

# MANUAL DE PSIQUIATRIA FORENSE

Coordenação:

**Fernando Vieira • Ana Sofia Cabral • Carlos Braz Saraiva**

# Noções de Direito da Família e das Crianças e Jovens Que Relevam para a Prática Pericial

Paula Távora Vítor e Ana Rita Alfaiate

## A família para o Direito

Uma aproximação ao que é a família do ponto de vista jurídico não é estranha à lei portuguesa. Na verdade, o primeiro artigo do livro 4.º do Código Civil (CC) (artigo 1576.º), que trata do Direito da Família, pretende apresentar as fontes das **relações jurídicas familiares**, e daí resultam como relações que merecem essa classificação a relação matrimonial, bem como as de parentesco, de afinidade e de adoção. Todavia, estas relações não têm todas a mesma relevância nem do ponto de vista social, nem do ponto de vista jurídico. Por exemplo, são poucos os efeitos que se associam à relação de afinidade, ou seja, à relação que liga os cônjuges aos parentes do outro cônjuge, quando as comparamos com a relação matrimonial ou de parentesco, em particular a relação de filiação. E são diversos os efeitos das diferentes relações de parentesco – mais débeis nas relações mais distantes, mais relevantes nas relações mais próximas.

Além destas relações que se encontram previstas no CC, encontramos outras formas de organização de vida que o Direito regula. Pense-se nas relações de união de facto, cuja visibilidade social e a relevância jurídica têm vindo a crescer, ou na relação de apadrinhamento civil. Nestes casos, a classificação como relações familiares ou parafamiliares não é pacífica. A importância prática desta distinção não será, todavia, muito grande, uma vez que o Direito regula cada relação individualmente e, por regra, não podemos identificar efeitos que se associem de forma genérica ao facto de estarmos perante relações familiares ou parafamiliares.<sup>1</sup>

## A intervenção do Direito na família

A família é uma **realidade** que existe antes e independentemente do Direito. Assim, não é necessária a intervenção das regras jurídicas para que se crie uma boa parte das relações que acabam por ser reguladas pelo Direito da Família. As pessoas viveriam em comunidade de índole familiar, estariam ligadas pelos mesmos vínculos e assumiriam cuidado mutuamente, ainda que o Direito não tivesse qualquer intervenção neste contexto.

O reconhecimento desta realidade faz com que o Direito da Família, apesar de não renunciar à disciplinar vida em família, deixe ao domínio da **autorregulação** muitas matérias, nomea-

<sup>1</sup> A este propósito, veja-se Coelho, F. P.; Oliveira, G. (2016), em especial 3-36.

damente aquelas que dizem respeito a decisões do foro pessoal, sobre as quais o legislador pouco poderá dizer em abstrato<sup>2</sup>.

## A resolução extrajudicial de questões de Direito da Família e das Crianças e Jovens

Nas questões de Direito da Família e das Crianças e Jovens que o Direito é chamado a regular, não assistimos necessariamente à intervenção dos tribunais. É certo que os tribunais são os órgãos aos quais a Constituição da República Portuguesa (CRP) atribui "competência para administrar a justiça em nome do povo" (artigo 202.º da CRP), mas as matérias que envolvem as relações familiares e em particular as crianças e os jovens são terreno particularmente favorável ao recurso a outros tipos de resposta, que não implicam o exercício de um poder de soberania por um órgão jurisdicional e que podem convocar os contributos da Psiquiatria ou da Psicologia. Entre estas respostas, há que destacar as que nos são dadas pelas Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (CPCJ) e pela mediação familiar.

## A intervenção das Comissões de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

As CPCJ são, nos termos do artigo 12.º, n.º 1, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, instituições oficiais não judiciárias com autonomia funcional que visam promover os direitos da criança e do jovem e prevenir ou pôr termo a situações suscetíveis de afetar a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento integral. São compostas por equipas multidisciplinares de técnicos destacados de vários serviços da comunidade (entre eles, a saúde) e outros, cooptados para o exercício de funções especificamente nesta área, e intervêm com base no consentimento expresso dos pais da criança ou do jovem (mesmo que não exerçam responsabilidades parentais, desde que não estejam inibidos), do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto da criança<sup>3</sup>, requisito que, pela sua indispensabilidade, se não estiver verificado, determina, automaticamente, a remessa do caso para sede judicial.

## O papel da mediação familiar

A mediação familiar é uma importante ferramenta, cujas potencialidades o legislador já demonstrou querer explorar<sup>4</sup>, e dirige-se a um âmbito ainda mais alargado quanto às matérias a tratar. A mediação visa a **autorregulação dos litígios**<sup>5</sup>, ou seja, a composição dos interesses em conflito pelas próprias partes, por acordo, auxiliadas por um mediador. Este mediador age ao abrigo dos deveres da imparcialidade, independência, confidencialidade

<sup>2</sup> Ver Coelho, F. P.; Oliveira G. (2016), 171 e 182.  
<sup>3</sup> Cf. artigo 9.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.  
<sup>4</sup> Cf. artigo 1774.º do CC.  
<sup>5</sup> Marques, J. P. R. (2011), 44.

e diligência e não tem poder de impor uma decisão vinculativa às partes.<sup>6</sup> O acordo a que as partes tiverem chegado será homologado pelo juiz ou apresentado na conservatória, conforme o caso. Na verdade, a mediação familiar pode abranger matérias diversas: a regulação, alteração e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais; o divórcio e a separação de pessoas e bens; a conversão da separação de pessoas e bens em divórcio; a reconciliação dos cônjuges separados; a atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos; a privação do direito ao uso dos apelidos do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge; e a atribuição de casa de morada da família (vide artigo 4.º do Despacho n.º 18778/2007).

## A intervenção dos tribunais na família

O recurso aos tribunais no âmbito das matérias de Direito da Família e das Crianças e Jovens suscita considerações particulares. Na verdade, muitos processos relativos a estas matérias seguem uma tramitação especial<sup>7</sup>. São **processos de jurisdição voluntária** (cf. artigos 986.º e ss. do Código de Processo Civil – CPC). Tal significa que não se dirigem a decidir um conflito de interesses, mas antes a levar a cabo uma atividade de gestão, de composição de interesses que não se apresentam como conflituantes. São os casos emblemáticos das ações de regulação das responsabilidades parentais ou da separação ou divórcio por mútuo consentimento. Neste tipo de processos, o juiz não realiza uma atividade de natureza jurisdicional, mas sim administrativa. O tribunal não se limita aos factos alegados pelas partes, pode guiar-se por critérios de conveniência e oportunidade em detrimento das diretivas legais e admite-se a alteração das decisões proferidas no âmbito da jurisdição voluntária, quando “circunstâncias supervenientes” o justifiquem, excluindo-se, portanto, a força de caso julgado. Por último, afasta-se a possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), quando estejam em causa decisões baseadas em critérios de conveniência e oportunidade.

Nos chamados **processos de natureza contenciosa**, o juiz é chamado a decidir acerca de um conflito de interesses (artigo 3.º, n.º 1, do CPC), que culmina com a emissão de uma decisão vinculativa. Procede, assim, ao exercício de uma função jurisdicional.

## O papel do juiz

O juiz encabeça um órgão jurisdicional, o tribunal. O tribunal é um órgão de soberania especializado, que se dedica ao exercício da função jurisdicional. Para garantir o adequado exercício desta função, os juízes encontram-se numa posição *supra partes*, dotados de garantias de independência e de imparcialidade, e pautam a sua atuação por critérios jurídicos (vide artigo 205.º da CRP), prosseguindo o interesse da boa administração da justiça.

<sup>6</sup> Marques, J. P. R. (2011), 46.

<sup>7</sup> Cf. artigo 989.º (Alimentos a filhos maiores ou emancipados), artigo 990.º (Atribuição da casa de morada de família), artigo 991.º (Fixação ou alteração da casa de morada de família em caso de desacordo dos cônjuges), artigo 992.º (Contribuição do cônjuge para as despesas domésticas), artigo 993.º (Conversão da separação em divórcio) e artigos 994.º e ss. (Separação ou divórcio por mútuo consentimento) do CPC.

## O papel do Ministério Público

À semelhança da magistratura judicial, o Ministério Público é também uma magistratura. Não cabe ao Ministério Público a função de resolução de litígios. Nos termos do seu Estatuto (artigo 1.º), o Ministério Público “representa o Estado e defende os interesses que a lei determinar, participa na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exerce a acção penal orientada pelo princípio da legalidade e defende a legalidade democrática, nos termos da Constituição, do presente Estatuto e da lei”. No que ao Direito da Família e das Crianças e Jovens diz respeito, há que sublinhar a competência do Ministério Público enquanto representante dos incapazes, nomeadamente dos menores (artigo 3.º, n.º 1, a) do Estatuto do Ministério Público).

## O papel do perito no âmbito do processo judicial

Quando nos questionamos acerca do papel do perito na área da Psiquiatria Forense nos tribunais, temos de destacar a sua intervenção no âmbito da produção da prova.

A nossa lei processual civil acolhe um modelo de cariz inquisitório, o que faz com que sejam concedidos ao juiz, que tem a **direção do processo**, importantes poderes instrutórios.<sup>8</sup> Ao juiz, que deve “dirigir activamente o processo” (artigo 6.º, n.º 1, do CPC) no cumprimento de um dever de gestão processual, pode caber a **iniciativa da prova**, pelo que deve determinar a sua produção, podendo para tal ordenar diligências de prova, valorá-la e formar a sua convicção com base nela. Isto, porque, além dos largos poderes no que diz respeito à produção da prova, também relativamente à sua apreciação vigora o **princípio da livre convicção do julgador** (artigo 607.º, n.º 5, do CPC).

É, portanto, neste contexto que devemos situar a contribuição do perito na área da Psiquiatria Forense. A prova pericial é um dos meios de prova admissíveis<sup>9</sup> e permite que os factos sejam apreciados por pessoas que dispõem de conhecimentos técnico-científicos de que o juiz não dispõe (artigo 388.º do CC). O valor probatório da prova pericial está, ainda assim, sujeito à livre apreciação do juiz (artigo 389.º do CC). O julgador terá, todavia, de fundamentar a sua decisão relativamente à prova produzida, nomeadamente confrontando-a com as restantes provas e, sendo caso disso, demonstrar que a prova pericial não é convincente.<sup>10</sup>

## O papel do perito face a algumas questões de Direito da Família e das Crianças e Jovens

### A determinação do superior interesse da criança ou jovem

O conceito de superior interesse da criança ou jovem, em rigor, não está definido. Fruto da sua importância no âmbito do Direito da Família em geral e do Direito das Crianças e Jovens em particular, tem-se entendido que o melhor serviço a prestar ao intérprete é deixar por

<sup>8</sup> Cf. artigos 411.º e, quanto aos processos de jurisdição voluntária, 986.º, n.º 2, do CPC.

<sup>9</sup> Freitas, J. L. (2013), 293 e ss., e Pimenta, P. (2016), 359 e ss.

<sup>10</sup> Marques, J. P. R. (2011), 579, n.º 2, Freitas, J. L. (2013), 297 e 298, e Pimenta, P. (2016), 27.

fechar o conceito, permitindo-se, assim, que variadíssimas realidades encontrem respaldo no que vem a ser este superior interesse. Apesar de tudo, o artigo 4.º, a), da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, ao referir-se a este princípio, consagra que a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança ou jovem, nomeadamente à continuidade das relações de afeto 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.

É, entendido assim o que se pretende ao erigir como fundamental este princípio, bem se compreende que não será apenas em matéria de proteção *tout court* que lhe caberá um papel determinante, mas também, naturalmente, em domínios tão importantes como a regulação do exercício das responsabilidades parentais, a determinação da prestação alimentícia ao filho, etc. Caberá, pois, à entidade envolvida no caso e, em última análise, ao tribunal, no âmbito do processo que aí corra termos, determinar aquele que, em concreto, seja o superior interesse da criança ou jovem cujo projeto de vida tem em apreciação. O que, sem esforço, equivale a dizer que não há um superior interesse da criança ou jovem, mas uma realidade distinta conforme ao seu superior interesse consoante a criança ou jovem em análise. Para esta determinação casuística, será, pois, fundamental o papel das ciências auxiliares ao Direito, nomeadamente a Psicologia, a Pediatria, o Serviço Social, etc., que, pelos seus relatórios técnicos permitirão, no casos de intervenção de última linha, guiar o juiz no sentido da melhor solução para o caso decidendo.

## A questão da alienação parental

A questão da alienação parental, enquanto fenómeno que convoca a intervenção dos tribunais, tem assumido uma visibilidade crescente, e merece-nos nesta sede uma especial referência, já que tem motivado um aumento de pedidos periciais no Instituto Nacional de Medicina Legal e Ciências Forenses por parte dos tribunais, não só de perícias que incidam sobre os menores, mas sobre todos os familiares envolvidos.<sup>11</sup>

Ora, o recurso à perícia não é isento de controvérsia. Desde logo, tem levantado críticas por potenciar a falta de celeridade<sup>12</sup>, principalmente em processos nos quais uma rápida decisão é crucial para a pacificação das relações familiares. Mas, principalmente, em virtude do questionável carácter clínico da chamada síndrome de alienação parental (SAP), leva-nos a equacionar qual é efetivamente o papel do juiz e o papel do perito neste contexto.

Na verdade, a SAP não recebe acolhimento enquanto patologia nos manuais de classificação e diagnóstico. Assim, na ausência da sua identificação nestes termos, não pode ser cli-

<sup>11</sup> Uma análise da jurisprudência dos tribunais superiores portugueses em que o conceito de síndrome de alienação parental (SAP) aparece discutido ou é simplesmente referido não nos permite traçar padrões seguros. Na verdade, dentro do mesmo tribunal encontramos decisões que ora rejeitam a existência de SAP, ora aceitam operacionalizar este conceito. Globalmente, no entanto, são mais numerosos os casos em que se afasta a SAP como fundamento para a decisão final. Mesmo optando por analisar do ponto de vista da evolução temporal, não detetamos uma tendência para aceitar ou rejeitar a figura que siga uma linha cronológica. O problema surge invocado no contexto de ações de regulação das responsabilidades parentais, como a propósito do incumprimento de "visitas" e mesmo para desacreditar testemunho de filho a propósito de questão de violência doméstica. Cf., a título de exemplo, as decisões do Tribunal da Relação de Évora de 24.05.2007, de 27.09.2007, do Tribunal de Relação de Lisboa de 08.07.2008, de 19.05.2009, 26.01.2010, do Tribunal da Relação de Coimbra de 28.04.2010, de 15.09.2010, do Tribunal da Relação de Guimarães de 24.11.2009 ou do STJ de 24.03.2011, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>12</sup> Cintra, P. et al. (2009), 202.

nicamente diagnosticada, o que afastará, à partida, a necessidade de uma perícia médica ou psicológica.<sup>13</sup> Mas tal não significa que as competências do perito, em especial o afastamento de um progenitor relativamente ao seu filho, eventualmente potenciado, injustificadamente, pelo comportamento do outro. Fá-lo-á, todavia, com outro foco, eventualmente desempenhando um papel auxiliar na audição da criança ou jovem e dos seus familiares.

Apesar destas importantes funções, é ao juiz que cabe o papel de dar resposta aos problemas que surgem com a realidade aqui analisada. Na verdade, a análise dos factos que podem indiciar uma situação de afastamento de um progenitor relativamente ao filho potenciada ou cultivada pelo outro progenitor (porque é dessa factualidade que se trata) e das suas possíveis implicações jurídicas, deve ser feita pela entidade a quem compete definir a matéria de facto e dirimir o conflito em causa. E, de facto, “a percepção ou apreciação” dos factos que a consubstanciam, não sendo caracterizada como uma entidade clínica, não reclama “conhecimentos especiais que os julgadores não possuem” (cf. artigo 388.º do CC). Assim, será o juiz – e não o perito na área clínica – quem é competente para esta avaliação e quem funcionalmente se encontra apetrechado para o fazer.

A sensibilidade em termos legislativos para a realidade da “alienação parental” pode encontrar-se no n.º 5 do artigo 1906.º do CC, resultado da reforma operada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que prevê que “o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro”.

Não encontramos aqui uma referência direta à alienação parental, como foi, por exemplo, a opção do legislador brasileiro que, em 2010, aprovou a Lei 12.318/2010, relativa à alienação parental, que, inclusivamente, estabelece sanções penais para o alienante, mas podemos questionar-nos se estamos perante uma “friendly parent provision”, uma cláusula que dá acolhimento à Teoria de Gardner.<sup>14</sup>

Podemos considerar que esta disposição pretende traduzir a importância que a reforma de 2008 deu à manutenção das relações afetivas da criança com pai e mãe, mesmo após a rutura da sua relação.<sup>15</sup> Mas a que custo? O que consubstancia o superior interesse do filho neste contexto?

Manter contacto com ambos os progenitores não pode fazer eclipsar outros interesses relevantes do filho. Este será um factor (relevante, é certo) a considerar, mas deve haver um tratamento global da situação da criança ou jovem. Assim, há que considerar as relações afetivas com os progenitores e inclusivamente o perigo, apontado por boa doutrina, de existirem verdadeiros fundamentos para tal afastamento, nomeadamente a prática de abusos na pessoa do menor.

<sup>13</sup> Será um “construto académico”, o que significará que “quer médicos quer psicólogos não possuem competências específicas técnico-científicas, que lhes permitam, em razão de ciência, identificar tal construto”. Cintra, P. et al. (2009), 198.

<sup>14</sup> Sottomayor, C. (2011), 189.

<sup>15</sup> Cf. Projeto de lei n.º 509/X.

Foi também o interesse da criança e do jovem que foi invocado pelo legislador de 2008 para endurecer a sua posição e alterar o artigo 249.º, n.º 1, c) do Código Penal (CP) (crime de subtração de menores)<sup>16</sup>, que pune agora com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias quem, “de um modo repetido e injustificado, não cumprir o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais, ao recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega ou acolhimento”.

Não nos esqueçamos, no entanto, de que esta solução foi temperada pela possibilidade de atenuar especialmente a pena “quando a conduta do agente tiver sido condicionada pelo respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos”.

Além destas disposições, em que parece ter estado subjacente a consideração de situações apelidadas de “alienação parental”, podemos ainda encontrar outras soluções que respondam ao afastamento injustificado de um progenitor relativamente ao filho potenciado pela não arbitrar judicialmente indemnizações por danos morais por privação do contacto com o filho e deste com o progenitor ou, ao nível das respostas do Direito Criminal, investigar eventuais práticas de crime de maus-tratos – artigo 152.º-A do CP, mormente relativamente ao filho.

## Alguns processos em matéria de família

### O processo de promoção e proteção de crianças e jovens em risco

A proteção das crianças é, indiscutivelmente, um dos principais objetivos do Direito da Família e das Crianças e Jovens. Por isso mesmo, importa perceber em que contextos é permitida a ingerência de terceiros numa família, em nome da proteção das crianças e jovens que pertençam a esse agregado. Na realidade, a intervenção de que aqui nos ocupamos surge como meio de reparação da disrupção do funcionamento normal de um agregado que, no limite, afeta as crianças e jovens que lhe pertencem. Trata-se de uma intervenção permitida legalmente até ao momento em que o jovem perfaz 18 anos, mas que pode, a pedido deste, prorrogar-se até ao momento em que complete 21 anos.<sup>17</sup> Está regulada pela Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, para cuja aplicação se considera que a criança ou jovem está em perigo designadamente quando se encontre numa das seguintes situações:

- Está abandonada ou vive entregue a si própria;
- Sofre maus-tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais;
- Não recebe os cuidados ou a afeição adequados à sua idade e situação pessoal;
- Está aos cuidados de terceiros, durante período 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;
- É obrigada a atividades ou trabalhos excessivos ou inadequados à sua idade, dignidade e situação pessoal ou prejudiciais à sua formação ou desenvolvimento;

<sup>16</sup> Cf. Projeto de lei n.º 509/X. Vide também Sottomayor, C. (2011), 190.

<sup>17</sup> Cf. artigo 5.º, a) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

- Está sujeita, de forma direta ou indireta, a comportamentos que afetem gravemente sua segurança ou o seu equilíbrio emocional;
- Assume comportamentos ou entrega-se a atividades ou consumos que afetem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento sem que pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto se lhes oponham de modo adequado a remover essa situação.

O sistema de proteção está, em Portugal, dividido em três patamares de intervenção. No primeiro patamar, a proteção das crianças e jovens cabe às chamadas entidades com competência em matéria de infância e juventude, cuja intervenção depende do consenso dos pais (mesmo que não exerçam as responsabilidades parentais), desde que não estejam inibidos do representante legal ou da pessoa que tenha a guarda de facto do menor.<sup>18</sup> Destaca-se aqui, desde logo, o papel da saúde, na medida em que hospitais e centros de saúde são indiscutivelmente, entidades com competência em matéria de infância e juventude. O mesmo acontece com a escola, com as instituições particulares de solidariedade social (IPSS) etc. Esta intervenção é pouco invasiva, não sendo possível, por exemplo, reter a criança ou jovem, salvo em situações de perigo atual ou iminente para a vida, a integridade física ou a integridade psíquica.

Intervenção distinta é a que cabe às designadas entidades de segunda linha ou, de forma mais clara, às CPCJ, verdadeira manifestação do comprometimento da comunidade na tarefa de proteção das suas crianças e jovens. Uma vez que estas intervêm com base no consentimento, nos termos que vimos, se este não estiver verificado, haverá automaticamente a remessa do caso para sede judicial. O tribunal surge, então, como entidade de terceira linha, podendo intervir ao arrepio da vontade de quem é responsável pela criança ou jovem e podendo, no limite, mesmo nessas condições, proceder à retirada de menores e ao acolhimento destes em Residências (instituições de acolhimento de crianças e jovens), derrogando, por essa via, a regra da inseparabilidade entre filhos e pais prevista constitucionalmente (artigo 36.º, n.º 6, da CRP).

Tal como adiantámos, nos casos em que surgem indícios de uma situação de perigo atual ou iminente para a vida, a integridade física ou a integridade psíquica da criança ou jovem, as entidades com competência em matéria de infância e juventude, entre elas as que estão ligadas aos cuidados de saúde, bem como as Comissões de Proteção, podem, em conformidade com o previsto nos artigos 91.º e 92.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, proceder à salvaguarda da criança ou jovem, nomeadamente retendo-a em casa de acolhimento, contra a vontade dos titulares das responsabilidades parentais ou de quem tenha a sua guarda de facto, desde que comuniquem de imediato ao Ministério Público. O tribunal, a requerimento deste, proferirá, então, no prazo de 48 horas, decisão provisória em que confirma as providências tomadas para a imediata proteção da criança ou jovem, aplicando uma medida de proteção<sup>19</sup> ou determinando o que tiver por mais conveniente relativamente ao seu destino.

De caráter marcadamente temporário, o processo de promoção e proteção deve promover a descoberta e sedimentação de um projeto de vida verdadeiramente securizante para a crian-

<sup>18</sup> Cf. artigo 7.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>19</sup> Previstas no artigo 35.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens e reguladas nas disposições seguintes da mesma lei.

ça ou jovem, quer isso passe pela manutenção/regresso à sua família de origem, quer isso signifique um afastamento desta por um encaminhamento para a adoção, quer a solução a defender seja uma solução de compromisso, mitigada, como ocorrerá, por exemplo, com o apadrinhamento civil e com muitos casos de autonomização.

## O processo de regulação do exercício de responsabilidades parentais

Inerente à condição de pai/mãe está a titularidade das responsabilidades parentais, enquanto feixe de poderes-deveres concebidos no interesse do filho.<sup>20</sup> A regra é, pois, a de serem os pais os titulares, o que permite perceber a única situação em que estes titulares cedem o seu lugar a outros: o caso da adoção. Na realidade, ao perspetivar-se a adoção como uma substituição da relação paterno-filial biológica, facilmente se alcança que seja, por essa via, perdida aquela titularidade a favor daqueles que passam a ser os pais (adotivos) da criança ou jovem. Assim, podemos dizer que a titularidade das responsabilidades parentais pertence sempre aos pais: biológicos ou adotivos.<sup>21</sup>

Essa titularidade não confere aos pais, no entanto, automaticamente, o exercício das responsabilidades parentais, nem, por maioria de razão, lhes garante que a residência do filho seja sempre fixada junto de si.

Deste modo, e delimitando o que é o objeto da nossa análise neste pequeno texto, é necessário caracterizar o regime de exercício das responsabilidades parentais nos casos em que os pais são casados ou vivem em condições análogas às dos cônjuges sem que, relativamente a qualquer deles, haja qualquer ação de inibição ou limitação do exercício das responsabilidades. Estes, no fundo, serão os casos típicos em que titularidade, exercício e residência se concentrarão na(s) mesma(s) pessoa(s), não relevando qualquer rutura. Nessas situações, as responsabilidades parentais são exercidas de comum acordo (artigo 1901.º, n.º 1, do CC), favorecendo-se, desde logo, o cumprimento do princípio constitucional da igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e à educação dos filhos<sup>22</sup>, que, ao fim e ao cabo, se alarga aos casos de relação existencial de proximidade característica dos vínculos análogos ao casamento.

O legislador considera até que, nestas situações, os atos praticados apenas por um dos progenitores devem presumir-se de acordo com a vontade do outro, ressalvando, no entanto, o caso das questões de particular importância ou outras em que o consentimento expresso de ambos seja exigido pela lei. No fundo, o exercício conjunto das responsabilidades é aqui uma regra sem exceção, sucedendo, porém, casos em que esse acordo tem de ser expresso. Assim, se, por hipótese, quanto a uma intervenção cirúrgica, o médico tem dúvidas sobre o acordo de ambos os pais, então deve abster-se de praticar o ato. A intervenção judicial será nestas hipóteses residual, suscitada apenas quando os progenitores não consigam lograr um acordo quanto a uma questão de particular importância.

<sup>20</sup> Detidamente sobre este complexo de direitos-deveres, concedidos ou impostos pela lei a ambos os progenitores, para que cuidem bem da pessoa e dos bens dos filhos, no interesse destes, de forma evolutiva até ao momento em que deixa de ser necessário o suprimento da sua incapacidade para o exercício de direitos, ou porque atingiram a maioridade ou porque se emanciparam pelo casamento, entre muitos outros, Martins, R. C. (2008), 13.

<sup>21</sup> Bolieiro, H.; Guerra, P. (2014), 188 e ss.

<sup>22</sup> Cf. artigo 36.º, n.º 3, da CRP.

Casos há, além disso, em que as responsabilidades não são exercidas por ambos os progenitores, mas apenas por um deles. No caso de a filiação se encontrar estabelecida apenas quanto a um, bem como naqueles em que um dos progenitores falece e ainda quando um dos progenitores não puder exercer as responsabilidades parentais por ausência, incapacidade ou outro impedimento decretado pelo tribunal, não parece estranho que o exercício daquelas responsabilidades caiba apenas a uma pessoa – no fundo, a única, de ambos os progenitores, em condições de manter aquele exercício.<sup>23</sup>

O artigo 1903.º do CC estabelece, ainda, que, no caso de impedimento do único progenitor à partida em condições de assegurar aquele exercício, por decisão judicial, este passa a caber ao cônjuge ou unido de facto de qualquer dos pais ou, subsidiariamente, a alguém da família de qualquer dos pais. Esta, porém, não é a única situação em que não serão já os primevos titulares das responsabilidades parentais quem terá o exercício dessas responsabilidades. Concorrem para um regime semelhante as hipóteses em que ocorre uma limitação ou uma inibição. Isso mesmo sucederá, por exemplo, por efeito de uma limitação, quando estejamos perante um caso de apadrinhamento civil, em que a criança passa necessariamente a fazer parte do agregado familiar dos padrinhos<sup>24</sup> ou quando ocorra uma limitação ou uma pessoa nos termos do artigo 1907.º do CC e, por decurso de uma confiança a terceira logo nos casos de confiança com vista a futura adoção, independentemente de se tratar de uma confiança a pessoa selecionada, a família de acolhimento ou a instituição.<sup>25,26</sup>

Finalmente, potenciadores de um maior conflito, surgem os casos de rutura da relação conjugal por divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, cujo regime se aplica ainda na situação de separação de facto ou em qualquer outra em que os progenitores não vivem em condições análogas às dos cônjuges.

Nestes casos, e cabendo aos pais o direito e o dever de manutenção e educação dos filhos (artigo 36.º, n.º 5, da CRP), a lei procura que o comprometimento de ambos os progenitores com os assuntos que digam respeito ao filho se mantenha, justificando, também por aí, que, relativamente às questões de particular importância (nomeadamente de saúde, para o que especialmente nos importa aqui, desde que não se esteja perante um evento de rotina e sem qualquer risco para a criança ou jovem, como uma consulta pediátrica, por exemplo), o exercício seja conjunto, ou seja, exercido por ambos os pais, só assim não sendo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

Apesar de considerar, por princípio, que o exercício conjunto das responsabilidades parentais por parte dos progenitores será em benefício do filho, o tribunal não escamoteia a realidade de, algumas vezes, a conflitualidade inerente a muitas rupturas poder desvirtuar essa regra e estabelece, portanto, uma válvula de escape de apreciação judicial, na medida em

<sup>23</sup> Sem prejuízo de, desde 2015, o artigo 1904.º-A do CC considerar a possibilidade de, quando a filiação se encontrar estabelecida apenas quanto a um dos pais, as responsabilidades parentais poderem ser também atribuídas, por decisão judicial, ao cônjuge ou unido de facto deste, que as exercerá, neste caso, em conjunto com o progenitor.

<sup>24</sup> Por todos, sobre o vínculo de apadrinhamento civil e os seus efeitos, *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil*. Anotado. Número especial. Série do Centro de Direito da Família. Coimbra Editora; 2011. Alfaiate, A. R.; Ribeiro, G. R. Reflexões a propósito do apadrinhamento civil (2013), I.

<sup>25</sup> Nos termos dos artigos 1978.º-A do CC e 62.º-A, especialmente, n.º 6, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo.

<sup>26</sup> Sobre as causas da inibição, além do caso de encaminhamento para a adoção, regulam os artigos 1913.º e 1915.º do CC.

que uma situação que em abstrato poderia reunir condições para esse exercício conjunto pode, em concreto, merecer que o tribunal, através de decisão fundamentada, determine que as responsabilidades sejam exercidas apenas por um dos progenitores.

Não são apenas questões de particular importância, no entanto, as questões decididas no exercício das responsabilidades parentais. Existem também as chamadas questões relativas aos atos da vida corrente. No caso destas, cabe distinguir as situações em que existe uma residência alternada, na medida em que estas questões serão decididas, no momento em que se colocam, por quem está com a criança ou jovem, não existindo propriamente um progenitor responsável pelas orientações educativas, daqueles em que o filho tem residência habitual com um progenitor e residência ocasional com o outro. Nestas últimas hipóteses, o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele reside habitualmente ou ao progenitor com quem ele se encontra temporariamente, mas este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente.

Tendo sempre como pano de fundo a ideia de superior interesse da criança ou jovem, o artigo 1906.º, n.º 5, do CC estabelece que o tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro. Tal como foi concedida, esta norma tem merecido intensa reflexão quer da doutrina, quer da jurisprudência, parecendo incontestável que o legislador de 2008 entendeu que amplas oportunidades de contacto com ambos os progenitores, manifestadas, desde logo, numa proximidade vivencial crescente, mesmo com o progenitor não residente habitual, seriam manifestações acabadas de uma preocupação com o que vem a ser o superior interesse da criança ou jovem.<sup>27</sup>

O processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais está previsto no Regime Geral do Processo Tutelar Cível, donde cabe destacar a importância cada vez maior da audição da criança, desde logo como manifestação de respeito pelo seu superior interesse. Embora a idade de 12 anos continue a constituir a barreira a partir da qual é expectável que a criança tome posição nas questões que diretamente lhe digam respeito, tem-se entendido que, mesmo antes dessa idade, a audição pode ocorrer, desde que a criança revele suficiente maturidade para compreender o assunto em apreciação.<sup>28</sup>

## O incumprimento e a alteração da regulação

O exercício das responsabilidades parentais pode ser decidido por acordo dos progenitores da criança ou jovem, acordo esse posteriormente homologado judicialmente, ou ser estabelecido por sentença. O regime que resultar desse acordo ou dessa sentença, no entanto, pode não vigorar até à maioridade do filho, na medida em que vicissitudes várias podem determinar uma alteração da regulação das responsabilidades parentais. O incumprimento do acordado ou decidido por sentença é, por maioria de razão, causa inarredável de alteração da regulação.

<sup>27</sup> Bolieiro, H.; Guerra, P. (2014), 211 e ss.

<sup>28</sup> Cf. artigos 4.º, n.º 1, c), e 2, e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

Perante uma situação de incumprimento por parte de um dos progenitores, pode o tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requerer as diligências necessárias para o cumprimento coercivo do regime estabelecido.

Convocados os pais para uma conferência, estes podem acordar na alteração do que se encontra fixado quanto ao exercício das responsabilidades parentais, tendo em conta o interesse da criança. No entanto, não são raros os casos em que o progenitor que incumpra também não comparece na conferência nem, por qualquer outro modo, se mostra disponível para respeitar o superior interesse do filho conforme o entendimento do tribunal. No limite, em situações desse género, pode ser ordenada a entrega da criança acautelando-se os termos e local em que a mesma se deva efetuar, presidindo à diligência a assessoria técnica do tribunal, sem prejuízo de o incumprimento dar lugar a processo penal pelo crime de subtração de menor, previsto e punível nos termos do artigo 249.º, n.º 1, c) do CP.<sup>29</sup>

## Considerações finais

O presente capítulo tratou de questões atinentes ao Direito da Família e das Crianças e Jovens enquanto matérias que relevam para a prática pericial.

Foi abordada a medida em que a realidade da família releva para o Direito e a intervenção que o Direito pode levar a cabo na família. Salientaram-se os diferentes meios e níveis desta intervenção – desde a resolução extrajudicial de conflitos, ao papel das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e da mediação familiar, terminando com a atividade dos tribunais. Neste último contexto, distinguiu-se a posição do juiz e do Ministério Público e recortou-se a função do perito na resolução de questões de Direito da Família. Prestou-se particular atenção à determinação do superior interesse da criança e do jovem e à questão da alienação parental. Por fim, foram destacados alguns processos em matéria de família em que a prática pericial pode assumir particular relevância – o processo de promoção e protecção de crianças e jovens em risco, o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, bem como o relativo à alteração e incumprimento da regulação.

## Bibliografia

- Alfaiate, A. R. (2011). A responsabilidade das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens na verificação atempada da insuficiência do cuidado prestado pela família biológica. In: *Cuidado e Responsabilidade*. 1.ª edição. São Paulo: Editora Atlas, SA. 25 e ss.
- Alfaiate, A. R.; Ribeiro, G. R. (2008). Relatório da mesa temática sobre a promoção dos direitos, a protecção das crianças e jovens em perigo e processo tutelar educativo. In: 3.ª Bienal de Jurisprudência, Direito da Família, 11, Coimbra Editora, março de 2008. 119 e ss.
- Alfaiate, A. R.; Ribeiro, G. R. (2010). Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens. Debate com as comissões: Relatório (2008 e 2009). *Lex Familiae*. 7 (13). 121 e ss.
- Alfaiate, A. R.; Ribeiro, G. R. (2010). Relatório da mesa temática sobre a promoção dos direitos, a protecção das crianças e jovens em perigo e processo tutelar educativo. In: 4.ª Bienal de Jurisprudência, Direito da Família, 19, Coimbra Editora, janeiro de 2010. 223 e ss.

<sup>29</sup> Cf. artigos 41.º e 42.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

- Alfaiate, A. R.; Ribeiro, G. R. (2011). Acompanhamento do "Sistema de Protecção de Crianças e Jovens e Leis da Adopção": Audições de Juizes e Magistrados do Ministério Público. *Lex Familiae*. 8 (15). 79 e ss.
- Alfaiate, A. R.; Ribeiro, G. R. (2013). Reflexões a propósito do apadrinhamento civil. *Revista do CEJ*. 1. 117 e ss.
- Bolheiro, H.; Guerra, P. (2014). *A Criança e a Família: Uma Questão de Direito(s)*. 2.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- Cintra, P.; Salavessa, M.; Pereira, B.; Jorge, M.; Vieira, F. (2009). Síndrome de alienação parental: Realidade médico-psicológica ou jurídica. *Revista Julgar*. 7.
- Clemente, R. (2009). *Inovação e Modernidade no Direito de Menores: A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*. Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 16. Coimbra: Coimbra Editora.
- Coelho, F. P.; Oliveira, G. (2006). *Curso de Direito da Família, Direito da Filiação, Estabelecimento da Filiação, Adopção*. Vol. II, t. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- Coelho, F. P.; Oliveira, G. (2016). *Curso de Direito da Família, Introdução, Direito Matrimonial*. Vol. I. 5.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Dias, C.; Araújo, M. (2009). *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*. Coimbra: Almedina.
- Freitas, J. L. (2013). *A Ação Declarativa Comum*. 3.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- Gersão, E. (2014). *A Criança, a Família e o Direito: De onde Viemos. Onde Estamos. Para onde Vamos?* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos.
- Guerra, P. (2016). *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo Anotada*. Coimbra: Almedina.
- Marques, J. P. R. (2011). *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*. 3.<sup>a</sup> edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- Martins, R. C. (2008). *Menoridade: (In)capacidade e Cuidado Parental*. Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 13. Coimbra: Coimbra Editora.
- Matos, M. F. (2013). Relatório da mesa temática sobre a promoção dos direitos, a protecção das crianças e jovens em perigo e processo tutelar educativo. In: 5.<sup>a</sup> Bienal de Jurisprudência, Direito da Família, Coimbra Editora, janeiro de 2013. 117 e ss.
- Pimenta, P. (2016). *Processo Civil Declarativo*. Coimbra: Almedina.
- Rodrigues, H. M. L. (2011). *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 22. Coimbra: Coimbra Editora.
- Salavessa, M.; Cintra, P.; Pereira, B.; Jorge, M. M.; Pego, F.; Vieira, F. (2010). Síndrome de alienação parental: Uma realidade médica ou uma construção forense. *Revista Portuguesa de Pedopsiquiatria*. 29.
- Silva, J. M. (2016). *A Família das Crianças na Separação dos Pais: A Guarda Compartilhada*. Lisboa: Petrony.
- Sottomayor, C. (2011). *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 5.<sup>a</sup> edição revista, aumentada e atualizada. Coimbra: Almedina.
- Xavier, R. L. (2009). *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Almedina.