguinte, poderíamos verificar soluções distintas para situações equiparáveis, consequência oposta a um Estado de Direito, ocorrendo, consequentemente, a violação dos princípios da segurança jurídica e da igualdade, como preceituam os artigos 2.º e 13.º da Constituição da República Portuguesa, respectivamente.

Perante tais vicissitudes, é defendido que “seria importante que o legislador, em vez de deixar, aos tribunais, uma tão ampla margem de liberdade de decisão, se compromettesse com uma definição do conceito, vinculando os tribunais ao respeito pela continuidade dos cuidados prestados à criança e da relação afectiva recíproca”, de forma a densificar e esclarecer, dentro do possível, o seu sentido e limites inerentes à sua concretização<sup>125</sup>.

Todavia, seguimos os ensinamentos de ANABELA MIRANDA RODRIGUES, ao entender que o conceito de superior interesse da criança ao ser “em si mesmo vago e aberto ou genérico não deixa de ser uma verdade que não se vê porque tenha que ser necessariamente maléfica e que possa ser torneada através de uma definição «legal»”<sup>126</sup>.

É perceptível a dificuldade inerente à densificação deste conceito, que versa na multiplicidade de situações a que cada criança está exposta, face à riqueza das ligações afectivas que se vão construindo e desenvolvendo ao longo da vida, assim como às suas próprias necessidades físicas, intelectuais, religiosas e materiais.

No entanto, é através da verificação dessas mesmas necessidades, atendendo ao circunstancialismo do caso concreto, que a densificação de uma variedade de direitos ao nível legal se consolida, “no momento decisivo em que a vida – o interesse – da criança se decide, que é o momento da aplicação da lei”<sup>127</sup>.

Em consonância com o exposto, é imperativo ter em conta o acervo jurisprudencial como imperativa fonte de conhecimento, por forma a permitir a

---

<sup>124</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, cit., p. 80.

<sup>125</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *ibidem*, p. 80.

<sup>126</sup> Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, “O Superior Interesse da Criança”, cit., p. 40.

<sup>127</sup> Cfr. Anabela Miranda Rodrigues, *ibidem*, p. 40.

configuração dos contornos inerentes ao conceito em discussão<sup>128</sup>, assim como às manifestações legais deste princípio<sup>129</sup>.

Delimitar este conceito, a uma definição concreta, poderia originar a que não se tivesse em consideração a magnitude do substracto interdisciplinar que confere consistência às decisões relativas a este princípio<sup>130</sup>.

Face ao exposto, o Supremo Tribunal de Justiça explica que “modernamente tem-se entendido que o factor relevante para determinar o superior interesse da criança é constituído pela figura primária de referência”, “segundo a qual a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia”.

O douto Tribunal defende que esta figura é a responsável pela realização das tarefas quotidianas, por constituir a solução mais conforme ao seu interesse, por permitir desenvolver a continuidade do ambiente e da relação afectiva principal, tendo sempre como “factor decisivo”, a vontade expressa do menor, em tudo o que lhe diga respeito<sup>131</sup>.

Para a concretização do seu superior interesse, atendendo a esta figura<sup>132</sup>, é necessário considerar a disponibilidade afectiva demonstrada pelos progenitores ou

---

<sup>128</sup> Cfr. Helder Roque, “Os conceitos jurídicos indeterminados em direito da família e sua integração”, *cit.*, p. 96, ao referir que “o aparecimento profuso dos conceitos jurídicos indeterminados que o legislador utiliza, por confiar na discricionariedade e bom senso dos juizes, reveste grande flexibilidade, criatividade e realismo, em especial, no capítulo da atribuição da guarda dos filhos menores, originando a consagração de um direito judicial ou jurisprudencial, na área do Direito da Família, mais do que um direito legal. Porém, a jurisprudência tem, também, procurado contribuir para delimitar o conceito de «interesse dos menores», através de princípios susceptíveis de, por um lado, coadjuvar o juiz na decisão e, por outro, restringir a margem de livre apreciação ou discricionariedade do julgador (...)”.

<sup>129</sup> Cfr. alínea a) do artigo 4.º da Lei de Protecção e o n.º 1 do artigo 1878.º e o n.º 5 e n.º 7 do artigo 1906.º todos do Código Civil.

<sup>130</sup> Neste sentido, *vide* Anabela Miranda Rodrigues, “O Superior Interesse da Criança”, *cit.*, p. 40, ao defender que “o substracto interdisciplinar que confere consistência à decisão que, por isso, não deixa de ser, como deve, uma decisão jurídica, constituir-se-á em garante de que o interesse da criança não estiola à luz de uma consideração positiva ultrapassada”. Neste contexto, quanto à necessidade de se verificar o interesse superior da criança caso a caso, *vide* Álvaro Laborinho Lúcio, “As Crianças e os Direitos – O Superior Interesse da Criança”, *cit.*, p. 187, ao esclarecer que “o interesse da criança assumirá a sua real dimensão concreta, manifestada no caso, a ele adequada, por ele conformada e nele se projectando como fundamento da decisão. Este será, afinal, aquele concreto interesse da criança que será tido como «primacialmente» em conta na formação daquela decisão”.

<sup>131</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04.02.10, proc. 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relator Oliveira Vasconcelos, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

<sup>132</sup> A regra da figura primária de referência tem como génese o conceito do “Primary Caretaker”, definido conceitualmente por uma decisão do Supremo Tribunal de West Virginia de 26.05.1981, proc. 278 S.E.2d 357, que, ao fixar a *guarda* do filho a favor da mãe, em detrimento de um pai ausente, ainda que detentor de uma considerável melhor educação/formação e condição financeira, esclareceu que os sacrifícios vivenciados pela progenitora, de forma a mobilizar todos os recursos, sob o seu comando, no interesse do filho, não se poderiam traduzir na conclusão de que seria uma “progenitora inadequada”. Tal decisão recai, na circunstância da progenitora ter dado consentimento de adopção do filho, a favor dos seus avós maternos,

terceira pessoa, assim como a sua capacidade para a promoção de um harmonioso desenvolvimento do menor e a inerente adaptabilidade para prover às suas necessidades, promovendo-se a continuidade das relações afectivas da criança<sup>133</sup>.

Neste sentido, MARIA CLARA SOTTOMAYOR defende que deve atribuir-se preponderância ao progenitor que exerce os actos diários que impliquem uma maior proximidade física com a criança, uma vez que, regra geral, são realizados pelo cuidador que satisfaz as suas necessidades básicas, estabelecendo-se, conseqüentemente, uma relação afectiva mais profunda entre ambos<sup>134</sup>.

Contudo, apesar da regra da figura primária de referência ser aplicada pela nossa jurisprudência<sup>135</sup>, a Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro tutela, *a contrario*, o exercício conjunto mitigado<sup>136</sup> das responsabilidades parentais, fundado em conceitos de igualdade,

---

em virtude da necessidade de proporcionar à criança todos os cuidados hospitalares necessários, oriundos de um seguro médico, que só poderia ser usufruído se o menor fosse adoptado pelos avós.

Deste modo, por forma a facilitar a compreensão e a própria delimitação deste conceito, foi decidido, pelo tribunal, que a figura primária de referência recairia sobre “certos critérios óbvios”, presentes no cuidador principal, que deveriam ser alvo de atenção, por parte de qualquer decisão judicial, sendo eles: (1) preparação e planeamento das refeições; (2) banho, higiene e vestuário; (3) compra, limpeza e cuidado com as roupas; (4) cuidados médicos, incluindo enfermagem e idas ao médico; (5) planos para interacção social com os amigos depois da escola, i.e., transportá-lo a casa de amigos ou, por exemplo, para encontros de escuteiros; (6) planeamento de cuidados alternativos, i.e., babysitting, infantários, etc.; (7) deitar a criança na cama à noite, atendê-la a meio da noite, acordá-la de manhã; (8) disciplinar, i.e., ensinar boas maneiras e hábitos de cuidados pessoais; (9) educar, i.e., religiosa, cultural, e socialmente, etc.; e (10) ensinar capacidades elementares, i.e., ler, escrever e contar. Para mais desenvolvimentos, *vide* texto original, em inglês, disponível em WWW:<URL://law.justia.com/cases/west-virginia/supreme-court/1981/14962-3.html>.

<sup>133</sup> Nesta acepção, *vide* Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, *cit.*, pp. 59-63.

<sup>134</sup> Neste sentido, *vide* Maria Clara Sottomayor, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica *versus* Relação afectiva”, *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho*”, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 55-57. A autora exemplifica, como cuidados em que se verifica uma maior proximidade física “o acto de deitar e de adormecer a criança, de a vestir e de dar banho, de a atender quando chama, durante a noite, e de lhe prestar assistência na doença”.

<sup>135</sup> A nível dos tribunais superiores, atendendo à figura da primária de referência como critério relevante para a regulação do exercício das responsabilidades parentais, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.02.2016, proc. 1233/14.8TBGMR.G1, relator Jorge Teixeira, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, onde se decidiu que “a relação do menor com o progenitor guardião é a mais importante, pois este é a sua figura primária de referência e esta relação será inevitavelmente afectada com a alteração da guarda a favor do outro progenitor. Para o desenvolvimento da criança é menos traumatizante a redução do contacto com o progenitor sem a guarda do que uma ruptura na relação com o progenitor com quem tem vivido, que será aquele com quem construiu uma relação afectiva mais forte. (...) E apenas se entende que assim não deva ser no caso de se poder concluir que a deslocação do menor para a nova residência do progenitor guardião não é a solução que melhor defende os seus interesses, ou seja, considerando a estabilidade das condições da vida da criança, do seu ambiente físico e social e das suas relações afectivas, enquanto espaço propício ao seu harmonioso desenvolvimento”. Seguindo esta ideologia, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16.06.2016, proc. 253/10.6TMBRG-A.G1, relator Miguel Baldaia Morais, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

<sup>136</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *Direito da Família Contemporâneo*, *cit.*, pp. 235-236, notas 565 e 566.

colaboração e participação dos contitulares, por forma a promover o desenvolvimento das relações afectivas da criança com ambos os progenitores.

Como mencionado anteriormente, o legislador português consagra, nos termos do n.º 5 do artigo 1906.º do Código Civil, que “o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste”, atendendo a “todas 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”.

O tribunal, ao ter como fito o superior interesse da criança, deve promover e aceitar acordos ou decisões que estabeleçam “uma grande proximidade com os dois progenitores”, por forma a favorecer “amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles”, nos termos do n.º 7 do artigo *sub judice*.

Como esclarece JOAQUIM MANUEL DA SILVA, a regra da figura primária de referência “nasce para substituir o critério da «preferência maternal» para cuidar das crianças de tenra idade”, “na sequência de acusações de violação do princípio de igualdade”<sup>137</sup>.

No entanto, foi igualmente alvo de críticas por se sustentar em fundamentos antiquados, visto que a mulher ocupa actualmente cargos similares no mercado de trabalho, em atribuir prevalência à guarda materna, implicando a desvalorização do pai enquanto educador, ter como factor decisivo, em casos de divórcio, a forma como cada progenitor zela pelo bem estar do filho na constância do matrimónio e, face ao conceito de vinculação, implicar a separação de irmãos que desenvolvessem diferentes relações com os progenitores<sup>138</sup>.

De facto, como refere GUILHERME DE OLIVEIRA, a figura primária de referência “inscreve-se num sistema de escolha binária” entre os progenitores “que tende à exclusividade das relações do filho com o cuidador principal, ao contrário da tendência contemporânea do envolvimento de ambos os progenitores”<sup>139</sup>.

Do exposto, face a situações de ruptura familiar, quando ambos cooperam nos cuidados quotidianos, a escolha do progenitor com quem o filho deve residir pode tornar-

---

<sup>137</sup> Cfr. Joaquim Manuel da Silva, *A Família das Crianças na Separação dos Pais – A Guarda Compartilhada*, Petrony Editora, Lisboa, 2016, p. 62.

<sup>138</sup> Neste sentido, *vide* Joaquim Manuel da Silva, *ibidem*, pp. 62-63.

<sup>139</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, “Ascensão e queda da Doutrina do «cuidador principal»”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 16, 2011, p. 12.

-se numa árdua tarefa. Neste sentido, na possibilidade de verificar-se a participação activa de ambos os cuidadores em fases diferentes da vida da criança, JOAQUIM MANUEL DA SILVA questiona a validade do critério em discussão<sup>140</sup>.

Assim, concluímos que “não se pode aceitar a mobilização privilegiada de uma circunstância para encontrar a decisão, com desvalorização de todas as outras”<sup>141</sup>.

Não obstante a relevância atribuída a esta figura e tendo em atenção o poder discricionário do juiz, é imperativo o bom senso do tribunal e a efectiva ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto, de modo a que o interesse da criança seja concretizável.

Compreende-se que, dada à multiplicidade de factores inerentes ao respectivo interesse, não se pode colocar em causa a respectiva liberdade e autonomia da criança para estabelecer o devido vínculo afectivo com os seus pais, face à escolha de um critério relativamente a um outro.

Destacamos a necessidade de atender à sapiência e ponderação dos nossos magistrados para uma correcta delimitação deste conceito, sendo sensíveis às diferenças existentes de caso para caso e de criança para criança.

Por outro lado, chamamos a atenção para as situações decorrentes dos artigos 1907.º e 1918.º do Código Civil, em que se verifica que o vínculo biológico nem sempre se traduz na capacidade para o correcto exercício das responsabilidades parentais.

Nestes casos, em que a função de cuidador é realizada por terceiras pessoas, estamos perante um cenário em que, habitualmente, ambos os progenitores, por questões de doença, abandono, dificuldades financeiras, emigração, toxicod dependência, entre outros, não exercem os seus deveres fundamentais para com os filhos.

---

<sup>140</sup> Cfr. Joaquim Manuel da Silva, *A Família das Crianças na Separação dos Pais*, cit., p. 63.

<sup>141</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, “Ascensão e queda da Doutrina do «cuidador principal»”, p. 17. Neste sentido, vide Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.02.2017, proc. 1530/14.2TMPRT-A.P1, relator Manuel Domingos Fernandes, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, ao referir que “a figura primária de referência, não obstante seja tida como referente no meio jurídico e seguida pelos nossos tribunais, cremos ser insuficiente para estribar uma decisão sobre o projecto de vida de uma criança, pois que limita todo um manancial de experiências a um momento (aquele em que criança é mais dependente) e a uma única figura, desvalorizando outros aspectos vivenciais da criança que são fundamentais para que ela se desenvolva de forma harmoniosa e autónoma. A investigação científica tem posto em evidência a importância de a criança manter o relacionamento e os vínculos com ambos os progenitores, desde que estes revelem competências parentais adequadas, desmontando a ideia de que a figura que esteve mais presente nos primeiros meses/anos de vida é a única figura de vinculação importante para a criança ou a figura de vinculação exclusiva”.

Deste modo, o papel substitutivo de pais cabe, nas situações mais comuns, aos avós, tios e/ou irmãos que cuidam da criança, durante um longo período, estabelecendo entre si laços semelhantes à filiação.

Estas terceiras pessoas que vêm assumindo continuamente as funções principais e essenciais de quem exerce tais responsabilidades são consideradas, por alguma jurisprudência, como “importantes figuras de referência da vida”<sup>142</sup> da criança ou “figuras de referência na afectividade, educação e sustento”<sup>143</sup>.

Seguindo esta nomenclatura, para a confiança da guarda a terceiros, estamos a considerar a proximidade e ligação afectiva que as crianças estabelecem com estas pessoas, assumindo a sua imagem como figuras primárias de referência no desenvolvimento da sua personalidade e nas relações que vão estabelecendo ao longo da

---

<sup>142</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Lisboa de 20.01.2005, proc. 8522/2004-8, relator Gonçalves Rodrigues, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que ao negar o provimento do recurso, acordou em confiar judicialmente a criança, aos avós paternos, contra a vontade da progenitora. No caso *sub judice*, após a dissolução da respectiva união de facto, os progenitores entregaram a criança aos cuidados dos avós paternos, por forma a exercerem as responsabilidades parentais. Durante esse período, de aproximadamente seis anos, estabeleceram com o neto “laços afectivos recíprocos bastante fortes e de qualidade”, tendo estes, para o efeito, se constituído como “importantes figuras de referência da vida” da criança. Esta, por sua vez, estabeleceu com os avós a sua rotina quotidiana, estando integrada num meio estudantil fixo. Não obstante ter mantido um contacto próximo com ambos os progenitores, o Tribunal *a quo* decidiu pela confiança da guarda da criança aos avós, atribuindo o poder residual ao progenitor e os respectivos direitos de visita à mãe. Inconformada com a decisão, a progenitora interpôs recurso de apelação. O Tribunal *ad quem*, mantendo-se em conformidade com a decisão recorrida, esclareceu que para a verificação do superior interesse da criança “existem vários factores a ser ponderados na concretização desse conceito, nomeadamente, a adaptação do menor ao meio ambiente (escola, família, amigos), a capacidade dos pais satisfazerem as necessidades dos filhos, o tempo disponível para cuidar destes, a continuidade das relações da criança, etc.”. Assim, “é conveniente que se mantenha o menor no ambiente familiar, social e escolar onde se integrou, e vive há vários anos”, tal como se acentua a importância das alegações da mãe em que relata “não dispor de um horário que lhe permita ter disponibilidade necessária”.

<sup>143</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.10.2005, proc. 8552/2005-6, relator Pereira Rodrigues, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que, concordando com o Tribunal *a quo*, proferiu sentença no sentido da entrega judicial da criança ao irmão mais velho, não obstante se verificar que a mãe biológica detinha as condições necessárias para exercer as responsabilidades parentais. No caso *sub judice*, a criança vivia com o irmão e a respectiva cunhada há mais de sete anos, sendo estes as suas “figuras de referência na afectividade, educação e sustento”. Tendo sido negada a procedência da acção, em 1ª instância, a progenitora, inconformada com a decisão, interpôs recurso alegando que possuía as condições propícias para assegurar uma boa educação à filha. Face ao exposto, o Tribunal considerou que existia uma “situação de facto, quanto ao desempenho do poder paternal em relação à menor, que no seu interesse importa ser mantido, para que os interesses da menor sejam devidamente acautelados”, verificando-se, no caso concreto, que “por vontade sua, tem estado de facto confiada aos cuidados” do irmão e da cunhada. Assim, “desde que o interesse do menor o reclame poderá este ser confiado aos cuidados de terceira pessoa, ainda que o menor possua algum dos progenitores em condições de lhe caber o exercício do poder paternal”, uma vez que “o conceito de interesse superior da criança tem de ser entendido em termos suficientemente amplos de modo a abranger tudo o que envolva os legítimos anseios, realizações e necessidades daquele e nos mais variados aspectos: físico, intelectual, moral, religioso e social. E esse interesse tem de ser ponderado, casuisticamente, em face de uma análise concreta de todas as circunstâncias relevantes a conhecer do caminho indicado para a sua realização”.

vida, como consequência do incumprimento dos pais relativamente ao exercício deste poder.

Com a atribuição deste critério a terceiros cuidadores, não está em causa a prevalência da guarda materna, a desvalorização do pai como educador ou de qualquer outra crítica mencionada para esta figura como decisiva para a guarda da criança em situações de divórcio ou ruptura familiar.

Mas sim atendendo ao superior interesse da criança, quando terceiros cuidadores são figuras de vinculação<sup>144</sup> e substitutos parentais no poder-dever de guarda, no dever de prover ao seu sustento, de dirigir a educação e até mesmo na sua representação.

Assim, a lei conhecedora de tal realidade, em que a procriação biológica não coincide, em absoluto, com a capacidade parental baseada numa relação de cuidados e afectos, tutelou a figura da guarda de facto, prevista nos termos da alínea b) do artigo 5.º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, da qual nos ocuparemos de seguida.

---

<sup>144</sup> Neste sentido, *vide* Madalena Alarcão, “A importância das relações afectivas da criança no desenvolvimento da sua personalidade”, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, Centro de Estudos Jurídicos, Lisboa, 2014, p. 73, disponível em [WWW:<URL://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela\\_Civel\\_Superior\\_Interesse\\_Crianca\\_TomoIII.pdf>](http://WWW:<URL://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoIII.pdf>). A autora esclarece que “(...) a construção de um modelo de vinculação segura exige mais do que apenas gostar de alguém; exige a presença de ligações emocionais duradoras e estáveis, a partir das quais o elemento vinculado possa criar conhecimento sobre si próprio, sobre a figura de vinculação, sobre outras relações e sobre o próprio mundo”.

## A Guarda de Facto e a Noção de Perigo – A Prevalência dos Vínculos Afectivos

O exercício das responsabilidades parentais tem sido definido e delimitado, regra geral, nos casos litigiosos, como um fenómeno de concepção individualista e exclusiva, da função parental, assente no reconhecimento da sua titularidade, pertencente exclusivamente a quem possui a qualidade jurídica de pai e de mãe, como efeito da filiação<sup>145</sup>.

Face ao exposto, pode criar-se uma ideia errónea de que tal exercício constitui um acto exclusivo dos progenitores, independentemente da necessidade de se verificar um certo desvelo e cuidado, na forma de cumprimento destas responsabilidades.

Como esclarece MARIA CLARA SOTTOMAYOR, estes poderes-deveres têm de ser “merecidos ou conquistados, através da assunção de responsabilidades, da prestação de cuidados e da construção de uma relação afectiva de qualidade, caso contrário, a sociedade, através dos tribunais, está a premiar a irresponsabilidade e a actuar em sentido oposto ao que pretende a lei”<sup>146</sup>.

Tratando-se de um direito indissociavelmente ligado a deveres, o exercício das responsabilidades parentais corresponde ao poder funcional de quem desempenha as funções parentais.

Como mencionado nas linhas antecedentes, nem sempre o vínculo biológico, assente na figura dos progenitores, corresponde, em regra, à satisfação integral das necessidades inerentes à concretização do superior interesse da criança.

Deste modo, perante situações em que uma terceira pessoa assume, continuamente, “as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais” suprimindo a ausência ou abandono dos pais, a lei atribui-lhes relevância jurídica classificando-as como guarda de facto, figura definida pela alínea b) do artigo 5.º da Lei de Protecção<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> Excepcionado o caso da adopção, nos termos dos artigos 1973.º e ss. do Código Civil, os pais biológicos nunca perdem a titularidade das responsabilidades parentais.

<sup>146</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, “Qual o interesse da criança? Identidade biológica *versus* relação afectiva”, *cit.*, p. 33.

<sup>147</sup> A Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo foi aprovada pela Lei n.º 147/99 de 01.09, in *Diário da República*, 204, 1999, pp. 6115-6132, entrando em vigor no dia 01.01.2001. Esta lei tem, como propósito, a “promoção dos direitos e a protecção das crianças e dos jovens em perigo, de forma a garantir o seu bem-estar e desenvolvimento integral”, tal como consagra o artigo 1.º do diploma legal, em discussão. Neste sentido, *vide* Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, *cit.*, p. 273, que esclarece

Assim, é possível constatar a tutela que o legislador consagra aos actos de confiança da guarda da criança a terceira pessoa que, por tempo indeterminado, cuida e é responsável pelo seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, estabelecendo-se, durante o respectivo período, uma forte e relevante relação de vinculação.

Perante o exposto, a Lei de Protecção consagra, ainda que de forma meramente exemplificativa<sup>148</sup>, nos termos do artigo 3.º, situações que legitimam a intervenção para a “promoção dos direitos e protecção da criança e do jovem em perigo”, que tem “lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação e educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte de acção ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo adequado a removê-lo”.

De facto, a Lei de Protecção, como ensina JORGE DUARTE PINHEIRO<sup>149</sup>, ao constituir uma “peça fundamental do sistema civil vigente”, de protecção de crianças e

---

que a Lei de Protecção constitui “um dos dois grandes diplomas do Direito dos Menores ou das Crianças”, a par da Lei Tutelar Educativa, que adere “a um novo modelo de protecção, afastando a concepção que via no ser humano com idade inferior a 18 anos um *objecto de protecção*, alguém que tinha de ser protegido para o seu próprio bem e para o bem da sociedade. A criança é encarada como uma verdadeira pessoa, um sujeito cujos direitos devem ser respeitados”. Ainda, *vide* Norberto Martins, “Sistema de Protecção de crianças e jovens em perigo”, *Direito das Crianças e Jovens, Actas do Colóquio*, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2008, p. 166, que esclarece que tal diploma “representa um avanço civilizacional muito importante na afirmação dos direitos das crianças e jovens, finalmente considerados como verdadeiros cidadãos e, por esse facto, efectivos titulares de direitos, indo ao encontro do núcleo essencial da Convenção dos Direitos da Criança (...)”. Por outro lado, atendendo, resumidamente, aos contributos da introdução da Lei de Protecção, *vide* Paula Dias, “Observação, avaliação e diagnóstico”, *Direito das Crianças e Jovens, Actas do Colóquio*, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2008, p. 193, que descreve que a lei em questão “constituiu uma mais valia para a intervenção dos técnicos, permitindo avaliar com maior objectividade e rigor as situações de perigo”; “criou um novo sistema de protecção com um modelo novo que implica a comunidade onde a criança está inserida, uma vez que é na comunidade que são vividas e conhecidas as situações de perigo” “considera que uma das funções importantes da Família é que esta deve ser protectora dos direitos da criança e baseada na afectividade e interacção entre os seus membros”; “permitiu a utilização de uma linguagem mais próxima entre os diversos técnicos, tentando objectivar os conceitos que muitas vezes por si só são subjectivos” e, por fim, “a Lei 147/99 ao ter como um dos princípios orientadores da intervenção a prevalência da família, realça a responsabilidade parental, implicando os pais ou detentores da guarda de facto, no processo de protecção da criança ou jovem”.

<sup>148</sup> Nesta acepção, *vide* Paulo Guerra, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, 3.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2018, p. 25, ao esclarecer que “pretendeu-se que o elenco de situações fosse o mais abrangente possível, de modo a contemplar o maior número de casos de perigo que, independentemente da sua natureza, são comprometedores de direitos fundamentais da criança ou do jovem e exigem por isso o desencadeamento da intervenção de protecção. No entanto, considerando que estamos perante um elenco exemplificativo, há que concluir que pode também fundamentar a intervenção de protecção qualquer outra ocorrência não descrita no normativo, a qual seja igualmente susceptível de configurar perigo para a segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento da criança ou do jovem”.

<sup>149</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, cit., p. 273.

jovens, adoptou “um conceito jurídico de perigo que se inspira no artigo 1918.º” do Código Civil<sup>150</sup>.

Não obstante o mencionado, o respectivo autor chama a atenção para o preceituado pela norma, uma vez que, enquanto tal artigo se cinge à protecção das crianças e jovens, até à maioridade ou emancipação, “efectivada mediante providências judiciais”, a Lei, em discussão, por sua vez, admite a protecção de maiores<sup>151</sup>, não excluindo “a aplicação de medidas pelas comissões de protecção de crianças e jovens em perigo, que são entidades não judiciais”<sup>152</sup>.

Assim, a noção de perigo subjacente ao artigo 1918.º do Código Civil, que estabelece nos termos do artigo 1907.º, do mesmo diploma legal, a confiança da guarda a terceira pessoa, está concretizada no artigo 3.º da Lei de Protecção.

Importa aqui salientar, tendo em conta o estudo do presente trabalho, a posição de perigo em que se encontra a criança ou jovem, nas situações da alínea d) do n.º 2 do artigo 3.º, do diploma *sub judice*<sup>153</sup>.

---

<sup>150</sup> A Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 265/VII, no ponto 2, que deu origem à presente lei, assinala que “adopta-se, desde logo, o conceito jurídico de «crianças e jovens em perigo», inspirado no artigo 1918.º do Código Civil, em detrimento do conceito mais amplo de «crianças em risco», dado que nem todos os riscos para o desenvolvimento da criança legitimam a intervenção do Estado e da sociedade na sua vida e autonomia e na sua família. Limita-se, assim, a intervenção às situações de risco que ponham em perigo a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem”.

<sup>151</sup> A Lei de Protecção, nos termos do artigo 2.º, prevê que o diploma “aplica-se às crianças e jovens em perigo que residam ou se encontrem em território nacional”, considerando como criança ou jovem “a pessoa com menos de 18 anos ou a pessoa com menos de 21 anos que solicite a continuação da intervenção iniciada antes de atingir os 18 anos”, tal como disposto na alínea a) do artigo 5.º. Não obstante tal consagração, com a alteração introduzida pela Lei n.º 23/2017 de 23.05, in *Diário da República*, 99, 2017, pp. 2494-2494, a Lei de Protecção alargou a protecção até aos 25 anos “sempre que existam, e apenas enquanto durem, processos educativos ou de formação profissional”.

Para mais desenvolvimentos, *vide* texto integral, disponível em WWW:<URL://www.cnpdpcj.gov.pt/direitos-das-criancas/legislacao/legislacao-nacional/sistema-de-promocao-e-protecao-a-infancia-e-juventude/comissoes-de-protecao-de-criancas-e-jovens/exposicao-de-motivos-da-proposta-de-lei-n-265vii.aspx>.

<sup>152</sup> Neste sentido, *vide* Norberto Martins, “Sistema de Protecção de crianças e jovens em perigo”, *cit.*, p. 166, que explica que “entre os muitos aspectos positivos que a lei encerra, deverá destacar-se a opção feita pela desjudicialização da intervenção em situações de crianças e jovens em perigo, com a conseqüente devolução à sociedade, constituída pelas Entidades com competência em matéria de infância e juventude ou organizada nas Comissões de Protecção, verdadeiro «centro nevrálgico» de todo o sistema de protecção, do papel principal de defesa e promoção dos direitos daqueles que são os seus elementos mais frágeis”. Para mais desenvolvimentos, sobre a intervenção das entidades com competência em matéria de infância e juventude e das respectivas comissões de protecção, *vide* artigos 6.º a 33.º da Lei de Protecção.

<sup>153</sup> A alínea em questão foi introduzida pela redacção da Lei n.º 142/2015 de 08.09, in *Diário da República*, 175, 2015, pp. 7198-7232. Para mais desenvolvimentos sobre as principais modificações introduzidas por esta redacção *vide* Cristina Dias, “Das recentes alterações à Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – Algumas notas”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, 2017, Edições Almedina, Coimbra, pp. 201-215.

A letra da lei consagra que, a criança estando aos “cuidados de terceiros, durante período de tempo em que se observou o estabelecimento com estes de forte relação de vinculação e, em simultâneo, com o não exercício pelos pais das suas funções parentais”, encontra-se numa situação de perigo.

Deste modo, como mencionado anteriormente, a guarda de facto é uma figura dotada de relevância jurídica, uma vez que, determinadas crianças, por ausência prolongada dos progenitores<sup>154</sup>, desde o nascimento ou idade muito precoce, foram entregues a terceiros cuidadores que, ao exercerem as funções de pai e mãe, estabeleceram, entre si, laços afectivos fortes e relevantes semelhantes à filiação.

A situação descrita reconduz-nos ao perigo que legitima a intervenção para a promoção dos direitos e protecção da criança, uma vez que se pode verificar, a qualquer momento, a tentativa ou consumação de um afastamento, entre as figuras de referência e a respectiva criança, mediante a actuação dos progenitores que, esporadicamente, ou nunca, exerceram os seus deveres fundamentais.

Isto é o mesmo que dizer que, configura uma situação de perigo, para efeitos do artigo 3.º da Lei de Protecção, “a criança que vive nestas condições, sem que a relação afectiva construída com as pessoas que cuidam de si, esteja protegida por uma decisão judicial”, pois “vive numa situação de instabilidade e de insegurança, pelo facto de, a qualquer momento, poder ser reclamada pelos pais biológicos e desinserida da «família de facto» que sempre conheceu e amou”<sup>155-156</sup>.

---

<sup>154</sup> Quanto à necessidade de se verificar um período alargado, no tocante à confiança da guarda da criança a terceira pessoa, para se tutelar a guarda de facto, *vide* Helena Bolieiro e Paulo Guerra, *A Criança e a Família, cit.*, p. 42, ao esclarecem que “a consistência temporal, que deve continuar a verificar-se no momento da intervenção, aliada à essencialidade das funções desempenhadas, são as notas caracterizadoras da noção de guarda de facto, a qual não se confunde com a guarda ocasional prevista no artigo 96.º da LPCJP”.

<sup>155</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio, cit.*, p. 81. Em concordância com o exposto, *vide* Armando Leandro “O Superior Interesse da criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos”, *Ordem dos Advogados*, 2009, disponível em WWW:<URL://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe\_artigo.aspx?sidc=31634&idc=1&idsc=21852&ida=75761>, que esclarece que “o perigo advém justamente do facto de os titulares do poder paternal poderem pretender a guarda, sem respeitar aquele direito do filho a manter os laços afectivos privilegiados que estabeleceu, visto que a separação da criança daqueles que dela cuidaram e que com ela estabeleceram relações psicológicas de grande significado, inevitavelmente abalará os fortes sentimentos de pertença que desenvolveu, o que constitui indubitável prejuízo, que deve ser evitado”.

<sup>156</sup> Face ao exposto, *vide* Almiro Rodrigues, “Alternativas à separação – Esboço de um enquadramento teórico”, *Infância e Juventude, Revista da Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, n.º 4, Outubro-Dezembro, 1986, p. 13 ao referir que “quando o menor se encontra em perigo, desadaptado ou abandonado é porque o seu estado ou a sua situação se encontram desadequados, inconsistentes ou desequilibrados face ao seu objectivo de se tornar adulto e humano. Então, é necessário introduzir na

Neste sentido, tal como referido por ARMANDO LEANDRO, a criança tem “o direito a nascer e a viver em ambiente familiar com pessoas que a amem como pai e como mãe”, tal como “o direito ao respeito pelas suas ligações psicológicas profundas e pela continuidade das relações afectivas significantes e de seu interesse”<sup>157</sup>.

Por forma a garantir o seu bem-estar e respectivo desenvolvimento integral e harmonioso, o legislador, desde 2015, que prevê a tutela destas situações, onde as reorganizações familiares são sinónimo de criação de laços afectivos relevantes, fazendo frente à realidade em que tais vínculos se criavam à margem do direito, sem o devido respeito pelas ligações estruturantes na vida de uma criança.

Progenitores ausentes, que nunca cuidaram dos filhos, nem estabeleceram uma relação afectiva profunda, não podem ser considerados aptos a exercer as responsabilidades parentais. Não obstante o constitucionalmente consagrado, em que se prevê o direito dos pais biológicos “à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos”, nos termos do artigo 68.º da Lei Fundamental, urge, antes de mais, a própria verificação de uma atitude altruísta destes para com a criança, na realização dos seus deveres fundamentais.

Apesar da existência de uma “cultura judiciária que coloca os direitos dos pais biológicos no centro das decisões judiciais”<sup>158</sup> e que tem a fantasia ou a esperança da

---

situação algo que restabeleça a coerência e o equilíbrio. Esse algo a definir segundo as circunstâncias e o tipo de necessidade, constitui o interesse do menor (...).’

<sup>157</sup> Cfr. Armando Leandro, “Direito e Direitos dos Menores”, *cit.*, p. 263.

<sup>158</sup> Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 21.06.2007, proc. 1181/07-1, relator António Gonçalves, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, em que se decidiu que a guarda de uma criança de 5 anos fosse confiada ao pai biológico, com o qual não mantinha uma relação de proximidade, em detrimento da continuidade da relação familiar, afectiva e significativa com os avós maternos adoptivos. O respectivo Tribunal entendeu que “não aponta em desabono do recorrente (pai) a circunstância de ele não ter contribuído para a sua alimentação nem ter encetado os contactos telefónicos (...) pelo modo como isso lhe seria exigido segundo as regras comumente aceitáveis”. Nesta acepção, “apesar da criança estar a ser bem cuidada e nada se observar que impeça a permanência com os avós adoptivos”, concluiu-se que “seria importante que o mesmo ficasse com a guarda do menor”, uma vez que é necessário atender aos “dissabores de que poderá ser acometida esta criança quando na sua adolescência souber que lhe não foi mostrada toda a verdade sobre a sua realidade familiar e não se tomaram todas as possíveis e exigíveis providências que ele irá mais tarde considerar que deviam ser tomadas relativamente ao seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social e, ainda, quanto ao desenvolvimento completo e harmonioso da sua personalidade (...)”. Face ao exposto, entendeu-se que “o bom ambiente familiar reinante do seio da família que acolheu o menor e a bem formada personalidade de ambos os avós adoptivos (...), antevêem que não irá haver uma desgastante e desapropriada oposição a que o menor seja entregue aos pais e que há bons indícios no sentido de que o modo de concretizar esta reintegração se fará sem hostilidade”.

Do mesmo modo, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24.09.2008, proc. 864/08-2, relator Gouveia Barros, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, onde se deliberou a confiança da guarda de uma criança à mãe biológica que, por falta de condições económicas, por encontrar-se ilegalmente no país e, conseqüentemente, estar desempregada, tinha procedido à entrega da filha de 17

recuperação da imagem paternal”, negando a existência de qualquer perigo psicológico para a criança em consequência da separação da sua família afectiva, urge concretizar que, o que se deve ter em conta não é a manutenção da identidade biológica da criança<sup>159</sup>, dando primazia aos interesses dos adultos, de acordo com os seus sonhos e anseios, como se a criança de um objecto se tratasse.

Mas sim a necessidade imperiosa de reconhecer e proteger os seus afectos e interesses, de acordo com as suas relações significativas, por forma a concretizar-se o seu superior interesse<sup>160</sup>.

Neste sentido, como esclarece GUILHERME DE OLIVEIRA, “na cultura e linguagem populares” sempre foi tido como “comum, a ideia de que o amor familiar mais

---

meses a um casal português, por intermédio de uma amiga. Sendo assim, o Tribunal da Relação revogou a decisão da 1ª instância que definiu como “figura de referência e de suporte emocional” o casal, a quem a menor foi confiada, por serem reconhecidos como pai e mãe por esta, proporcionando todos os cuidados e atenção para um desenvolvimento adequado, colaborando igualmente no sentido de prover a continuidade da relação efectiva da criança com a mãe biológica. Por sua vez, o douto Tribunal considerou sem efeito a medida de promoção e protecção aplicada, visando que há “a consciência de que as famílias, mesmo as mais problemáticas, têm um papel insubstituível na vida das crianças e dos jovens, e que em boa verdade pouco se pode fazer sem a sua colaboração e intervenção. E que, para além disso, também as famílias têm inquestionáveis direitos face à intervenção do Estado”. O Tribunal atribuiu, desta forma, primazia ao princípio da prevalência da família, no seguimento de uma ideologia biologista, contrariando o disposto nos termos da alínea h) do artigo 4.º da Lei de Protecção, que consagra, do mesmo modo, “outra forma de integração familiar estável”.

<sup>159</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, “Qual o interesse da criança? Identidade biológica *versus* relação afectiva”, *cit.*, p. 46. Nesta ideologia, a autora defende que “uma coisa é a verdade biológica, como critério no estabelecimento da filiação, outra é a decisão quanto à sua guarda ou adoptabilidade, a qual não deve ser tomada de acordo com critérios biológicos, mas critérios psicológicos, respeitando o direito da criança a viver em ambiente familiar. A questão da identidade biológica serve, apenas, para realizar o direito da criança ao conhecimento das suas origens, quando ela tiver maturidade e se for essa a sua vontade. Mais importante do que este direito, é o direito a viver numa família, onde seja amada e desejada, não se interessando a criança de tenra idade, pelas suas raízes biológicas, mas apenas pela satisfação das suas necessidades físicas e afectivas. A questão das origens biológicas é um problema dos adultos, não uma necessidade das crianças”, *ibidem*, p. 26, nota 5.

<sup>160</sup> Nesta acepção, *vide* Júlio Barbosa e Silva, “O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro)”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, 2015, pp. 123-124, que refere-se à necessidade da “criação de melhorias nos mecanismos de garantia operacional dos direitos das crianças, nomeadamente, da criação clara de meios legais e efectivos para permitir a defesa dos interesses afectivos das crianças, por forma a evitar descontinuidades/quebras nos seu desenvolvimento afectivo, psicológico e social”. E esclarece que “essas relações afectivas dignas de protecção podem surgir de várias formas, tendo em conta as (re)organizações familiares, podendo enumerar, como exemplos, a criação de laços afectivos relevantes com a ama que cuida dela todos os dias, durante o dia, consigo passando, não raras vezes, a maior parte do seu tempo; os avós, no seu papel substitutivo, também não raras vezes fazem papel de pais e os pais assumem, na prática o papel dos avós; um padrasto/madrasta pode facilmente assumir o papel de pai ou mãe de facto na vida de uma criança; a criança, tendo pai e mãe, pode criar um laço afectivo relevante com o companheiro/marido da mãe ou companheira/mulher do pai; os meios-irmãos podem assumir papel fundamental nas relações entre si, muitas vezes com significativas diferenças de idade; a criação de uma relação relevante de afecto da criança com a família de acolhimento; com uns tios ou padrinhos que a dada altura cuidaram da criança”.

intenso e firme é o amor de pai e mãe”, decorrente “do vínculo de sangue, e presumido por ele”<sup>161</sup>.

As ligações consanguíneas presumem a convicção de que os pais biológicos constituem o meio natural imprescindível e determinante para o correcto e saudável desenvolvimento das crianças, face à proximidade e aos vínculos afectivos que se instituem no seio familiar.

De facto, o “Direito atribui prevalência ao critério biológico por supor que existe convergência com o critério social” ou afectivo, como alude JORGE DUARTE PINHEIRO<sup>162</sup>.

Contudo, a problemática do tema em questão assenta, precisamente, na proximidade e ligação afectiva que as crianças estabelecem com terceiros cuidadores, face à ausência prolongada dos pais. Desenvolvem, com estes, laços semelhantes à filiação, construindo e fortalecendo a sua personalidade, tendo, como ponto de partida, a imagem destas terceiras pessoas, como as suas figuras primárias de referência, onde elos afectivos se consolidam e um sentimento de pertença reina<sup>163</sup>.

Recorrendo ao contributo de outras disciplinas sociais, é defendido entre nós que “pertencer é um estado de alma que nasce da coerência feita de uma contingência de afectos”, e que se manifesta, numa primeira fase da vida da criança, com a prestação de cuidados. Assim, a certeza de que a pessoa tida como pai ou mãe permanece na continuidade das relações afectivas com a criança, atribui a esta um sentimento de vinculação, inerente ao núcleo familiar<sup>164</sup>.

---

<sup>161</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, “O sangue, os afectos e a imitação da natureza”, *cit.*, p. 7.

<sup>162</sup> Cfr. Jorge Duarte Pinheiro, “Critério biológico e critério social ou afectivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9, 2008, p. 9.

<sup>163</sup> Face ao exposto, *vide* João Seabra Diniz, “Família lugar dos afectos”, *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 159, que refere a existência de adultos “afectivamente significativos”, sendo estes as pessoas “para quem a criança tem um significado afectivo muito especial e que estão dispostos a assumir, apaixonadamente, todas as consequências disso”. Neste sentido, reitera que “essas consequências são profundas e prolongadas no tempo, e trazem, em princípio, alterações profundas na vida da pessoa. Embora possam exigir esforços e trazer condicionamentos de vária ordem, há na experiência do adulto em causa uma componente de prazer e um sentimento de coerência, que tornam esse comprometimento para com a criança uma experiência pessoal altamente significativa e enriquecedora, a que não se quereria renunciar, mesmo que tal fosse possível. Os adultos tornam-se significativos para a criança porque esta começou por ser significativa para eles. É esta dinâmica afectiva dos adultos que cria um espaço psíquico no qual a criança se sente acolhida de uma forma consoante com as suas necessidades físicas e psicológicas. É nesse espaço que ela verdadeiramente habita”.

<sup>164</sup> Cfr. João Gomes-Pedro, Miguel Barbosa, Filipa Sobral, “Crescer, ser e pertencer”, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, p. 130.

Tal como defende MARIA CLARA SOTTOMAYOR, “a ciência demonstra que a relação afectiva precoce com os pais, figuras de referência ou de substituição parental promove a segurança, a protecção e a regulação emocional da criança”, definindo “o seu desenvolvimento psicológico, os sentimentos existenciais de confiança, em si própria e nos outros”. Deste modo, considera que a “afectividade é necessária para a criança ultrapassar com sucesso as várias etapas e desafios de desenvolvimento que tem de enfrentar ao longo do seu crescimento”<sup>165</sup>.

No seguimento desta ideologia, destacam-se os estudos pioneiros sobre o processo de vinculação realizados por John Bowlby<sup>166</sup>, que reflectiu sobre a importância das primeiras relações estabelecidas na vida de uma criança e os consequentes efeitos da separação das suas figuras parentais.

Assim, o respectivo autor defende que, desde o nascimento, a criança procura, cria e estabelece um forte vínculo com um cuidador primário, revelando-se numa dependência mútua que se sustenta na convicção de que esta se prolongará no tempo. Sendo este laço imprescindível para o seu correcto e saudável desenvolvimento psíquico, social e emocional, será posteriormente essa base estrutural que influenciará as suas futuras relações interpessoais, com os demais<sup>167</sup>.

Perante a implicação envolvida na importância deste vínculo, desenvolvido com os pais ou o substituto parental, aquando da ocorrência de problemas no estabelecimento de tal ligação, no decurso dos primeiros anos de vida, John Bowlby esclarece que se verificam, na respectiva criança, padrões de comportamento desajustados e dificuldades emocionais.

Deste modo, apresenta como expressões de comportamento, despoletadas pela separação da sua família afectiva, ou a ameaça da sua concretização, a “ansiedade aguda,

---

<sup>165</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 318.

<sup>166</sup> Cfr. John Bowlby, *Maternal care and mental health: a report prepared on behalf of the World Health Organization as a contribution to the United Nations programme for the welfare of homeless children*, World Health Organization, 1952, disponível em WWW:<URL://apps.who.int/iris/handle/10665/40724>.

<sup>167</sup> Cfr. John Bowlby, *ibidem*, p. 11-12. O respectivo autor esclarece que “entre os desenvolvimentos mais significativos da psiquiatria durante o último quarto de século, está o constante crescimento de evidências de que a qualidade do cuidado dos pais, que uma criança recebe nos primeiros anos, é de vital importância para a sua futura saúde mental”. E defende que “o que se acredita ser essencial para a saúde mental é que bebés e crianças pequenas devem ter um relacionamento caloroso, íntimo e contínuo com a mãe ou substituto, na qual ambos encontram segurança e satisfação”. Deste modo, “é esse relacionamento complexo, rico e gratificante nos primeiros anos, (...), que a psiquiatria infantil e muitos outros, agora acreditam estar subjacente ao desenvolvimento do carácter e da saúde mental da criança”.

necessidade excessiva de amor, sentimentos poderosos de vingança e, decorrentes destes últimos, culpa e depressão”<sup>168</sup>, podendo prejudicar, em grande escala, a capacidade de, futuramente, estabelecer e manter novas relações<sup>169</sup>.

Atendendo ao exposto, a “ideologia do biológico” pode “aniquilar as tentativas” da criança, no “sentido de construir para si própria uma história e uma pertença”<sup>170</sup>. A interpretação e aplicação das normas referentes ao Direito das crianças não pode limitar-se a priorizar o estabelecimento da filiação, “definida pela lei de uma forma declarativa ou genética”, mas há que atentar, igualmente, ao “problema da natureza dos laços que a criança possa ter estabelecido no seu percurso”<sup>171</sup>.

Por sua vez, o ordenamento jurídico português consagrou, como conceitos jurídicos, o afecto ou a relação afectiva, sendo estes verdadeiros objectos de apreciação e aplicação pelos tribunais<sup>172-173</sup>.

Neste sentido, a Lei de Protecção prevê a possibilidade da ocorrência de perigo, ainda que meramente potencial ou preventivo, que abrange tanto os danos físicos, como os psicológicos e emocionais, como se retira da leitura das alíneas b) e c) do artigo 3.º.

---

<sup>168</sup> Cfr. John Bowlby, *Maternal care and mental health*, cit., p. 12. Seguindo este raciocínio, o autor dá como exemplos de privação do vínculo afectivo, a criança que “embora viva em casa da mãe (ou da substituta da mãe)” for privada de todo o cuidado amoroso que as crianças pequenas precisam, tal como “se, por qualquer motivo, for removida dos cuidados” dessa figura de referência.

<sup>169</sup> Neste sentido *vide* Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, *No Interesse da Criança?*, Martins Fontes Editora, São Paulo, 1987, p. 18, que esclarecem, “o que se julga nesses casos é uma situação em que estão presentes e activos efectivamente todos os elementos psicológicos implicados em um relacionamento pais-criança. É um estado de coisas idêntico à adopção bem-sucedida em todos os sentidos, excepto no legal – de facto, uma «adopção por direito consuetudinário». Quando o reconhecimento legal é negado e a criança removida, a interrupção forçada do relacionamento, além de causar sofrimento aos adultos, faz com que a criança experimente um sofrimento emocional e um retrocesso no desenvolvimento que se processava. Tais reacções não diferem das que são causadas pela separação ou morte dos pais naturais ou adoptivos”.

<sup>170</sup> Cfr. Maurice Berger, *A criança e o sofrimento da separação*, 2.ª Edição, Climepsi Editores, Lisboa, 2003, p. 68.

<sup>171</sup> Cfr. Maurice Berger, *ibidem*, p. 68.

<sup>172</sup> A propósito do afecto, como objecto de apreciação por parte dos tribunais *vide* Maria Clara Sottomayor, *Temas de Direito das Crianças*, cit., p. 319 que refere que “o afecto é um conceito jurídico susceptível de prova porque objectivado em actos de cuidado demonstráveis em tribunal pelos processos tradicionais de produção de prova. O critério de pessoa de referência, como forma de concretização do conceito de interesse de criança, está centralizado na noção de cuidado quotidiano (...). A prestação de cuidados tem por consequência, de acordo com as regras da experiência da vida, o estabelecimento de uma relação afectiva entre a criança e os seus cuidadores. A prova destes actos de cuidado permite presumir a relação afectiva entre a pessoa adulta cuidadora e a criança”.

<sup>173</sup> Neste sentido, quanto à ausência de afectos e suas consequências legais, *vide* António Miguel Veiga, *O novo crime de subtracção de menor previsto no art. 249.º, nº 1-c) do Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31-10): A criminalização dos afectos?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

Sendo assim, não obstante outras situações elencadas, considera-se que a criança está em perigo quando “sofre maus tratos físicos e psíquicos” e “não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal”.

Para o efeito, o diploma em questão consagra, como um dos princípios orientadores, no tocante à promoção dos direitos e respectiva protecção da criança, o superior interesse da criança, nos termos da alínea a) do artigo 4.º. Assim, prevê que a intervenção deve atender “prioritariamente” aos seus “interesses e direitos”, “nomeadamente à continuidade de relações de afecto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”.

Do mesmo modo, a alínea g), do artigo em discussão, tendo sido introduzida pela segunda alteração da Lei de Protecção, em 2015<sup>174</sup>, dita o primado da continuidade das relações psicológicas profundas. A intervenção “deve respeitar o direito da criança à preservação das relações afectivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante”.

Atendendo a que a Constituição da República Portuguesa tutela o princípio da protecção da maternidade e da paternidade como “valores sociais iminentes”, como previsto n.º 2 do artigo 68.º, MARIA CLARA SOTTOMAYOR esclarece que esta previsão se refere “à sua dimensão afectiva, traduzida num conjunto de tarefas de cuidado e de educação, desempenhadas no dia-a-dia, e que implicam dispêndio de tempo e de esforço”<sup>175</sup>.

Do exposto, “as relações semelhantes à filiação, ainda que meramente de facto, sem cobertura jurídica, devem beneficiar da mesma protecção constitucional do vínculo biológico de maternidade e de paternidade”, nos termos do n.º 6 do artigo 36.º e artigo 68.º da Lei Fundamental<sup>176</sup>.

Posto isto, e atendendo ao princípio orientador da prevalência da família, como um dos pressupostos a verificar, aquando da intervenção não judicial e judicial, previsto na alínea h) do artigo 4.º da Lei de Protecção, urge afirmar que o quesito, em questão, ao

---

<sup>174</sup> Redacção dada pela Lei n.º 142/2015, de 08.11.

<sup>175</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, “Qual é o interesse da criança? Identidade biológica *versus* relação afectiva”, *cit.*, p. 43.

<sup>176</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *ibidem*, p. 43.

dar primazia às medidas que integrem a criança em família deve ser aplicado, tendo como critério o núcleo familiar que assegure a promoção e protecção do seu superior interesse.

Sendo assim, este princípio terá de “ser entendido não no sentido da afirmação da prevalência da família biológica a todo o custo, mas sim como o assinalar do direito sagrado da criança à família, (...) reconhecendo que é na família que a criança tem as ideias condições de crescimento e desenvolvimento e é aquela o centro primordial de desenvolvimento dos afectos”<sup>177</sup>.

Contudo, chamamos a atenção para o facto de apesar de se verificar uma situação de guarda de facto, por ausência prolongada dos progenitores, tal situação pode não constituir um impedimento de que laços afectivos, entre a família biológica e a criança, se tenham estabelecido.

No entanto, o que é importante perceber é que as relações afectivas estruturantes, de grande significado para a criança, desenvolvidas e estabelecidas com as pessoas de referência, que assumiram as funções próprias da filiação, sobrepõem-se às relações que estabeleceram com os pais. Não raras vezes, as crianças têm conhecimento de quem são os progenitores, identificando-os como tal. Porém, o vínculo securizante estabelecido, com estas terceiras pessoas, é o factor decisivo para a intervenção a que o artigo 3.º da Lei de Protecção alude.

Face ao exposto, por forma a evitar uma situação de dano emocional, decorrente da propositura de acção de regulação das responsabilidades parentais intentada pelos progenitores, em que é requerida a entrega judicial da criança, uma vez que tais relações de facto não possuem a devida cobertura jurídica, é consagrado, nos termos do n.º 3 do artigo 27.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que o Ministério Público, perante

---

<sup>177</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15.05.2016, proc. 1491/15.0T8PTM.E1, relator Assunção Raimundo, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que esclarece que “nesta alínea h) já não se fala «na sua família», mas apenas em «família», seja ela qual for (dando-se aqui o primado da família em detrimento do acolhimento residencial)”. No respectivo acórdão é, ainda, mencionado que “os primeiros e principais responsáveis pela salvaguarda dos direitos das crianças e por garantir a sua protecção e assistência, são, como não poderia deixar de ser, os pais. Mas quando estes falham e falha também a família natural, é obrigação do Estado garantir aqueles direitos. Essa obrigação decorre da Convenção dos direitos da Criança, que vem impor aos Estados signatários, não apenas meras recomendações ou princípios morais, mas sim obrigações no sentido da realização e concretização dos direitos da criança, impondo-lhe a adopção de medidas que conduzam ao pleno exercício desses direitos”. Neste seguimento, *vide* Paulo Guerra, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, cit., p. 31, que acrescenta que na letra da lei, respeitante à alínea h) “em rigor, dever-se-ia ter escrito «prevalência de família», abrangendo qualquer célula familiar, seja biológica ou não, podendo promover-se o seu apadrinhamento civil ou a sua adopção”.

tais vicissitudes, deve requerer, “por apenso, o processo judicial de promoção e protecção e, se necessário, a aplicação de medida judicial de protecção da criança”<sup>178</sup>.

Neste sentido, ARMANDO LEANDRO esclarece que a Lei de Protecção ao definir a guarda de facto “como uma relação ético-afectiva” afigura-se “aconselhável, nestes casos, a instauração de acções de promoção e protecção”, uma vez que são “mais ajustadas pela sua natureza urgente e fins prosseguidos”<sup>179</sup>.

De facto, o legislador, atribuindo relevância jurídica às relações afectivas entre os cuidadores de facto e as crianças, criou determinados mecanismos que permitem a intervenção, destes terceiros, nos processos relativos a menores. Deste modo, tendo em conta o tipificado pela Lei de Protecção, está consagrado o direito à informação, o direito de consentir na intervenção das comissões de protecção, de consultar o processo, de constituição de advogado, o direito de requerer diligências e oferecer meios de prova, direitos de participação na conferência<sup>180</sup> e o direito de recurso<sup>181</sup>.

Assim, deve obviar-se a instauração de acções de regulação do exercício das responsabilidades parentais, em especial se o “não exercício prolongado das funções parentais, por parte dos pais”, ocorrer “desde os primeiros tempos de vida”, em que se “observou uma substituição das responsabilidades de cuidado e guarda da criança”. O respectivo autor explica que “a vida tem demonstrado” que a interposição de tais acções não tem “conseguido evitar a perpetração de graves lesões físicas e psíquicas às crianças”<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Deve assegurar-se a necessária conjugação e harmonização entre a área de promoção e protecção e a área tutelar cível, observando-se o disposto no n.º 1 do artigo 11.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, que prevê que “se relativamente à mesma criança, forem instaurados, separadamente, processo tutelar cível e processo de promoção e protecção, incluindo os processos perante a comissão de protecção de crianças e jovens, ou processo tutelar educativo, devem os mesmos correr por apenso, independentemente do respectivo estado, sendo competente para deles conhecer o juiz do processo instaurado em primeiro lugar”.

<sup>179</sup> Cfr. Armando Leandro, “O Superior Interesse da criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos”, *cit.*

<sup>180</sup> Cfr. alínea i) do artigo 4.º, alínea f) do artigo 5.º e artigos 7.º e 8.º, artigos 88.º, 103.º, 85.º e 107.º, n.º 1 do artigo 104.º, artigos 112.º e 114.º, e n.º 2 do artigo 123.º respectivamente.

<sup>181</sup> Neste sentido, *vide* Acórdão do Tribunal Constitucional de 06.03.2007, in *Diário da República*, 46, 2007, pp. 5987-5992, disponível em WWW:<URL://www.dre.pt>, que considerou inconstitucional, por violação do n.º 1 do artigo 20.º da Constituição, a norma constante do n.º 2 do artigo 680.º do Código de Processo Civil (redacção anterior a 2013), segundo a qual aquele que tem a guarda de facto de uma criança não tem legitimidade para recorrer no âmbito de um processo de regulação do exercício do poder paternal do menor.

<sup>182</sup> Cfr. Armando Leandro, *ibidem*. Em concordância com o exposto, *vide* Maria Clara Sottomayor, “A família de facto e o interesse da criança”, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 45, Janeiro-Fevereiro, 2007, p. 7, que declara que a “acção de regulação do exercício do poder paternal não é o processo adequado

Em consequência de tal constatação, e sendo estas acções “próprias em caso de divórcio ou separação dos pais”, a “dinâmica da acção de regulação poderá revelar-se demasiado redutora, visto que, por ter sido concebida numa altura em que claramente dominava ainda uma concepção autoritária de família” é, deste modo, “centrada nesse litígio dos adultos”<sup>183</sup>.

Contudo, dado o carácter provisório e limitado das medidas de promoção e protecção<sup>184</sup>, previstas nos termos do artigo 35.º da Lei de Protecção, é aconselhável que seja proferida, consequentemente, decisão em procedimento cível, por forma a assegurar o afastamento da criança ou do jovem da respectiva situação de perigo, cessando a respectiva medida, nos termos da alínea e) do artigo 63.º do mesmo diploma legal.

---

para decidir o destino de uma criança, que não vive, desde a sua tenra idade, com os pais biológicos, que nunca assumiram responsabilidade por ela. Esta acção é a utilizada para resolver litígios, entre pais biológicos, que sempre cuidaram da criança, mas que se separaram de facto, que se divorciaram, ou que nunca viveram juntos, no caso de não serem casados (...).” Sendo assim, defende que “o processo adequado para decidir o destino das crianças reclamadas pelos pais biológicos é, assim, o processo judicial de promoção e protecção. Contudo, na hipótese de o Ministério Público intentar uma acção de regulação do exercício do poder paternal, como tem sido prática nalguns tribunais, as pessoas que detêm a guarda de facto, gozam de legitimidade para intervir processualmente, como parte, a fim de solicitarem a guarda de direito e a limitação do exercício do poder paternal dos pais biológicos. Se a lei prevê que, nos processos de regulação do exercício do poder, em caso de separação de pessoas e bens ou divórcio, a guarda da criança possa ser confiada a uma terceira pessoa, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, o seu espírito abrange, também, a atribuição da posição processual de parte às pessoas que têm a guarda de facto da criança e que estão em condições de fazer a prova do perigo para a saúde, segurança e educação da criança, assim como relatar ao Tribunal a história de vida da criança, desde o seu nascimento, a sua personalidade e os seus desejos, pois são aqueles que melhor a conhecem. Não se exige para a demonstração do perigo, que os pais biológicos não tenham capacidade para educar e cuidar da criança, ou que a tenham maltratado ou abandonado. O centro do processo não é a personalidade dos pais, mas a pessoa da criança, as suas necessidades, sentimentos e emoções”.

<sup>183</sup> Cfr. Armando Leandro, “O Superior Interesse da criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos”, *cit.*

<sup>184</sup> Quanto à duração das medidas de protecção *vide* artigos 60.º e 61 da Lei de Protecção. Sem prejuízo do estabelecido no acordo ou decisão judicial, cada uma das medidas no meio natural de vida “não pode ter duração superior a um ano, podendo, todavia ser prorrogadas até 18 meses se o interesse da criança ou do jovem o aconselhar e desde que se mantenham os consentimentos e os acordos legalmente exigidos”. Já as medidas de colocação “têm a duração estabelecida no acordo ou decisão judicial”. Quanto à improrrogabilidade das medidas, para além do legalmente estabelecido, *vide* Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.03.2014, proc. 2333/11.1 TBTVD.L1-6, relator Ana de Azeredo Coelho, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que elucida que “com a consagração de um prazo peremptório para a cessação, o legislador pretendeu obstar a que as prorrogações *ad infinitum* criem a ilusão de uma intervenção promotora do interesse do menor onde apenas se verifica impotência, inadequação ou inércia”.

Por outro lado, urge salientar que estas medidas visam afastar o perigo em que as crianças e os jovens se encontram, tal como “proporcionar-lhes as condições que permitam proteger e promover a sua segurança, saúde, formação, educação, bem-estar e desenvolvimento integral” e, por fim, “garantir a recuperação física e psicológica das crianças e jovens vítimas de qualquer forma de exploração ou abuso”, tal como se retira da leitura do artigo 34.º do mesmo diploma legal.

Deste modo, nos casos em que foram atribuídas as medidas de apoio junto de outro familiar ou a confiança a pessoa idónea<sup>185</sup> consagradas, respectivamente, nas alíneas b) e c), do artigo em questão, para que a situação jurídica da criança fique definida, seguimos o entendimento de PAULO GUERRA.

O respectivo autor considera que o procedimento cível mais adequado a concretizar é, nos termos do artigo 67.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, a acção tutelar comum com vista à limitação do exercício das responsabilidades parentais, de acordo com os artigos 1907.º, 1918.º e 1919.º do Código Civil, confiando-se, desta forma, a guarda a terceira pessoa<sup>186</sup>.

Todavia, não obstante se reconheça que a sua estrutura não favorece a adequada dinâmica que se preconiza, a acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais, atendendo à sua natureza de jurisdição voluntária, não obsta, de acordo com o esclarecido por MARIA CLARA SOTTOMAYOR, que o Ministério Público possa intentar tal acção, “dada a subordinação de todas as formas processuais ao interesse da criança e a possibilidade de adaptação das mesmas à situação concreta da criança, de acordo com o predomínio da conveniência ou da equidade sobre a legalidade”, nos termos do artigo 987.º do Código de Processo Civil<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> As referidas medidas são executadas em meio natural de vida, tal como disposto no n.º 3 do artigo 35.º da Lei de Protecção. Deste modo, quanto à medida de apoio junto a outro familiar, o artigo 40.º do diploma *sub judice* dita que “consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de um familiar com quem resida ou a quem seja entregue, acompanhada de apoio de natureza psicopedagógica e social e, quando necessário, ajuda económica”. Por outro lado, a confiança a pessoa idónea é a medida que “consiste na colocação da criança ou do jovem sob a guarda de uma pessoa que, não pertencendo à sua família, com quem eles tenham estabelecido relação de afectividade recíproca”, tal como disposto no artigo 43.º da Lei de Protecção.

<sup>186</sup> Cfr. Paulo Guerra, *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*, cit., p. 157. Em concordância com o autor, vide Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.05.2007, proc. 12/99.5TBACB-A.C1, relator Artur Dias, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

<sup>187</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, p. 83. Quanto à natureza de jurisdição voluntária vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.02.2008, proc. 07B4681, relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que elucida que “ao incluir na competência dos tribunais o julgamento dos chamados processos de jurisdição voluntária ou graciosa”, cujas regras gerais se encontram nos artigos 986.º a 988.º do Código de Processo Civil (artigos actualizados), “o legislador pretendeu que a prossecução de determinados interesses, em si mesmos de natureza privada, mas cuja tutela é de interesse público, fosse fiscalizada por entidades cujas características são garantia de uma protecção adequada à sua natureza. Com essa finalidade, conferiu-lhes os poderes necessários para o efeito, afastando, quando conveniente, certos princípios, conformadores do processo civil em geral, que disciplinam a sua intervenção enquanto órgãos incumbidos de resolver litígios que se desenrolam entre partes iguais, perante as quais os tribunais têm de adoptar uma posição de rigorosa imparcialidade. Assim, no domínio da jurisdição voluntária, os tribunais podem investigar livremente os factos que entendam necessários à decisão mais acertada (afastando a regra, vigente na jurisdição contenciosa, da limitação, mais ou menos apertada, aos factos alegados – cfr. artigo 5.º do Código de Processo Civil), recolher as informações e as provas que entendam pertinentes, rejeitando as demais, decidir segundo critérios de conveniência e de oportunidade, e, na generalidade dos casos,

Não existindo verdadeiramente um conflito de interesses entre duas partes, mas tão só o interesse da criança em perigo a proteger, deverá atender-se, assim, a uma avaliação sistémica, do panorama geral, que permita ao julgador, subtraindo-se do enquadramento rígido, típico das acções judiciais, aplicar a respectiva decisão, por forma a alcançar o fim que a natureza de jurisdição voluntária se propõe concretizar.

Do exposto, urge reflectir que a noção de família, enquanto meio integrador e próspero para o desenvolvimento integral de uma criança, pressupõe a existência de mais do que a mera verificação “de uma rede de vínculos genéticos ou biológicos, devendo comportar em si também toda uma reunião ou feixe de afectos”. Sem a “existência de uma envolvimento afectiva não poderá falar-se da existência de uma verdadeira família”<sup>188</sup>.

Ocupando uma posição primordial, a família “constitui um espaço de realização afectiva”, como refere ALMIRO RODRIGUES<sup>189</sup>. De facto, o autor refere que “a necessidade do afecto é uma das necessidades mais imperiosas do ser humano”, que fomenta o desenvolvimento da criança, forja o seu carácter e modela a sua personalidade<sup>190</sup>.

A maternidade e a paternidade apenas se realizam, integralmente, quando existe cuidado, afecto e entrega. A qualidade, das relações estabelecidas com as crianças, tem de ser tida em conta para a plenitude da sua existência e da dignidade humana.

Podemos, então, concluir que presenciamos uma época em que o valor de pertença, decorrente dos vínculos de consanguinidade, concorre com os afectos, como critério de vinculação, no estabelecimento das responsabilidades parentais, ainda que de forma excepcional e delimitada.

---

adaptar a solução definida à eventual evolução da situação de facto”. Deste modo, “dotado destes meios, o tribunal deve assumir a defesa do interesse que a lei lhe confia – no domínio dos processos de promoção e protecção, o «interesse superior da criança e do jovem», como expressamente afirma a alínea a) do artigo 4º da Lei de Protecção –, ainda que essa defesa implique fazê-lo prevalecer sobre outros interesses que eventualmente estejam envolvidos, ou mesmo em oposição”.

<sup>188</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.02.2007, proc. 1337/05.8TBVNO.C1, relator Isaías Pádua, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

<sup>189</sup> Cfr. Almiro Rodrigues, “Alternativas à separação”, *cit.*, p. 10.

<sup>190</sup> Cfr. Almiro Rodrigues, *ibidem*, p. 11.

### **CAPÍTULO III – PREPONDERÂNCIA ENTRE O CRITÉRIO BIOLÓGICO E O VÍNCULO SÓCIO-AFECTIVO**

Tendo como assente a fragilidade e a incapacidade natural da criança para fazer face às suas necessidades básicas, é indispensável, para o seu correcto e saudável desenvolvimento, a tomada de responsabilidades por parte das suas figuras de referência, qualificadas como unidade fundamental, para fornecer a esta um ambiente propício ao seu bem-estar, promoção e protecção, por forma a permitir, deste modo, a sua integração e o estabelecimento de um vínculo afectivo próprio das relações humanas.

Apesar da primazia atribuída aos laços sanguíneos, face às relações afectivas desenvolvidas com terceiros cuidadores, como tivemos oportunidade de mencionar, é inegável a constatação que, entre nós, o afecto começa a surgir, tanto na doutrina, como na jurisprudência, como um elemento a ter em consideração, no tocante à atribuição do exercício das responsabilidades parentais.

Tal é possível constatar a partir da própria indeterminação do conceito de família que, não sendo delimitada por critérios e juízos rigorosos, não possui uma noção estanque, como se retira da leitura do artigo 67.º da Constituição da República Portuguesa, que a consagra, unicamente, como “elemento fundamental da sociedade”.

Neste sentido, sendo a família uma “estrutura por excelência”, esta apresenta-se como a “escola das relações interpessoais e espaço de individualização”, onde a criança pode desenvolver-se integral e harmoniosamente<sup>191</sup>.

Mas não podemos cingir-nos à família puramente biológica, composta unicamente pelos progenitores, como principais cuidadores, quando em situações de não exercício prolongado dos seus deveres fundamentais estes possuem, no entanto, a titularidade das responsabilidades parentais.

Deste modo, cumpre agora assinalar o disposto pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que vigora directamente no nosso ordenamento jurídico, quanto ao reconhecimento do desempenho efectivo da prestação de cuidados diários, educativos e financeiros por pessoas que desempenham tal poder subjectivo, em substituição dos respectivos progenitores.

---

<sup>191</sup> Cfr. Almiro Rodrigues, “Alternativas à separação”, *cit.*, p. 11.

## A Afectividade e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Cumprе salientar o que tem sido considerado como jurisprudência uniforme do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos<sup>192</sup> no tocante à noção de família ou vida familiar.

Atendendo a que este conceito recai sobre um “um conjunto de relações de natureza física, jurídica e afectiva”, assim como “nas responsabilidades económicas e sociais”, a delimitação da noção de família “revela-se extremamente difícil numa sociedade em mutação”<sup>193</sup>.

Perante o exposto, IRENEU CABRAL BARRETO esclarece que “os órgãos da Convenção preferem uma aproximação prática baseada na existência de laços substanciais e afectivos entre as pessoas que se apresentam como uma família, mesmo que se encontrem separadas”, pressupondo-se, deste modo, que a vida familiar é “efectivamente vivida”<sup>194</sup>.

Sendo assim, na perspectiva deste órgão de protecção convencional, para efeitos de aplicação do artigo 8.<sup>o</sup><sup>195</sup> da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>196</sup>, “a noção

---

<sup>192</sup> Órgão doravante designado por Tribunal Europeu.

<sup>193</sup> Cfr. Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.<sup>a</sup> Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2015, pp. 243-244.

<sup>194</sup> Cfr. Ireneu Cabral Barreto, *ibidem*, pp. 244-245.

<sup>195</sup> Preceito convencional que consagra o direito ao respeito pela vida privada e familiar, cuja redacção prevê que, “qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência” e que “não haverá ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, salvo na medida em que tal ingerência estiver prevista na lei e constituir uma medida que, numa sociedade democrática, seja necessária à segurança nacional, à segurança pública, ao bem-estar económico do país, à defesa da ordem e à prevenção das infracções penais, à protecção da saúde ou da moral, ou à protecção dos direitos e das liberdades de terceiros”, nos termos do n.º 1 e n.º 2, respectivamente.

<sup>196</sup> Diploma legal conhecido, igualmente, como Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais foi adoptado pelo Conselho da Europa a 04.11.1950, entrando em vigor no dia 03.09.1953. Quanto ao nosso ordenamento jurídico, Portugal assinou a Convenção, em Estrasburgo, a 22.11.1976, sendo aprovada, para ratificação, através da Lei n.º 65/78 e publicada a 13.10.1978, in *Diário da República*, 236, 1978, pp. 2119-2145. A Convenção vincula o Estado Português na ordem jurídica interna e na ordem jurídica internacional, nos termos do n.º 2 do artigo 8.º da Constituição da República Portuguesa.

Por outro lado, criticando a forma como a nossa ordem jurídica divulga as publicações das decisões do Tribunal Europeu *vide* João Ramos de Sousa, “Apresentação: Ainda há juízes em Estrasburgo”, *Sub Iudice, Justiça e Sociedade*, n.º 24, Abril-Setembro, 2004, pp. 7-8. Neste sentido, o autor esclarece que “Portugal nunca levou muito a peito a divulgação da Convenção na ordem interna, nem a publicação das decisões do Tribunal. Não criámos um instituto de direitos humanos, análogo aos que existem em vários países europeus. Não publicámos nenhuma compilação das decisões do Tribunal, e muito menos as traduzimos para língua portuguesa (...). Os resultados dessa inércia colectiva do Estado, das universidades e dos juristas portugueses estão bem à vista: o desconhecimento generalizado da Convenção e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, quer pelos nossos tribunais superiores – que deveriam ser os primeiros a conhecê-la e a aplicá-la –, quer pelos advogados e cidadãos em geral. O que significa, afinal, menos consciência cívica e, portanto, menos protecção dos direitos fundamentais no nosso país. Os portugueses, aliás, só ouvem falar da Convenção quando alguma queixa é julgada em Estrasburgo e não sabem distinguir o Conselho da Europa do Conselho Europeu (este, órgão da União Europeia)”.

de família poderá abranger não apenas os laços familiares *de jure*, mas também os laços familiares *de facto*”<sup>197</sup>.

Ou seja, o simples laço biológico não é suficiente para identificar a respectiva vida familiar, se tal relação não apresentar um vínculo afectivo entre um pai biológico e a respectiva criança, pese embora o laço jurídico crie uma presunção nesse sentido.

Deste modo, a jurisprudência do Tribunal Europeu tem entendido que a “questão da existência ou ausência de uma vida familiar é antes de tudo uma questão de facto, que depende da existência de laços pessoais estreitos”<sup>198</sup>.

Neste sentido, reitera-se que a noção de vida familiar, a que o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos alude, não se limita às relações matrimoniais, podendo abranger outros laços onde as partes vivem juntas fora do casamento. Assim, uma criança nascida de tal relacionamento é *ipso jure* parte dessa unidade familiar, a partir do momento, e pelo próprio facto, do nascimento.

---

<sup>197</sup> Cfr. Susana Almeida e Zamira de Assis, *Parentalidade Sócio-Afectiva: Portugal e Brasil*, Edições Almedina, Coimbra, 2012, p. 31.

<sup>198</sup> Cfr. Acórdão Moretti e Benedetti contra Itália de 27.04.2010, proc. 16318/07, disponível em WWW:<URL://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98441>. No caso *sub judice*, o Tribunal de Menores de Veneza, por decreto urgente, a 20 de Maio de 2004, declarou a adoptabilidade de uma criança, cujo nascimento ocorreu semanas antes, ordenando, consequentemente, a sua colocação imediata no sistema público de protecção. A confiança da guarda da menor foi, assim, atribuída a um casal de nacionalidade italiana, requerentes no processo em discussão. Tal decisão foi consequência do seu internamento, momentos após o nascimento, por distúrbios de abstinência decorrentes do vício de drogas em que a progenitora se encontrava, tal como a posterior negligência verificada nos cuidados diários com a criança. A decisão de confiança foi estipulada por um período superior a dois anos. Durante esse tempo, o casal apresentou dois pedidos de adopção, no respectivo Tribunal, face à omissão de resposta quanto ao primeiro pedido. Após o intervalo estipulado da confiança da guarda aos requerentes, o Tribunal *a quo* confia a criança a uma nova família com vista a futura adopção, proibindo qualquer contacto entre esta e o primeiro casal, argumentando que tal decisão se fundava no seu “melhor interesse”. Inconformados com a decisão, uma vez que nunca foram notificados de qualquer decisão, recorreram ao Tribunal de Apelação de Veneza. O Tribunal *ad quem*, ao efectuar as diligências tidas como necessárias, acabou por negar o provimento ao recurso dos requerentes por se verificar que a criança parecia estar bem integrada na nova família e, por forma a salvaguardar os seus interesses, não se considerava oportuno proceder a uma nova separação que lhe poderia causar danos irreversíveis. Deste modo, o processo de adopção tornou-se conclusivo. Perante tal decisão, o Tribunal Europeu refere que, apesar de não se verificar qualquer relação jurídica entre os requerentes e a menor, há que atender, nas relações de facto, a uma série de factores para determinar a natureza familiar de tais relacionamentos, como o tempo vivenciado juntos, a sua qualidade e o papel desempenhado pelos adultos relativamente à criança. Assim, ao observar que as “primeiras etapas importantes da vida da criança” ficaram unicamente à responsabilidade do casal italiano, comportando-se “em todos os aspectos como seus pais”, estando “bem inserida” e “profundamente ligada” ao meio familiar em questão, os “laços familiares existiam de facto entre eles”. Perante o exposto, o douto Tribunal refere que o pedido de adopção interposto pelos requerentes deveria ter sido tomado em conta, afirmando que tal relação constituía “vida familiar”. Deste modo, concluiu que a verificação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos não foi respeitada pelos tribunais nacionais. Posto isto, e face à violação do artigo *sub judice*, o Tribunal Europeu considera que “o não cumprimento da lei e do regulamento interno” teve um impacto directo sobre o direito à vida em família.

No entanto, mesmo existindo um laço biológico, para efeitos do artigo *sub judice*, caso não se verifiquem outros elementos factuais que indiquem a existência de um relacionamento pessoal próximo, tais situações não estão abrangidas pela sua tutela<sup>199</sup>.

O Tribunal Europeu elucida que, excepcionalmente, se a vida familiar ainda não estiver totalmente estabelecida e tal situação não for imputável ao progenitor em questão, caso as circunstâncias o justifiquem, deve conferir-se, ao relacionamento potencial entre a criança e o pai ou mãe biológicos, a possibilidade de se estabelecer tal vínculo afectivo, possibilitando a não deterioração da respectiva relação.

Assim, os factores relevantes que podem auxiliar a determinar a existência de laços pessoais íntimos, nos casos em discussão, incluem o interesse demonstrado pelo progenitor em estabelecer tal vínculo e o comprometimento deste para com a criança, antes e depois do nascimento<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> Cfr. Acórdão Lebbink contra Holanda de 01.07.2004, proc. 45582/99, disponível em WWW:<URL://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61799>. No presente caso, o Tribunal Europeu constatou que o requerente, pai biológico de uma criança nascida fora de uma relação matrimonial, apesar de não ter reconhecido legalmente a paternidade, por oposição da progenitora e da respectiva família, e nunca ter coabitado com a filha, sempre se encontrou presente na vida desta, tendo colaborado e auxiliado por diversas vezes em tarefas respeitantes ao seu cuidado diário. Face ao exposto, o douto Tribunal defende que a mera invocação dos laços biológicos, assim como a coabitação, não possuem constância nem substância suficientes para se verificar um relacionamento equivalente a vida familiar. Para se criarem “laços familiares de facto”, que possuam a respectiva protecção inerente ao artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, este órgão de protecção convencional defende a necessidade de se observar um relacionamento de proximidade entre os interessados. *In casu*, atendendo à participação activa do pai biológico na vida da criança, o Tribunal Europeu invoca a violação do artigo *sub judice* perante as decisões dos tribunais nacionais que obstam à existência de vida familiar e aos correspondentes direitos de visita do requerente e por defenderem que tal vínculo afectivo nunca se observou.

<sup>200</sup> Cfr. Acórdão Anayo contra Alemanha de 21.12.2010, proc. 20578, disponível em WWW:<URL://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102443>. Resumidamente, no caso concreto, o pai biológico de gémeos, nascidos na constância do matrimónio da progenitora com o respectivo marido, foi impedido, por estes, logo após o nascimento das crianças, de estabelecer qualquer contacto ou proximidade com os filhos. Inconformado, interpôs, nas instâncias respectivas, pedidos de acesso e direitos de visita, os quais foram negados uma vez que a lei nacional prevê que os pais, titulares do vínculo jurídico, têm o direito de decidir relativamente ao contacto dos filhos com terceiras pessoas. Por outro lado, o Direito alemão (parágrafos 16, 29 e 30 do acórdão) ao consagrar a presunção *is pater est quem nuptiae demonstrant* acabou por não reconhecer a paternidade ao pai biológico. Todavia, podendo a paternidade ser contestada por este, teria, igualmente, no processo em causa, atendendo ao disposto pela lei ordinária, que se verificar a inexistência de um relacionamento social e familiar entre o pai legal e a criança, para que a paternidade lhe fosse reconhecida, o que não sucedeu. Perante tais vicissitudes, o Tribunal Europeu verificou que o relacionamento em questão não podia ser qualificado como “vida familiar”, insusceptível de integrar o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, uma vez que o requerente nunca tinha conhecido os filhos e, deste modo, coabitado ou estabelecido qualquer relação íntima com os mesmos. Contudo, ao verificar que tal situação não era imputável ao pai biológico, pois este manifestou o desejo contínuo de estabelecer contacto com as crianças, mesmo antes do nascimento, pedindo repetidamente à mãe biológica que o permitisse, assim como instaurou diversos processos no sentido de obter autorização para ter acesso a direitos de visita, o Tribunal Europeu, perante as circunstâncias do caso concreto, considera que a conduta adoptada foi suficiente para demonstrar o interesse do requerente em manter ou fomentar uma relação afectiva. Assim, consequentemente, o douto Tribunal não exclui que o relacionamento pretendido do requerente com os filhos biológicos se encontre na alçada da “vida familiar”, nos termos do artigo 8.º, uma

Por outro lado, em situações em que se verifica, com o decurso do tempo, a integração da criança em famílias constituídas por terceiras pessoas, o douto Tribunal considera que a transferência da guarda da criança para esse núcleo familiar e a respectiva restrição de direitos de visita aos pais biológicos não constituem uma violação do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos<sup>201</sup>, quando devidamente justificadas e atendendo casuisticamente às circunstâncias do caso concreto.

Deste modo, a senda das decisões proferidas pelo Tribunal Europeu tem atribuído prevalência, neste âmbito, à parentalidade sócio-afectiva consolidada, com pessoas distintas dos progenitores, em detrimento da biológica, quando assim se exija, atendendo ao superior interesse da criança<sup>202</sup>.

---

vez que, o relacionamento em causa diz respeito a uma parte fundamental da identidade do progenitor, na acepção do mesmo preceito, concluindo-se que a decisão dos tribunais nacionais, ao recusar este contacto, interferiu no direito ao respeito da sua vida privada.

<sup>201</sup> Cfr. Acórdão K. e T. contra Finlândia de 27.04.2000, proc. 25702/94, disponível em WWW:<URL://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59587>. O Tribunal Europeu, no presente acórdão, alude a que a implementação de qualquer medida interventiva e restritiva, no seio familiar, das autoridades públicas varia de acordo com o Estado Contratante, dependendo de factores como as tradições relacionadas ao papel da família e a disponibilidade de recursos para as medidas públicas nessa área específica. Por sua vez, atendendo a que as autoridades nacionais têm o benefício de contactar directamente com as partes envolvidas, não compete ao douto Tribunal substituir aquelas no exercício das suas responsabilidades, no que diz respeito à regulamentação do atendimento público. Mas sim, diante dos termos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, rever as decisões tomadas no exercício do seu poder de apreciação. Deste modo, ao determinar se as medidas em questão são “necessárias numa sociedade democrática”, o Tribunal Europeu, à luz do n.º 2 do artigo 8.º do diploma *sub judice*, irá considerar se os motivos apresentados pelas instâncias nacionais se mostram relevantes e suficientes. Assim, *in casu*, devido a um longo historial médico de esquizofrenia da mãe biológica, dois dos seus quatro filhos foram entregues ao sistema público de protecção, visto que tal situação foi avaliada pelas instâncias nacionais como seriamente ameaçadora para a saúde e desenvolvimento das crianças, sendo posteriormente, e após vários anos, adoptadas por uma família de acolhimento. O Tribunal Europeu, atendendo às circunstâncias concretas, constatou que, inicialmente, ocorreu uma violação do direito ao respeito pela vida familiar dos requerentes (mãe biológica de ambas as crianças e pai biológico de uma delas), por se verificar que as autoridades nacionais não tomaram as providências necessárias para uma possível reunificação familiar, durante os sete anos em que as crianças estiverem sob sua tutela, independentemente da evidente melhoria decorrente na vida dos progenitores. A respectiva interferência, na óptica deste órgão de protecção convencional, implicou um perigo para as relações familiares, entre as partes, pois foram efectivamente comprometidas. Todavia, apesar de tal restrição ao direito de protecção da vida familiar, o Tribunal Europeu defende que a lei finlandesa visava claramente proteger a “saúde e a moral” e “os direitos e liberdades” das crianças e, deste modo, as autoridades nacionais, de acordo com a sua margem de apreciação, tinham o direito de considerar que tais restrições eram necessárias à luz do interesse superior da criança e de acordo com a lei interna, por forma a restituir o seu equilíbrio emocional e físico, que se encontravam ameaçadas. Concluiu-se que as interferências verificadas no seio familiar, pelas autoridades públicas, assim como a confiança da guarda das crianças a terceiras pessoas, não violaram a disposição da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

<sup>202</sup> Cfr. Acórdão Hokkanen contra Finlândia de 23.07.1994, proc. 19823/92, disponível em WWW:<URL://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57911>. No caso em questão, uma criança, nascida na constância do matrimónio dos pais biológicos, foi confiada, provisoriamente e por acordo, aos avós maternos, após o falecimento da progenitora, por forma a permitir que o pai “reorganizasse a vida pessoal”. Todavia, os avós maternos começaram por impedir os contactos frequentes entre a criança e o requerente, que recorreu às instâncias nacionais para que lhe fosse concedido os respectivos direitos de visita e, consequentemente, a regularização da situação. Perante a persistente recusa dos avós, em cumprir as repetidas decisões judiciais, e a respectiva dificuldade na organização de tal direito de visita, devido à animosidade entre os avós

Podemos então concluir que a orientação do Tribunal de Estrasburgo atenta tanto na verdade biológica como nos laços sócio-afectivos, exprimindo um equilíbrio assente no superior interesse da criança.

Assim, o artigo 8.º do diploma legal, em discussão, ao incluir o direito da implementação e intervenção de medidas de assistência pública, tal como a regularização de direitos de visita, com vista à reintegração do seio familiar, entre uma criança e os progenitores, não obsta a reconhecer que a natureza e a extensão dessa preparação dependerão das circunstâncias do caso concreto e do entendimento e da cooperação de todos os envolvidos.

Apesar de se verificar que às autoridades nacionais incumbe um maior comprometimento e operacionalidade quanto a estas questões, devido à posição privilegiada em que se encontram, urge atender, sempre e primacialmente, aos interesses da criança, uma vez que o direito ao respeito pela vida familiar pressupõe a própria existência de uma família, composta por afectos e cuidados, independentemente dos laços consanguíneos existentes e da vontade dos progenitores.

Atendendo a que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos concede “o acesso directo a mecanismos internacionais de protecção, acrescendo aos meios internos de defesa de direitos fundamentais”<sup>203</sup>, a jurisprudência do Tribunal Europeu desempenha, assim, “não só um meio auxiliar interpretativo da Constituição”, como também “um meio de invenção ou desenvolvimento de direitos fundamentais”<sup>204</sup>.

---

maternos e o requerente, o Tribunal Europeu defende que a responsabilidade pela não efectivação dos contactos não pode ser atribuída a este, visto que procurou a sua execução de forma activa. Contudo, apesar de inegável, numa fase inicial, a omissão do exercício estatal, no tocante às obrigações positivas inerentes a um respeito efectivo pela vida familiar, o douto Tribunal afere que não se pode deixar de ter em consideração que a criança, face a um processo moroso e ineficaz, morava há aproximadamente cinco anos com os avós maternos, com os quais tinha estabelecido fortes laços de segurança, confiança e afecto, considerando aquele lar como o seu. Por sua vez, atendendo a que a criança já tinha amadurecido o suficiente para que as suas opiniões fossem levadas em consideração, o contacto com o pai foi igualmente reduzido por força da vontade da menor. Posto isto, o Tribunal Europeu defende que a transferência da guarda da criança para os avós não pode ser considerada desproporcional atendendo ao objectivo legítimo de proteger os interesses desta, não constituindo uma violação ao artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

<sup>203</sup> Cfr. Ireneu Cabral Barreto, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, cit., p. 34.

<sup>204</sup> Cfr. Maria Clara Sottomayor, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, cit., pp. 84-85. Neste sentido, vide João Ramos de Sousa, “Apresentação: Ainda há juízes em Estrasburgo”, cit., p. 8, ao esclarecer que “os tribunais não podem conduzir essa luta pelos direitos fundamentais, mas podem consolidar os avanços por ela obtidos. Hoje, a questão que se põe neste campo é, não só a invenção de novos e cada vez mais eficazes direitos fundamentais, mas também o aprofundamento e densificação dos já existentes. Mas sem espalhar ilusões sobre o seu significado e limites. Então, os tribunais, e em primeira linha o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, podem desempenhar

Cabe, então, aos Tribunais nacionais adoptarem os critérios delineados pela jurisprudência do doutro Tribunal, em especial à interpretação evolutiva e dinâmica quanto à vida familiar na acepção do artigo 8.º da dita Convenção, sempre que se consiga, através de tal regulamentação, uma protecção mais favorável de direitos fundamentais relativamente às crianças.

Considerando-se que “a densificação dos direitos reconhecidos pela Convenção é um passo indispensável para a sua legitimação e para a sua recepção pelos tribunais constitucionais e comuns”<sup>205</sup>, só podemos ambicionar por uma jurisprudência nacional vinculada e uniforme aos valores do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

---

aqui um papel decisivo no alargamento do bloco de constitucionalidade jurisprudencial em que esses direitos se cristalizam”.

<sup>205</sup> Cfr. João Ramos de Sousa, “Apresentação: Ainda há juízes em Estrasburgo”, *cit.*, p. 8.

## O Estabelecimento da Filiação – Primazia atribuída ao Critério Biológico em detrimento do Critério Sócio-Afectivo?

Após verificarmos que a senda jurisprudencial do Tribunal Europeu, quanto ao reconhecimento de vida familiar, não atribui prevalência aos laços sanguíneos, por si só, exigindo igualmente, para o efeito, o estabelecimento de um vínculo afectivo entre a criança e os respectivos cuidadores, cabe agora observar o que o ordenamento jurídico português consagra como determinante para a existência de vínculos familiares.

Atendendo ao consagrado pelo Código Civil iremos, ainda que sumariamente, fazer referência ao estabelecimento da paternidade e da maternidade como pressuposto para a responsabilidade do exercício parental. Todavia, perante o exposto, será correcto afirmar que este diploma legal atribui primazia ao critério biológico em detrimento do critério sócio-afectivo?

Nos termos do Código Civil, a filiação biológica é o vínculo jurídico que decorre do fenómeno da descendência de pais para filhos<sup>206</sup>, encontrando, enquadramento legal, nos termos dos artigos 1796.º e seguintes.

Para a constituição deste vínculo biológico é necessário, antes de mais, proceder ao seu registo<sup>207</sup>, por razões de organização social e familiar, por forma a que a filiação se encontre legalmente estabelecida<sup>208</sup> e produza os devidos efeitos desde a data de nascimento do filho<sup>209</sup>.

Através da leitura e análise dos artigos referentes ao seu estabelecimento, SUSANA ALMEIDA refere que é possível constatar a prevalência que o ordenamento jurídico português concede à verdade biológica, como pedra de toque do estabelecimento da maternidade e da paternidade<sup>210</sup>.

---

<sup>206</sup> Identificando-se, assim, com a noção de parentesco, prevista no artigo 1578.º do Código Civil, “vínculo que une duas pessoas, em consequência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um progenitor comum”.

<sup>207</sup> Cfr. alínea b) do n.º 1 do artigo 1.º do Código de Registo Civil. Caso contrário, o vínculo jurídico não pode ser invocado, não gozando de atendibilidade. Para o efeito, *vide* artigo 2.º do mesmo diploma.

<sup>208</sup> O estabelecimento deste vínculo produz efeitos jurídicos que não se devem confundir com as responsabilidades parentais uma vez que, mesmo depois da maioridade ou emancipação, as relações de convívio e afecto entre pais e filhos, regra geral, mantêm esse realce e significado jurídico. A enumeração legal de deveres paternofiliais, decorrentes da filiação, encontra-se estatuída na previsão do n.º 1 do artigo 1874.º do Código Civil, sendo eles o dever de respeito, auxílio e assistência.

<sup>209</sup> Cfr. n.º 2 do artigo 1797.º do Código Civil. A sua constituição tem eficácia retroactiva.

<sup>210</sup> Cfr. Susana Almeida e Zamira de Assis, *Parentalidade Sócio-afectiva: Portugal e Brasil*, cit., p. 50, ao referirem que “o Direito da Filiação Português (...) gravita à volta do princípio da coincidência entre a verdade biológica e o vínculo da filiação. Outra parece ser a orientação do Tribunal de Estrasburgo, que,

Isto é o mesmo que dizer que, o ordenamento jurídico nacional objectiva no sentido de uma tradução jurídica fiel, ainda que passível de oscilações, entre a realidade biológica e o estabelecimento do vínculo jurídico da filiação, identificando, unicamente, o pai e a mãe reconhecidos juridicamente, como pais biológicos.

Neste sentido, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA defendem a existência de “um princípio da verdade biológica” como base estruturante de todo o regime legal, apesar de não se encontrar constitucionalmente consagrado. Fazem, assim, referência à necessidade da existência de instrumentos jurídicos, de correcção, por forma a permitir a descoberta da verdade, quanto à maternidade e paternidade biológicas<sup>211</sup>.

Escreve, ainda, GUILHERME DE OLIVEIRA, que a primazia dada à coincidência entre o vínculo jurídico e o vínculo biológico deve-se à extinção do trato desigualitário entre as diversas categorias de filhos tipificadas entre nós, com a Reforma do Código Civil de 1977, que “pretendeu caminhar no sentido de soluções igualitárias, fundadas em dados objectivos – nos dados da Biologia – de tal modo que os vínculos jurídicos de filiação dependessem exclusivamente dos laços de progenitura, e coincidissem com eles”<sup>212</sup>.

Na verdade, a matéria do estabelecimento de filiação foi profundamente reestruturada pelas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, em resultado do princípio da não discriminação dos filhos nascidos fora do casamento<sup>213</sup>. Esta reforma vem alterar a organização sistemática do Código Civil, prevendo um tratamento distinto quer para o estabelecimento da maternidade como para o da paternidade.

---

mais uma vez, na sua tarefa auscultadora do pulsar da sociedade europeia, atenta na verdade sócio-afectiva no momento de arrazoar sobre o estabelecimento da filiação”.

<sup>211</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 52. Os autores esclarecem ainda “que o sistema jurídico português adoptou uma preocupação, maior do que a de outros sistemas jurídicos, com a coincidência entre a «verdade jurídica» e a «verdade biológica»; mais do que outros sistemas, e mais do que o nosso sistema anterior a 1977, o direito português manifesta a intenção de se submeter, quase exclusivamente, à realidade biológica, sem mostrar respeito por outros interesses como, por exemplo, o interesse concreto do filho, o interesse de não perturbar a «paz das famílias», ou a estabilidade sócio-afectiva de uma relação jurídica que não tenha fundamento em vínculos biológicos.”, dando como contraponto um exemplo no direito francês, onde “a mulher que tem o parto não se torna, necessariamente, a mãe jurídica do filho; respeita-se a vontade que ela pode ter de não assumir o estatuto de mãe, e pensa-se que não vale a pena impor o estatuto contra a sua vontade”, *cit.*, p. 53.

<sup>212</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, “O sangue, os afectos e a imitação da natureza”, *cit.*, pp. 11-12.

<sup>213</sup> Cfr. n.º 4 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

Sendo assim, cabe-nos apresentar os aspectos gerais de algumas previsões legais que disciplinam a verdade biológica da filiação.

Primeiramente, façamos alusão ao respeito pela verdade biológica a que a previsão do artigo 1801.º do Código Civil nos remete. O legislador, a par da reforma de 1977, teve a intenção específica de permitir o uso de “exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados” como meios de prova, nas acções relativas à filiação. Esta consagração legal reporta-se ao valor e interesse da descoberta da filiação biologicamente verdadeira, para efeitos de registo, e de um direito ao conhecimento da identidade dos progenitores<sup>214</sup>.

Deste modo, o artigo *sub judice* é a expressão da intenção do próprio legislador em facilitar a prova nas acções relativas à filiação, não podendo, todavia, retirar-se da leitura de tal previsão a inexistência de “limites gerais que se prendem com a defesa dos direitos à integridade física e à integridade moral, que impedem a utilização daqueles métodos, e os limites especiais que possam ser considerados a propósito de algum meio de prova”<sup>215</sup>.

Já quanto ao estabelecimento da maternidade, a supremacia do sangue é incontestável. Perdura a regra antiga e generalizada de que mãe é quem gera, quem tem o parto. Assim, a maternidade “resulta do facto do nascimento”, tal como disposto pelo n.º 1 do artigo 1796.º do Código Civil. É clara a intenção do legislador, ao sujeitar o facto biológico à lei, de “retirar à mãe qualquer possibilidade de impedir a constituição do estado. Com efeito, a mãe não «perfilha», não manifesta qualquer vontade de admitir o filho, nem pode rejeitar o facto da maternidade”<sup>216</sup>.

Para efeitos de registo, os nascimentos em território português têm de ser levados ao conhecimento do registo civil, dentro dos 20 dias imediatos<sup>217</sup>, por qualquer pessoa legitimada para o efeito<sup>218</sup>, estabelecendo-se a maternidade por indicação.

---

<sup>214</sup> O direito ao conhecimento da maternidade e da paternidade é decorrente do direito à identidade pessoal, previsto nos termos do n.º 1 do artigo 26.º e n.º 1 do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>215</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 35.

<sup>216</sup> Cfr. Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Edições Almedina, Coimbra, 2003, p. 8.

<sup>217</sup> Cfr. Artigo 96.º do Código do Registo Civil.

<sup>218</sup> O artigo 97.º do Código do Registo Civil prevê que “a declaração de nascimento compete, obrigatória e sucessivamente, às seguintes pessoas e entidades: aos pais ou a outros representantes legais do menor ou a quem por eles seja, para o efeito, mandatado por escrito particular; ao parente capaz mais próximo que tenha conhecimento do nascimento; ao director ou administrador ou outro funcionário por eles designado da unidade de saúde onde ocorreu o parto ou na qual foi participado o nascimento”.

Por sua vez, em determinadas circunstâncias, aquando do registo do nascimento, há, no entanto, omissão quanto a esta qualidade. O legislador, nos termos da 1ª parte do n.º 1 do artigo 1806.º do Código Civil prevê estas situações, considerando que, posteriormente, “a mãe pode fazer a declaração de maternidade se o registo for omissivo quanto a esta”<sup>219</sup>, sublinhando-se a facilidade com que a mesma se pode verificar.

Assim, no tocante à quase ausência de obstáculos ou dificuldades, em estabelecer a maternidade, e para o próprio controlo da veracidade das prestações declaradas, o Código Civil coloca ao nosso dispor a figura da impugnação, prevista no artigo 1807.º.

Nestes termos, o princípio da verdade biológica é revelado através da imprescritibilidade, inerente ao preceito, quanto ao direito de propor acção de impugnação, por se sobrepor “às exigências de segurança e estabilidade das situações familiares adquiridas, que sugerem a imposição de um prazo de caducidade”<sup>220</sup>.

No mesmo sentido, é possível reter que a alargada legitimidade activa tipificada<sup>221</sup>, para o efeito, manifesta o real interesse em alcançar a coincidência da verdade biológica com a verdade jurídica. Um claro exemplo, deste princípio, é o facto da procedência da impugnação, por parte da pessoa declarada como mãe, poder originar um *venire contra factum proprium* expondo, esta, conscientemente, a prestação de falsas declarações, aquando da feitura do registo, por exemplo.

Por fim, o artigo 1814.º do Código Civil faz ainda referência ao instituto do reconhecimento judicial da maternidade, em acção especialmente intentada pelo filho. Nos dias que correm, através dos exames e meios científicos ao nosso dispor, as dificuldades sentidas em provar a descendência do filho à pretensa mãe foram, assim, colmatadas, não havendo a necessidade intrínseca da utilização da prova do parto ou outros meios para proceder à devida identificação das partes.

Contudo, por forma a facilitar a prova, o legislador, no n.º 2 do mesmo artigo, decidiu ser possível presumir a maternidade quando “o filho houver sido reputado e tratado como tal pela pretensa mãe e reputado como filho também pelo público” ou, por

---

<sup>219</sup> Pese embora a mãe não tenha sido identificada aquando da feitura do registo, não há qualquer impedimento para que o mesmo seja lavrado, *vide* n.º 7 do artigo 102.º do Código do Registo Civil.

<sup>220</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, *cit.*, p. 68.

<sup>221</sup> O artigo 1807.º do Código Civil dá legitimidade à pessoa declarada como mãe, ao registado, a quem tiver interesse moral ou patrimonial na procedência da acção ou ao Ministério Público para proceder à impugnação da maternidade.

sua vez, “quando exista carta ou outro escrito no qual a pretensa mãe declare inequivocamente a sua maternidade”.

Já no que concerne ao estabelecimento da paternidade, a realidade é um pouco distinta. O n.º 2 do artigo 1796.º do Código Civil dita que “a paternidade presume-se em relação ao marido da mãe e, nos casos de filiação fora do casamento, estabelece-se pelo reconhecimento”<sup>222</sup>.

Como mencionado, nas linhas antecedentes, o estabelecimento da maternidade advém da decorrência de um puro facto biológico, o parto, não ocorrendo qualquer modificação pelo simples facto de a mulher ser casada ou solteira. Quanto à paternidade, o legislador atendeu à relevância dessa dicotomia para estabelecer um regime diferenciado.

Sendo assim, quanto à presunção da paternidade é urgente atender ao que o n.º 1 do artigo 1826.º do Código Civil prevê. Presume-se que o pai é o marido da mãe, quando o filho nasce ou é concebido na constância do matrimónio destes. Estamos, deste modo, perante uma presunção legal circunstanciada pelo estado civil da mãe, a *pater it est quem nuptias demonstrant*.

No entanto, o legislador consagra situações em que esta presunção pode cessar.

O artigo 1828.º do Código Civil faz referência às situações em que caso o filho nasça dentro dos cento e oitenta dias posteriores à celebração do casamento, se a mãe ou marido declararem, no acto do registo do nascimento, que este não é o pai, a presunção cessa automaticamente. O mesmo sucede se o nascimento da criança “ocorrer passados trezentos dias depois de finda a coabitação dos cônjuges”<sup>223</sup>.

Não obstante as circunstâncias, de carácter social e comportamental, que conduziram ao carácter teleológico dos preceitos, é perceptível a tentativa do legislador de fazer coincidir a realidade jurídica com a verdade biológica ao fazer uso de um juízo de probabilidade, fundado na experiência comum, a fim de evitar o reconhecimento de vínculos manifestamente fictícios<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Vide artigo 1847.º do Código Civil, “o reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio efectua-se por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação”.

<sup>223</sup> Cfr. Artigo 1829.º do Código Civil.

<sup>224</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família, cit.*, pp. 89-122.

Por sua vez, o artigo 1832.º, do respectivo diploma legal, “terá sido pensado para os casos em que a mulher casada, separada de facto do marido, tinha um filho que era alheio ao seu casamento”<sup>225</sup>. Nestas situações, a mera declaração da mãe, nos termos do n.º 1 do artigo em questão, cessa a presunção da paternidade do marido.

Já quanto à impugnação da paternidade presumida, o preceito estabelecido, pelo artigo 1839.º do Código Civil, permite que a mãe, o marido desta, o filho ou o Ministério Público procedam à acção respectiva. A Reforma de 1977 veio ampliar o âmbito de pessoas com legitimidade activa para impugnar.

No entanto, quanto a esta questão, gostaríamos de chamar a atenção para os prazos de propositura da acção, segundo o artigo 1842.º do mesmo diploma, que são estabelecidos de acordo com o autor da mesma, uma vez quem têm sido objecto de acesa discussão doutrinária e jurisprudencial<sup>226</sup>.

O Tribunal Constitucional tem seguido a orientação da não inconstitucionalidade, dos prazos de caducidade enunciados pela lei ordinária, uma vez que se verifica a ausência de desconformidade com a Constituição. Neste sentido, em aresto publicado<sup>227</sup> proferiu que “para além das considerações de natureza pragmática que se prendem com a certeza e a segurança jurídica e a eficácia das provas, releva ainda com particular acuidade (...) a protecção da família conjugal.”

---

<sup>225</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família, cit.*, p. 104.

<sup>226</sup> Neste sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.02.2018, proc. 5434/12.5TBLRA.C1.S1, relator Tomé Gomes, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, explica que têm sido traçadas duas linhas gerais: “ de um lado, emergiu uma corrente inovadora, já significativa em 1977, a sustentar que o direito à identidade biológica como dimensão dos direitos fundamentais à identidade e à integridade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade, robustecidos pela garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano assentes nos artigos 25.º, n.º 1, e 26.º, n.º 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa, bem como o direito de constituir família (art. 36.º, n.º 1, da mesma Lei Fundamental) é incompatível com o cerceamento, através de prazos de caducidade, do único meio de efectivar esse direito e que é a acção judicial. Nessa linha, considera-se, em síntese, que as razões de segurança jurídica, de ordem social e patrimonial, em torno da instituição familiar e em prol da estabilidade das relações de parentesco, e sobretudo de salvaguarda da reserva de intimidade da vida privada do investigado em que radicam tais prazos de caducidade não assumem, na actualidade, importância que deva ser equiparada ou sobreposta ao interesse inalienável do cidadão na sua filiação biológica.

De outro lado, perfila-se uma orientação, de certo modo tributária da doutrina subjacente às soluções consagradas no Código Civil de 1966, no sentido de que o exercício dos referidos direitos fundamentais não deve ser irrestrito a ponto de sacrificar interesses de ordem pública e de natureza pessoal que se vão consolidando ao longo do tempo, para mais ante a inércia injustificada dos interessados no reconhecimento da verdade biológica da filiação, devendo, por isso, ser compatibilizados os interesses conflituantes através do estabelecimento de prazos de caducidade razoáveis.”

<sup>227</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 18.01.2008, in *Diário da República*, 13, 2008, pp. 2519-2525, disponível em WWW:<URL://www.dre.pt>.

Deste modo, “o direito de impugnação da paternidade está, assim, apenas, na disponibilidade directa dos membros da família, no sentido de que só o marido, a mãe e o filho é que se encontram autonomamente legitimados a intentar a acção. E não está, por isso, excluído que a situação de discrepância entre a paternidade presumida e a realidade biológica se mantenha sempre que não haja interesse concreto por parte dos interessados na destruição da paternidade presumida”.

Nesta situação, tendo como factor de ponderação “o interesse geral da estabilidade das relações sociais e familiares” e o “sentimento de confiança em que deve basear-se a relação paternal, quando se trate de filhos nascidos na vigência do matrimónio”, poderia colocar-se em causa tal estabilidade se se permitisse uma acção exercitável a todo o tempo, sem qualquer limitação temporal<sup>228</sup>.

No mesmo sentido, FRANCISCO PEREIRA COELHO e GUILHERME DE OLIVEIRA esclarecem que “a valorização dos direitos fundamentais da pessoa, a força redutora da verdade biológica, e a igualdade do estatuto jurídico de todos os filhos, ainda não tiveram o mérito de afastar o regime tradicional e de fazer consagrar a admissibilidade da impugnação a todo o tempo”, apesar de que para se atingir o respeito puro pela verdade biológica seria aconselhável claramente a imprescritibilidade<sup>229</sup>. Contudo, os referidos autores defendem que as impugnações “agredem um estado jurídico e social prévio, que pode ter uma duração e uma densidade consideráveis”<sup>230</sup>.

Posto isto, verifica-se que, apesar da predominância biológica, no estabelecimento da filiação, a lei ordinária considera não ser o único interesse atendível. Face ao que acabámos de expor, em homenagem a interesses de ordem social e familiar, o legislador admite que a realidade biológica pode não coincidir com a filiação legalmente estabelecida, apesar da insistente procura por essa verdade.

O Supremo Tribunal de Justiça, por sua vez, em variadas ocasiões, decidiu-se pela inconstitucionalidade do preceito estabelecido nas alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 1842.º do Código Civil, por considerar que “a valorização dos direitos fundamentais da pessoa, tais como o de saber quem é e de onde vem, na vertente da ascendência genética, e a

---

<sup>228</sup> Para um maior esclarecimento, *vide* Acórdão do Tribunal Constitucional de 27.12.2010, in *Diário da República*, 249, 2010, pp. 62557-62562, disponível em WWW:<URL://www.dre.pt>.

<sup>229</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, cit., p. 139.

<sup>230</sup> Cfr. Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *ibidem*, p. 140.

inerente força redutora da verdade biológica, prevalecem sobre a ideia da existência de prazos de caducidade nas acções de estabelecimento da filiação”.

De tal modo que considerou tais prazos como “uma salvaguarda desproporcional dos valores de certeza e segurança jurídica que visam evitar a manutenção de uma situação de pendência ou dúvida acerca da filiação, por períodos, excessivamente, longos, face à defesa do direito constitucional à identidade, consagrado pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP, é inconstitucional, razão pela qual não ocorre a caducidade da acção”<sup>231</sup>.

Por outro lado, já no que diz respeito ao estabelecimento da paternidade, fora do matrimónio, o reconhecimento jurídico faz-se através do acto de perfilhação ou decisão judicial, em acção de investigação, de acordo com o estabelecido no artigo 1847.º do Código Civil.

Quanto à perfilhação<sup>232</sup>, sendo uma manifestação voluntária de alguém que se apresenta como progenitor de um filho, sem paternidade estabelecida, têm capacidade, para o acto jurídico unilateral, os maiores de dezasseis anos, desde que não estejam interditados por anomalia psíquica e não se encontrem, notoriamente, com alguma perturbação mental, como prevê a letra da lei, no momento da celebração do acto, nos termos do artigo 1850.º do Código Civil.

Passando a constar do registo civil, a paternidade considera-se estabelecida, com o devido efeito retroactivo até à data de nascimento do filho.

Conhecendo as devidas circunstâncias que determinaram a paternidade biológica, e apesar das restrições inerentes à capacidade para perfilhar, o pretense progenitor tem à sua disposição mais um instrumento para o estabelecimento da verdade biológica, podendo, a perfilhação, ser feita a todo o tempo<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.03.2010, proc. 144/07.8TBFVN.C1.S1, relator Helder Roque, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>. Seguindo a mesma orientação, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.07.2009, proc. 1124/05.3TBLGS.S1, relator Oliveira Rocha, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

A *contrario*, vide o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.02.2018, proc. 5434/12.5TBLRA.C1.S1, relator Tomé Gomes, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, que conclui que “a fixação legal de prazos para a propositura de acções de impugnação da paternidade presumida, diferenciados por categorias de interessados legitimados, como se prescreve nos artigos 1842.º a 1844.º do CC, desde que tais prazos se mostrem proporcionados ou razoáveis, não ofende o núcleo essencial dos direitos fundamentais à identidade e integridade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, por via da verdade biológica da geração paterna, quer do filho quer do suposto progenitor (...)”.

<sup>232</sup> Cfr. Artigos 1849.º a 1863.º do Código Civil.

<sup>233</sup> Cfr. n.º 2 do artigo 1859.º do Código Civil.

Caso não corresponda à verdade, tal como no estabelecimento da maternidade, a perfilhação pode ser impugnada, segundo o n.º 2 do artigo 1859.º do Código Civil, “pelo perfilhante, pelo perfilhado, ainda que não haja consentido na perfilhação, por qualquer outra pessoa que tenha interesse moral ou patrimonial na sua procedência ou pelo Ministério Público”, a todo o tempo<sup>234</sup>.

Caso a paternidade seja desconhecida, em decorrência da omissão no registo<sup>235</sup>, constando, unicamente, o nome da mãe, “deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo” para que haja lugar à averiguação oficiosa da paternidade, tal como disposto pelo artigo 1864.º do Código Civil.

Por fim, o artigo 1869.º do Código Civil tutela o reconhecimento judicial<sup>236</sup>, como a última forma de estabelecer a paternidade, dispondo que “pode ser reconhecida em acção especialmente intentada pelo filho se a maternidade já se achar estabelecida ou for pedido conjuntamente o reconhecimento de uma e outra”.

Quanto aos prazos para a propositura da acção de investigação, o n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil, por remissão do artigo 1873.º, do mesmo diploma, prevê como limites de interposição a “menoridade do investigante” ou os “dez anos posteriores à sua maioridade ou emancipação”, considerando, desta forma, os 28 anos, como idade máxima para ver reconhecido este direito.

Face ao exposto, tal como sucedeu no tocante à acção de impugnação da paternidade presumida, a previsão legal do artigo 1817.º, não reconhece, igualmente, consenso entre a jurisprudência nacional, quanto aos prazos de caducidade tipificados.

---

<sup>234</sup> Quanto à imprescritibilidade, nas acções de impugnação de perfilhação, o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 02.07.2013, proc. 295/12.7T6AVR.C1, relator Henrique Antunes, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>, esclarece que “o direito de impugnar, tanto a maternidade como a perfilhação – *rectius*, a paternidade estabelecida por via da perfilhação – não caduca. O interesse público de coincidência entre a verdade jurídica e a verdade biológica, que justificam esta imprescritibilidade, sobrepõem-se às exigências de segurança e estabilidade das situações familiares adquiridas, que sugerem a imposição de um prazo de caducidade, o que pode suscitar algumas perplexidades dado que para outras acções se prevêem prazos de caducidade, significando que nesses casos a segurança jurídica e a protecção dos laços familiares entretanto estabilizados e consolidados são relevantes e justificam que a filiação legalmente estabelecida não coincida com a filiação biológica”.

<sup>235</sup> Cfr. n.º 2 do artigo 121.º do Código de Registo Civil.

<sup>236</sup> A jurisprudência constitucional explica que “no actual ordenamento jurídico português, a acção de investigação de paternidade prevista nos artigos 1869.º e seguintes do Código Civil constitui o único meio destinado à efectivação do direito fundamental ao estabelecimento do vínculo jurídico da paternidade biológica, sendo também o meio mais eficaz de satisfação do direito ao conhecimento da ascendência biologicamente verdadeira quando o suposto pai recusa qualquer colaboração”, como é possível constatar da leitura do Acórdão do Tribunal Constitucional de 03.11.2011, in *Diário da República*, 211, 2011, pp. 43546-43605, disponível em WWW:<URL://www.dre.pt>.

Através da redacção da Lei n.º 14/2009, de 1 de Abril<sup>237</sup>, o Tribunal Constitucional reconhece a constitucionalidade, da norma apontada. Defende que, num plano geral já “não é possível ignorar que a constituição e a determinação integral do vínculo de filiação, abrangendo ambos os progenitores” corresponda “a um interesse de ordem pública, a um relevante princípio de organização jurídico-social”.

Deste modo, explica que é totalmente “legítimo que o legislador estabeleça prazos para a propositura da respectiva acção de investigação da paternidade, de modo a que o interesse da segurança jurídica não possa ser posto em causa por uma atitude desinteressada do investigador, não sendo injustificado nem excessivo fazer recair sobre o titular do direito um ónus de diligência quanto à iniciativa processual para apuramento definitivo da filiação, não fazendo prolongar, através de um regime de imprescritibilidade, uma situação de incerteza indesejável. Necessário é que esse prazo, pelas suas características, não impossibilite ou dificulte excessivamente o exercício maduro e ponderado do direito ao estabelecimento da paternidade biológica”<sup>238</sup>.

Por seu turno, já o Supremo de Tribunal de Justiça reitera a inconstitucionalidade material, do artigo em discussão, por defender a necessidade de se verificar a imprescritibilidade, para a interposição de acções de investigação.

Esclarece que, na cultura socialmente dominante, “a Constituição da República acolheu de forma inderrogável e irrefragável na sua filosofia humanista e de preeminência os valores do indivíduo colocado numa sociedade que se quer orientada e projectada para propinar um desenvolvimento pessoal harmonioso e arrimado a valores personalistas”, não acolhendo a “ideia de que a alguém possa ser coarctado o direito a conhecer as suas origens familiares, fundado tão só em razões de índole formal e normativa”<sup>239</sup>.

Assim, entende que “o direito a investigar a paternidade é imprescritível sendo injustificada qualquer limitação temporal que equivaleria à limitação de um direito de personalidade”, “independentemente da sua duração, extensão e *terminus ad quem*”<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> Lei n.º 14/2009, de 01.04, in *Diário da República*, 64, 2009, pp. 2017-2018, vem alterar os artigos 1817.º e 1842.º do Código Civil sobre investigação de paternidade e maternidade.

<sup>238</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional de 03.11.2011, in *Diário da República*, 211, 2011, pp. 43546-43605, disponível em WWW:<URL://www.dre.pt>.

<sup>239</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.09.2011, proc. 1167/10.5TBPTL.S1, relator Gabriel Catarino, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

<sup>240</sup> Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.09.2010, proc. 495/04-3TBOR.C.1.S.1, relator Sebastião Póvoas, disponível em WWW:<URL://www.dgsi.pt>.

Atendendo a tudo o que foi exposto, podemos concluir pela predominância que o nosso ordenamento jurídico atribui à mística do sangue<sup>241</sup>, como critério de vinculação familiar, apesar do acolhimento, ainda que não consentâneo, de um critério sociológico e afectivo, inerentes à ordem social e familiar.

Contudo, não podemos deixar de relembrar o que foi descrito nos primeiros capítulos quanto à recente preocupação que o legislador mostrou ao efectivar os laços afectivos nas relações familiares, com a introdução de novos princípios na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e a reforma atinente ao exercício das responsabilidades parentais, com a introdução da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro.

---

<sup>241</sup> Contra a ideia de atribuição de primazia aos vínculos biológicos, por parte da lei ordinária, *vide* Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira, *Direito da Família, cit.*, pp. 197-201.

## CONCLUSÃO

Com o devido reconhecimento da criança como sujeito autónomo de direitos, na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, constatou-se uma valoração e ideologia centrada na sua pessoa, sem precedentes.

Face a esta realidade, o ordenamento jurídico português, ao sagrar o núcleo familiar como o meio próspero para o desenvolvimento harmonioso e integral da criança, tutelou um regime de exercício conjunto mitigado das responsabilidades parentais, fundado em conceitos de igualdade, participação e colaboração, por forma a promover o desenvolvimento das suas relações afectivas com ambos os progenitores.

É perceptível a clara intenção do legislador, com a criação deste regime jurídico, em responsabilizar os contitulares do poder funcional pelo seu exercício, ao atribuir relevância à natureza igualitária de ambos e facilitando a identificação de uma união parental baseada nos cuidados prestados, independentemente da existência de laços conjugais ou maritais.

No entanto, apesar da cultura popular ter como assente a ideia de que os pais biológicos constituem o meio natural imprescindível para o correcto e saudável desenvolvimento da criança, a procriação biológica nem sempre corresponde fielmente à capacidade para a prossecução do superior interesse da criança.

O legislador ao tutelar a confiança da guarda da criança a terceira pessoa por decisão judicial, limitando as responsabilidades parentais, sem a efectiva prova da existência de perigo, não teve em consideração a inerente inconstitucionalidade material do n.º 1 do artigo 1907.º do Código Civil, face ao princípio da inseparabilidade do seio familiar nos termos do artigo 36.º da Constituição da República Portuguesa.

No entanto, contrariamente ao defendido pela doutrina, consideramos ser possível atribuir o exercício das responsabilidades parentais a terceiros, mediante decisão judicial, sem a verificação de um dos pressupostos do artigo 1918.º do Código Civil.

Do exposto, concluímos que as relações de guarda de facto, apesar de não encontrarem previsão legal no artigo *sub judice*, comportam situações de perigo nos termos da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, por se observar a prestação de cuidados de terceiros a determinada criança e o conseqüente estabelecimento com estes de forte relação de vinculação, face à ausência prolongada dos pais.

Assim, em caso de violação dos deveres fundamentais dos progenitores, por permitirem o desempenho reiterado deste poder funcional por terceira pessoa, não podemos deixar de verificar que estas relações constituem um pressuposto de confiança da guarda da criança, mediante decisão judicial, nos termos do artigo 1907.º do Código Civil.

Por sua vez, ao longo da dissertação, aferimos que o princípio do superior interesse da criança é entendido como o critério norteador que deve presidir a toda e qualquer decisão do tribunal, em questões de regulação das responsabilidades parentais, assumindo uma posição de destaque face aos direitos e interesses dos pais.

Não obstante a posição de parte da doutrina, concluímos que este princípio, não sendo susceptível de uma definição ampla e abstracta que integre e faça jus a todos os casos, só adquire verdadeiramente eficácia ao atender casuisticamente à riqueza das ligações afectivas que a criança constrói e desenvolve ao longo da vida, assim como às suas necessidades físicas, intelectuais, religiosas e materiais.

Sendo perceptível a dificuldade inerente à densificação deste conceito, dado à multiplicidade de situações a que a criança está exposta, defendemos que é no momento da aplicação da lei, atendendo ao acervo jurisprudencial como imperativa fonte de conhecimento, ao circunstancialismo do caso concreto, às manifestações legais deste princípio e à discricionariedade e bom senso dos juízes, que o superior interesse da criança se concretiza.

Por outro lado, concluímos que, *a contrario* do que tem sido defendido pela jurisprudência portuguesa, a regra da figura primária de referência não deve ser entendida como o factor relevante e primordial para determinar este princípio, sendo desajustado face às necessidades da criança e ao período actual.

Neste sentido, defendemos a efectiva ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto por forma a que o superior interesse da criança seja concretizável, em detrimento da escolha privilegiada de um único critério com a consequente desvalorização dos vínculos afectivos que a criança estabelece com ambos os progenitores.

Destacamos a necessidade de atender à sapiência e ponderação dos nossos magistrados para uma correcta delimitação deste princípio, sendo sensíveis às diferenças existentes de caso para caso e de criança para criança.

Quanto ao exercício das responsabilidades parentais por terceiros, atendendo à regra da figura primária de referência, procurámos contribuir com uma proposta de reformulação deste critério, tendo em conta a proximidade e o vínculo afectivo que as crianças ao cuidado de terceiras pessoas estabelecem entre si, em consequência do incumprimento dos pais biológicos quanto aos seus deveres fundamentais.

Nestas situações em que se verifica uma relação de guarda de facto e tendo como fito o superior interessa da criança, concluímos que estas terceiras pessoas, que assumem continuamente as funções principais e essenciais do exercício das responsabilidades parentais, são as figuras de referência e de vinculação da criança no desenvolvimento próspero e integral da sua personalidade e nas relações que desenvolvem com os demais.

Embora tenhamos consciência da importância dos vínculos biológicos como critério de vinculação familiar e da primazia atribuída à mística do sangue pelo ordenamento jurídico português, como é possível constatar através do estabelecimento da filiação, defendemos uma posição mitigada da lei quanto ao reconhecimento da vida em família.

Seguimos o entendimento da senda jurisprudencial do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que assenta num equilíbrio entre a verdade biológica e a existência de laços sócio-afectivos, por forma a dar primazia e continuidade ao superior interesse da criança.

Concluimos assim que família, independentemente de laços biológicos, é um espaço de realização afectiva que fomenta o desenvolvimento dos seus membros, forja o seu carácter e dá vida aos melhores sonhos.

## **JURISPRUDÊNCIA UTILIZADA**

### Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

Acórdão Anayo contra Alemanha de 21.12.2010, proc. 20578

Acórdão Hokkanen contra Finlândia de 23.07.1994, proc. 19823/92

Acórdão K. e T. contra Finlândia de 27.04.2000, proc. 25702/94

Acórdão Lebbink contra Holanda de 01.07.2004, proc. 45582/99

Acórdão Moretti e Benedetti contra Itália de 27.04.2010, proc. 16318/07

### Tribunal Constitucional

Acórdão do Tribunal Constitucional de 06.03.2007, in *Diário da República*, 46, 2007, pp. 5987-5992

Acórdão do Tribunal Constitucional de 18.01.2008, in *Diário da República*, 13, 2008, pp. 2519-2525

Acórdão do Tribunal Constitucional de 27.12.2010, in *Diário da República*, 249, 2010, pp. 62557-62562

Acórdão do Tribunal Constitucional de 03.11.2011, in *Diário da República*, 211, 2011, pp. 43546-43605

### Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28.02.2008, proc. 07B4681, relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07.07.2009, proc. 1124/05.3TBLGS.S1, relator Oliveira Rocha

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.02.2010, proc. 1110/05.3TBSCD.C2.S1, relator Oliveira Vasconcelos

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25.03.2010, proc. 144/07.8TBFVN.C1.S1, relator Hélder Roque

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21.09.2010, proc. 495/04-3TBOR.C.1.S.1, relator Sebastião Póvoas

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 06.09.2011, proc. 1167/10.5TBPTL.S1, relator Gabriel Catarino

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.02.2018, proc. 5434/12.5TBLRA.C1.S1, relator Tomé Gomes

#### Tribunal da Relação de Coimbra

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 13.02.2007, proc. 1337/05.8TBVNO.C1, relator Isaiás Pádua

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 02.07.2013, proc. 295/12.7T6AVR.C1, relator Henrique Antunes

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 22.05.2007, proc. 12/99.5TBACB-A.C1, relator Artur Dias

#### Tribunal da Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 15.05.2016, proc. 1491/15.0T8PTM.E1, relator Assunção Raimundo

#### Tribunal da Relação de Guimarães

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 21.06.2007, proc. 1181/07-1, relator António Gonçalves

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 24.09.2008, proc. 864/08-2, relator Gouveia Barros

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.02.2016, proc. 1233/14.8TBGMR.G1, relator Jorge Teixeira

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16.06.2016, proc. 253/10.6TMBRG-A.G1, relator Miguel Baldaia Morais

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 07.02.2019, proc. 784/18.0T8FAF-B.G1, relator Eugénia Maria Moura Marinho da Cunha.

#### Tribunal da Relação de Lisboa

Acórdão do Tribunal de Lisboa de 20.01.2005, proc. 8522/2004-8, relator Gonçalves Rodrigues.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 27.03.2014, proc. 2333/11.1 TBTVD.L1-6, relator Ana de Azeredo Coelho.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20.12.2017, proc. 137/13.6TMLS-B.L1-2, relator António Moreira.

Tribunal da Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 20.10.2005, proc. 8552/2005-6, relator Pereira Rodrigues.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30.01.2017, proc. 9088/16.1T8VNG.P1, relator Maria José Simões.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.01.2019, proc. 2100/18.1T8PRD.P1, relator Filipe Carço.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Susana; ASSIS, Zamira de – *Parentalidade Sócio-Afectiva: Portugal e Brasil*, Edições Almedina, Coimbra, 2012.

ALARCÃO, Madalena – A importância das relações afectivas da criança no desenvolvimento da sua personalidade, *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo III, Centro de Estudos Jurídicos, Lisboa, 2014, pp. 67-82, disponível em WWW:<[URL://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela\\_Civel\\_Superior\\_Interesse\\_Crianca\\_TomoIII.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interesse_Crianca_TomoIII.pdf)>.

BARRETO, Ireneu Cabral – *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 5.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2015.

BERGER, Maurice – *A criança e o sofrimento da separação*, 2.ª Edição, Climepsi Editores, Lisboa, 2003.

BOLIEIRO, Helena; GUERRA, Paulo – *A Criança e a Família – uma Questão de Direito(s)*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

BOWLBY, John – *Maternal care and mental health: a report prepared on behalf of the World Health Organization as a contribution to the United Nations programme for the welfare of homeless children*, World Health Organization, 1952.

CAMPOS, Diogo Leite de – Eu-tu: o amor e a família (e a comunidade) (eu-tu-eles), *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 41-48.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme – *Curso de Direito da Família*, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva – *Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica*, 2.ª Edição Actualizada, AAFDL Editora, Lisboa, 2011.

DIAS, Cristina – A criança como sujeito de direitos e o poder de correcção, *Revista Julgar*, n.º 4, Janeiro-Abril, 2008, pp. 87-101.

– Das recentes alterações à Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo: Algumas notas, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Cândido de Oliveira*, Edições Almedina, Coimbra, 2017, pp. 201-215.

DIAS, Paula – Observação, avaliação e diagnóstico, *Direito das Crianças e Jovens, Actas do Colóquio*, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2008, pp. 193-197.

DINIZ, João Seabra – Família lugar dos afectos, *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, pp. 143-162.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes – *O Poder Paternal. Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*, AAFDL Editora, Lisboa, 1989.

FURTADO, Leonor Furtado; GUERRA, Paulo – *O Novo Direito das Crianças e Jovens - Um Recomeço*, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2001.

GOLDSTEIN, Joseph; FREUD, Anna; SOLNIT, Albert J. – *No Interesse da Criança?*, Martins Fontes Editora, São Paulo, 1987.

GOMES, Ana Sofia – *Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, Lisboa, 2009.

GOMES-PEDRO, João; BARBOSA, Miguel; SOBRAL, Filipa – Crescer, ser e pertencer, *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010, pp. 129-140.

GUERRA, Paulo – *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*, 3.<sup>a</sup> Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2018.

LEANDRO, Armando – Direito e Direito dos Menores - Síntese da situação em Portugal no domínio civil e no domínio para-penal e penal, *Infância e Juventude, Revista da Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, n.º Especial, 1991, pp. 263-284.

– O Superior Interesse da criança na perspectiva do respeito pelos seus direitos”, *Ordem dos Advogados*, 2009, disponível em WWW:<[URL://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe\\_artigo.aspx?sidc=31634&idc=1&idsc=21852&ida=75761](http://www.oa.pt/cd/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?sidc=31634&idc=1&idsc=21852&ida=75761)>.

– Poder Paternal: Natureza, Conteúdo, Exercício e Limitações. Algumas reflexões de Prática Judiciária – *Temas de Direito da Família, Ciclo de*

*Conferências no Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados*, Edições Almedina, Coimbra, 1986, pp. 111-164.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes – *Código Civil Anotado*, Volume V, 1.<sup>a</sup> Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

LÚCIO, Álvaro Laborinho – *As Crianças e os Direitos: O Superior Interesse da Criança, Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010.

MARTINS, Rosa – *Menoridade, (In)capacidade e Cuidado Parental*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

– 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*, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 25-40.

MARTINS, Norberto – Sistema de Protecção de crianças e jovens em perigo, *Direito das Crianças e Jovens, Actas do Colóquio*, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2008, pp. 165-169.

MELO, Helena Gomes de [et al.] – *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 1.<sup>a</sup> Edição, Quid Juris, Lisboa, 2009.

OLIVEIRA, Guilherme de – A nova lei do divórcio, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 7, n.º 13, 2010, pp. 5-32.

– Ascensão e queda da Doutrina do “cuidador principal”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 8, n.º 16, 2011, pp. 5-17.

– *Estabelecimento da Filiação*, Edições Almedina, Coimbra, 2003.

– O sangue, os afectos e a imitação da natureza, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 5-16.

PINHEIRO, Jorge Duarte – A relação entre avós e netos, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume III, Coimbra Editora, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010, pp. 73-92.

– Critério biológico e critério social ou afectivo na determinação da filiação e da titularidade da guarda dos menores, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9, 2008, pp. 5-12.

– *O Direito da Família Contemporâneo*, 6.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2018.

PINTO, Carlos Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

PRATA, Ana [et. al] – *Código Civil Anotado*, Volume II, Edições Almedina, Coimbra, 2017.

RAMIÃO, Tomé d’Almeida – *O Divórcio e Questões Conexas*, 2.ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 2010.

RODRIGUES, Almiro – Alternativas à separação: Esboço de um enquadramento teórico, *Infância e Juventude, Revista da Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores*, n.º 4, Outubro-Dezembro, 1986, pp. 7-16.

RODRIGUES, Anabela Miranda – O Superior Interesse da Criança, *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, Edições Almedina, Coimbra, 2010.

ROQUE, Helder – Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito da Família e sua integração, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 2, n.º 4, 2005, pp. 93-98.

SILVA, Joaquim Manuel da – *A Família das Crianças na Separação dos Pais – A Guarda Compartilhada*, Petrony Editora, Lisboa, 2016.

SILVA, Júlio Barbosa e – O direito da criança na manutenção das suas relações com terceiros afectivamente significativos: o presente (e uma proposta para o futuro), *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 1, 2015, pp. 114-158.

SOTTOMAYOR, Maria Clara – A Família de Facto e o Interesse da Criança, *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 45, Janeiro-Fevereiro, 2007, pp. 4-8.

– Liberdade de opção da criança ou poder do progenitor: Comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 31 de Outubro de 2017, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 9, 2008, pp. 53-64.

– Qual é o interesse da criança? Identidade biológica versus Relação afectiva, *Volume Comemorativo dos 10 Anos do Curso de Pós-graduação “Protecção de Menores – Prof. Doutor F.M. Pereira Coelho”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 23-60.

– *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.<sup>a</sup> Edição Revista, Aumentada e Actualizada, Edições Almedina, Coimbra, 2014.

– *Temas de Direito das Crianças*, Edições Almedina, Coimbra, 2014.

SOUSA, João Ramos de – Apresentação: Ainda há juízes em Estrasburgo, *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 24, Abril-Setembro, 2004, pp. 5-8.

SOUSA, Rabindranath Capelo de – *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

VEIGA, António Miguel – *O novo crime de subtracção de menor previsto no art. 249.º, n.º 1-c) do Código Penal Português (após a Lei n.º 61/2008, de 31-10): A criminalização dos afectos?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

XAVIER, Rita Lobo – *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Edições Almedina, Coimbra, 2010.

– Responsabilidades Parentais no séc. XXI, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 5, n.º 10, 2008, pp. 17-23.