



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

João Pedro Vaz Torrão

**RESPONSABILIDADES PARENTAIS E A
TUTELA DO DIREITO À SAÚDE DOS
MENORES EM CONTEXTO DE SEPARAÇÃO
DOS PROGENITORES**

**Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito
(conducente ao grau de Mestre) orientada pelo Professor Doutor
Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.**

Dezembro de 2023



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

João Pedro Vaz Torrão

Responsabilidades Parentais e a Tutela do Direito à Saúde dos Menores em Contexto de Separação dos Progenitores

Parental Responsibilities and Protection of Minors Right to Health in the Context of Parental Separation

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na
Área de especialização Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção em Direito Civil.*

Orientador: Professor Doutor Francisco Manuel de
Brito Pereira Coelho.

Coimbra, 2023

Resumo

A presente dissertação concentra-se na análise das responsabilidades parentais em contexto de divórcio, com especial enfoque na saúde da criança e nos desafios impostos pela pandemia da Covid-19.

Propomo-nos a abordar temas como a atribuição da residência do menor, considerando múltiplos fatores que influenciam esta decisão, e a analisar a posição jurídica do progenitor não residente. Focamos, ainda, nos processos de regulação das responsabilidades, destacando a mediação familiar e a audição técnica especializada como meios essenciais de resolução de conflitos.

No coração deste estudo encontra-se o direito à saúde dos menores. Este tópico é dissecado através da análise da capacidade dos menores em decisões médicas, os conflitos entre direitos parentais e direitos da criança, e as particularidades introduzidas em cenários de cuidados intensivos e paliativos.

Finalmente, o trabalho adentra-se na complexidade acrescida pela pandemia da Covid-19, examinando o seu impacto nas responsabilidades parentais. Questões como alterações na residência do menor, convívios em tempos de pandemia e dilemas relacionados com a vacinação são detalhadamente explorados.

Palavras-chave: Responsabilidades parentais, menor, saúde, residência, progenitor.

Abstract

The present dissertation focuses on the analysis of parental responsibilities in the context of divorce, with a special emphasis on child health and the challenges posed by the Covid-19 pandemic.

We aim to address topics such as the allocation of the minor's residence, considering multiple factors that influence this decision, and to analyze the legal position of the non-resident parent. We also focus on the processes of regulating responsibilities, highlighting family mediation and specialized technical hearings as essential means of conflict resolution.

At the heart of this study is the minors right to health. This topic is dissected through the analysis of minors' capacity in medical decisions, conflicts between parental rights and children's rights, and the specifics introduced in scenarios of palliative and intensive care.

Lastly, the work delves into the added complexity brought about by the Covid-19 pandemic, examining its impact on parental responsibilities. Issues such as changes in the minors residence, interactions during pandemic times, and dilemmas related to vaccination are thoroughly explored.

Keywords: Parental responsibilities, minor, health, residence, parent.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Al. – Alínea

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CDC – Convenção sobre os Direitos da Criança

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPCJ – Comissão de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

Ed. – Edição

LPCJP – Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

n.º/n.ºs – número/números

Ob. Cit. – Obra Citada

OTM – Organização Tutelar de Menores

p./pp. – página/páginas

Proc. – Processo

RGPTC – Regime Geral do Processo Tutelar Cível

RJPA – Regime Jurídico do Processo de Adoção

ss. – seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

UE – União Europeia

Índice

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. O MENOR ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS.....	9
3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA E DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	11
3.1. A LEI Nº 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO.....	12
4. NATUREZA JURÍDICA DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	13
5. CONTEÚDO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	15
5.1. PODERES-DEVERES DE NATUREZA PESSOAL.....	15
5.2. PODERES-DEVERES DE NATUREZA PATRIMONIAL.....	17
6. O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÓNIO E DA UNIÃO DE FACTO.....	18
7. O EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS EM CASO DE DIVÓRCIO, SEPARAÇÃO JUDICIAL DE PESSOAS E BENS, DECLARAÇÃO DE NULIDADE OU ANULAÇÃO DO CASAMENTO E DE RUTURA DA UNIÃO DE FACTO.....	19
7.1. O MODELO VIGENTE ANTES DA LEI Nº 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO.....	19
7.2. O MODELO ADOTADO A PARTIR DA LEI Nº 61/2008, DE 31 DE OUTUBRO ...	21
7.2.1. A Insuficiência da Solução Adotada no Artigo nº 1906 (2) do Código Civil	22
7.2.2. Questões de Particular Importância e Atos da Vida Corrente.....	24
8. ATRIBUIÇÃO DA RESIDÊNCIA DO MENOR.....	31
8.1. MODOS DE ATRIBUIÇÃO DA RESIDÊNCIA DA CRIANÇA.....	32
8.2. O MODELO DA RESIDÊNCIA ÚNICA.....	33
8.3. A RESIDÊNCIA ALTERNADA.....	34
8.4. OUTROS REGIMES.....	35
8.5. FATORES A AVALIAR NA DETERMINAÇÃO DA RESIDÊNCIA: O SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA.....	35
a) Manutenção da Situação de Facto Existente.....	37
b) Figura Primária de Referência.....	37
c) Preferência Materna na Tenra Idade da Criança.....	38
d) A Vontade do Menor.....	40
e) A Não Separação de Irmãos.....	41
f) A Continuidade das Relações Sociais da Criança.....	42
g) Distância Entre as Moradas.....	43
h) Condições dos Progenitores.....	43
i) O Relacionamento Entre os Progenitores.....	44
j) O Direito de Vigilância do Progenitor Não Residente.....	45
9. A POSIÇÃO JURÍDICA DO PROGENITOR NÃO RESIDENTE.....	46
9.1. O DIREITO DE VISITA.....	46
9.2. A CONSIDERAÇÃO DA VONTADE DO MENOR NO DIREITO DE VISITA.....	47
9.3. MEDIDAS COMPULSÓRIAS E DE REPARAÇÃO.....	49

10.	O DIREITO DA CRIANÇA AO CONVÍVIO COM OS ASCENDENTES.....	50
11.	O PROCESSO DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	52
	<i>a) Mediação Familiar.....</i>	<i>54</i>
	<i>b) Audição Técnica Especializada</i>	<i>58</i>
11.1.	O INCUMPRIMENTO DA REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	58
12.	A SAÚDE DAS CRIANÇAS, EM ESPECIAL, DURANTE A PANDEMIA COVID-19.....	61
12.1.	A (IN)CAPACIDADE DOS MENORES E OS ATOS MÉDICOS	61
	<i>12.1.1. A Menoridade como uma Incapacidade Geral do Exercício de Direitos .</i>	<i>61</i>
	<i>12.1.2. Os Atos Médicos Enquanto Violações da Integridade física – O Consentimento Informado das Crianças</i>	<i>66</i>
	<i>12.1.3. A Recusa Parental de Intervenção Médica – O Conflito entre o Direito dos Pais à Liberdade Religiosa e o Direito das Crianças à Saúde.....</i>	<i>70</i>
	<i>12.1.4. Intervenções Médicas Solicitadas pelos Pais – Cuidados Paliativos e Cuidados Intensivos</i>	<i>73</i>
12.2.	O IMPACTO DA COVID-19 NAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS.....	74
	<i>12.2.1. Enquadramento Social e Legislativo.....</i>	<i>74</i>
	<i>12.2.2. Alteração Temporária da Residência da Criança.....</i>	<i>75</i>
	<i>12.2.3. Convívios com o Progenitor Não Residente em Tempos de Pandemia</i>	<i>76</i>
	<i>12.2.4. Divergências Relativamente a Questões de Particular Importância</i>	<i>80</i>
	<i>12.2.5. Progenitor Residente Sujeito a Medida de Confinamento Obrigatório</i>	<i>81</i>
	<i>12.2.6. Compatibilização do Regime de Residência Compartilhada ou Alternada com as Restrições Impostas pelo Covid-19</i>	<i>82</i>
12.3.	FALTA DE ACORDO DOS PAIS QUANTO À VACINAÇÃO	83
12.4.	OBRIGATORIEDADE VERSUS VOLUNTARIEDADE.....	85
13.	CONCLUSÃO	90
14.	BIBLIOGRAFIA	93
15.	JURISPRUDÊNCIA.....	101
16.	LEGISLAÇÃO.....	105

1. Introdução

O mundo contemporâneo, marcado por rápidas transformações, exige do direito uma permanente capacidade de adaptação. As questões ligadas à parentalidade e à proteção dos menores não escapam a esta exigência, uma vez que o direito da família se encontra ligado a outras ciências humanas¹.

A família, enquanto pilar fundamental da sociedade, tem sido reflexo de um conjunto extenso de transformações. Estas mudanças, muitas vezes impulsionadas por acontecimentos históricos e evoluções socioculturais, têm-se repercutido na forma como compreendemos e estruturamos o conceito de família, nomeadamente ao papel e à proteção das crianças. A presente dissertação centra-se assim no exercício das responsabilidades parentais, particularmente em situações de divórcio ou separação dos progenitores, examinando com detalhe os desafios associados à saúde dos menores e aos desafios trazidos pela pandemia da Covid-19 nessa matéria.

Ao longo da história, e à medida que a sociedade foi redefinindo o papel e a estrutura da família, a criança tem sido cada vez mais valorizada e protegida, beneficiando de um conjunto crescente e cada vez mais abrangente de direitos. Neste âmbito, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, assume particular importância, uma vez que representa um marco na legislação portuguesa, ao redefinir e modernizar a conceção das responsabilidades parentais em situações de rutura conjugal.

A natureza jurídica e o conteúdo das responsabilidades parentais são minuciosamente analisados, de modo a proporcionar uma compreensão profunda dos poderes-deveres de natureza pessoal e patrimonial que lhes são intrínsecos. É também relevante analisar, no âmbito da regulação das responsabilidades parentais, a crescente importância da mediação familiar e da audição técnica especializada, dois vantajosos meios alternativos de resolução de conflitos que oferecem a obtenção de soluções amigáveis e menos traumáticas para as partes envolvidas, sobretudo para a criança, garantindo que os seus direitos e superior interesse sejam sempre salvaguardados.

Também a atribuição da residência do menor é examinada sob vários ângulos, tendo sempre como critério fundamental o superior interesse da criança: a preferência da figura

¹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 5.ª Edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016, p. 176.

materna em tenra idade, a vontade do menor, a não separação de irmãos, e a importância da continuidade das relações da criança. A análise estende-se à posição jurídica do progenitor não residente, explorando nomeadamente o direito de visita, o qual assume extrema importância no combate à alienação parental.

O direito à saúde das crianças emerge, nesta dissertação, como uma temática de extrema importância. Através de uma análise crítica, abordam-se questões sensíveis como a capacidade dos menores em decisões médicas, os conflitos entre direitos parentais e direitos da criança e as situações particularmente desafiantes em cenários de cuidados intensivos e paliativos. Quando se fala em cuidados médicos prestados às crianças, existem inúmeros intervenientes, tais como a própria criança e os pais, mas também os profissionais de saúde, comissões de ética, e até o Ministério Público.

Finalizando este percurso, é analisada a influência que a pandemia do Covid-19 teve nas responsabilidades parentais. A crise sanitária mundial trouxe consigo um conjunto de desafios que afetaram diretamente o bem-estar da dinâmica familiar, especialmente no que diz respeito ao cumprimento das responsabilidades parentais. Algumas das questões abordadas incluem a alteração temporária na residência dos menores, encontros com o progenitor não residente durante períodos de confinamento, e a complexidade de equilibrar o regime de residência alternada com as restrições impostas pela pandemia.

Além disso, surgiram também divergências relativamente a questões de particular importância, nomeadamente em matéria de vacinação dos menores. Muitos pais se manifestaram contra a vacinação dos filhos com base em crenças pessoais ou religiosas, sendo que este foi um tópico bastante debatido por juristas e profissionais de saúde.

O impacto da pandemia não se limitou a questões de saúde pública, estendendo-se a outros ramos sociais, os quais exigiram das estruturas jurídicas uma resposta pronta e adaptada à nova realidade.

A abordagem ao Covid-19 e às suas implicações nas responsabilidades parentais revela-se imperativo num mundo onde as ameaças de novas doenças infecciosas são uma realidade. O estudo desta temática afigura-se assim pertinente, de modo a preparar a sociedade e o sistema jurídico para enfrentar desafios semelhantes no futuro, sempre com a finalidade de proteger o superior interesse dos menores.

Deste modo, pretende-se contribuir para o debate académico e jurídico sobre as responsabilidades parentais em Portugal, lançando luz sobre os desafios, nuances e adaptações necessárias num mundo em constante mudança.

2. O Menor Enquanto Sujeito de Direitos

Durante muitos anos, sobretudo nas sociedades mais antigas, as crianças eram encaradas como seres irracionais e incapazes de “*controlar situações adversas*”².

Os pais (principalmente o pai) eram vistos como os únicos capazes de tomar decisões relativas aos filhos menores, muitas vezes, sem considerar os desejos, sentimentos ou opiniões destes últimos. Esta abordagem assentava na dominação dos pais, e acabava por negligenciar frequentemente a voz das crianças nas suas próprias vidas, levando também muitas vezes a que fosse exercida violência sobre estas como meio de demonstração de autoridade por parte dos pais, ou mesmo outros familiares. Na verdade, a violência contra crianças tem raízes profundas na história, sendo que “*quanto mais recuamos no tempo, maiores são as atrocidades cometidas contra as crianças*”³.

O pai teve durante séculos (em virtude da sociedade extremamente patriarcal), o poder de decidir assuntos como a instrução e a escolha da profissão do filho, sem este último ter qualquer possibilidade de dar uma opinião.

Contudo, o século XX trouxe uma mudança significativa nesta conceção, com a aprovação de várias normas legislativas que começaram a considerar as crianças como sujeitos de direitos e titulares de direitos humanos.

A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 foi o primeiro grande passo na construção de uma conceção da criança como pessoa titular de direitos, ao enfatizar a importância de se garantir proteção e os cuidados especiais às crianças⁴, devido à sua imaturidade física e mental.

Mais tarde, em 1989, foi aprovada a Convenção sobre os Direitos das Crianças, que consagrou a criança como sendo titular de direitos e liberdades fundamentais, e com o direito a ser ouvida nas decisões que lhe digam respeito⁵.

² PLATÃO. *República*. Tradução de Elísio Gala. 2ª Edição, Book Builders, 2017, Livro IV, 441b, p. 210 e Livro VII, 534d, pp. 371-372.

³ CANHA, Jeni. *Criança maltratada: o papel de uma pessoa de referência na sua recuperação: estudo prospectivo de 5 anos*, apud, RIBEIRO, Catarina. *A criança na justiça. Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 36.

⁴ Artigo n.º 2 da Declaração dos Direitos da Criança – “*A criança gozará protecção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.*”

⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2014, pp. 52-53.

No contexto português, o Código Civil de 1867 defendia que a educação requeria severidade, permitindo-se assim o poder de correção, que se manteve na versão original do Código Civil de 1966⁶. Os menores, estando sob tutela dos pais, não necessitavam de proteção nem de assistência, sendo social e juridicamente aceite que o pai exercesse violência sobre os seus filhos⁷.

Com promulgação da Constituição da República de 1976, teve início a uma nova visão jurídica, através da inclusão de novos princípios constitucionais, os quais tiveram uma influência determinante no direito das crianças. Segundo o artigo nº 70 da CRP “*os jovens gozam de proteção especial para a efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais*”, e “*a política de juventude deverá ter como objetivos prioritários o desenvolvimento da personalidade dos jovens, a criação de condições para a sua efetiva integração na vida ativa*”. Já Reforma ao Código Civil de 1977 aboliu o poder de correção e a consagrou a criança como um ser em desenvolvimento e titular de direitos fundamentais, concedendo-lhes “*espaço de autonomia perante os pais, de acordo com a sua maturidade*”⁸

Posto isto, é seguro afirmar que, atualmente, “*a criança é um sujeito de direitos, titular de todos os direitos humanos, os fundados na dignidade da pessoa humana e ainda os específicos decorrentes do ser criança em desenvolvimento, que a medida do seu crescimento físico e psíquico vai adquirindo gradual e progressivamente autonomia, essencial à realização da sua humanidade, entendida, esta, como todo que o forma como pessoa*”⁹.

⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁷ MARTINS, Cláudia. *A evolução do sistema legal de proteção das crianças e jovens em perigo em Portugal: das Ordenações Afonsinas ao século XVIII*. Coimbra: Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 7, n.º 14, 2010. p. 71.

⁸ SOOTMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das Crianças*, *op. cit.*, p. 33.

⁹ RIBEIRO, Alcina Costa. “*Autonomia de criança no tempo de criança*” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina, 2010, p. 12.

3. Evolução Histórica do Conceito de Família e do Exercício das Responsabilidades Parentais

As relações familiares estão sujeitas a grandes alterações ao longo dos tempos, influenciadas por questões sociais, políticas e económicas que vão surgindo. A realidade familiar atual difere significativamente daquela que prevalecia no início do século XXI.

Durante séculos existiu uma clara divisão de papéis entre marido e mulher no seio do casamento, sendo que, a vida da mulher limitava-se ao ambiente doméstico, sem que fossem consideradas quaisquer realizações pessoais e ambições que pudesse ter. Por outro lado, era exigido ao homem que fosse o sustento da família, sendo-lhe permitido (e exigido) a realização do seu percurso profissional. Neste sentido, Guilherme de Oliveira afirma que “(...) a família nuclear era uma instituição organizada segundo códigos sociais pormenorizados, que comportava o desenvolvimento de um só projeto de individualização - uma biografia do marido”.¹⁰

Durante a segunda metade do século XX, em virtude das alterações sociais que se fizeram sentir entre os países mais desenvolvidos, a mulheres conquistaram uma posição de igualdade jurídica face ao homem. No entanto, em Portugal manteve-se um pensamento conservador e desigual na conceção familiar, até 1976, quando se estabeleceu na Constituição da República a igualdade de género.

No que diz respeito ao exercício das responsabilidades parentais, o Código Civil Português de 1967 – Código de Seabra – conferia ao pai o estatuto de chefe de família, quanto à mulher eram conferidos poucos direitos. Era o homem que dirigia, representava e defendia os filhos menores.

O Código Civil de 1966 manteve a desigualdade entre homem e mulher até à consagração da Constituição da República Portuguesa de 1976, altura em que, para se fazer cumprir o princípio constitucional da igualdade entre os cônjuges, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro, o qual alterou o Código Civil.

O poder paternal deixou de ser exercido exclusivamente pelo homem, passando a caber a ambos os cônjuges, na constância do casamento. Em caso de falta de acordo relativamente

¹⁰ OLIVEIRA, Guilherme de. *Transformações do Direito da Família, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 763.

às questões particularmente importantes, os progenitores teriam de recorrer ao Tribunal. Em caso de divórcio, separação judicial ou anulação do casamento estabeleceu-se o regime-regra de que o poder paternal deveria ser atribuído ao progenitor que detivesse a guarda física do menor, cabendo ao outro apenas o direito de “vigiar”.

Apesar das alterações introduzidas, nomeadamente pela Lei 84/95, de 31 de agosto e a Lei n.º 59/99, de 30 de junho, a maior transformação nesta matéria deveu-se à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a qual analisaremos de seguida.

3.1. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

No seguimento do Projeto-Lei n.º 509/X foi aprovada a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, a qual, no seu artigo n.º 3 procedeu à alteração do termo “poder paternal” por “responsabilidades parentais”. Esta alteração justifica-se, visto que transmite a ideia de que o mais importante é o superior interesse das crianças e a igualdade entre os membros da família. Abandonou-se assim o termo “poderes parentais”, uma vez que essa expressão sugeria uma relação de poder-sujeição/posse dos pais em relação aos filhos, algo completamente desadequado ao século XXI. Com esta mudança, a criança passou a ser o centro da atenção, ao invés dos pais¹¹.

A este propósito, afirma Maria Clara Sottomayor que *“A criança tem direito a que sejam considerados, em todas as decisões que lhe dizem respeito, a sua opinião e os seus diferentes estádios de desenvolvimento, com as respetivas necessidades e capacidades específicas. Na relação com os pais, a criança deixa de estar sujeita ao poder paternal, como um conjunto de direitos-deveres, em que a componente dos direitos era acentuada, para ser uma pessoa numa posição de igual dignidade à dos pais, pela qual estes assumem responsabilidade e deveres de cuidado e de educação, respeitando as suas aptidões físicas e intelectuais, assim como os seus afetos”*.¹²

Outra mudança introduzida foi a substituição do termo “guarda” por “residência” sendo este último um conceito mais vazio e, portanto, sem as restrições do conceito de guarda¹³. No entanto, e seguindo a opinião de Maria Clara Sottomayor, esta mudança não trouxe

¹¹ DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*. 2.ª Edição, Almedina, 2009, p. 36.

¹² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. op. cit., pp. 49 e 50.

¹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos De Divórcio*. 8.ª Ed., Reimpressão; Revista, aumentada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2022, p. 44.

nenhuma vantagem, uma vez que ambos os conceitos têm praticamente o mesmo significado, porque ao ser determinada a residência com um dos progenitores é esse que vai desempenhar o papel de “guardião”¹⁴.

A referida lei foi também importante ao estabelecer, no artigo 1906.º n.º 1, o exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente às questões de particular importância. Anteriormente, em virtude da Lei nº 59/99, de 30 de junho, o artigo 1906º não fazia referência à expressão “questões de particular importância”, ou seja, o exercício conjunto abrangia todas as questões relativas à vida do/a filho/a. Com a Lei 61/2008, de 31 de outubro, procurou-se reduzir os conflitos entre os pais, limitando ao mínimo o exercício conjunto.

No entanto, a lei não definiu a expressão “atos de particular importância”, conferindo a esse termo uma interpretação flexível, aumentando assim a possibilidade de conflito parental. Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina desempenham um papel fundamental na definição do que constitui “particular importância”, sendo que se deve resumir a questões graves e raras que integrem o núcleo essencial de direitos das crianças¹⁵.

4. Natureza Jurídica das Responsabilidades Parentais

A principal função das responsabilidades parentais é a de suprir a incapacidade de exercício de direitos dos filhos menores, devido à sua imaturidade (artigo 124º CC). Os pais não podem renunciar às responsabilidades parentais, sem prejuízo do disposto relativamente à adoção (art. 1882º CC).

As responsabilidades parentais compreendem “*o poder atribuído pela lei a uma pessoa cujo exercício se encontra vinculado ao interesse de uma outra, não podendo ser exercido se, quando e como o seu titular quiser, mas antes terá de ser exercido pelo modo exigido pela sua função*”¹⁶. Isto significa que os pais exercem as responsabilidades parentais vinculados ao interesse do menor, logo, estamos perante um poder-dever.

¹⁴ *Ibidem*, p. 44.

¹⁵ DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro. op. cit.*, p. 37-38.

¹⁶ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in) capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 189.

Contudo, existem autores, como Rosa Martins¹⁷, que consideram as responsabilidades parentais não como um poder-dever, mas sim como um direito subjetivo pois também é visto como um direito de personalidade dos pais. Todavia, esta conceção deve ser recusada, porque o titular de um direito subjetivo tem a liberdade de escolher o modo do seu exercício, estando apenas limitado pelos constrangimentos impostos pelo abuso do direito. Pode até optar por não exercer o seu direito, caso assim o queira.

As responsabilidades parentais implicam um duplo compromisso: para os pais no sentido de cumprirem os seus deveres parentais; e para o Estado, no sentido de “*garantir as condições facilitadoras do exercício daqueles deveres*”¹⁸. Este apoio do Estado encontra justificação no artigo 67 (2-c).º da CRP, onde se dispõe que incube ao Estado para proteção da família “*cooperar com os pais na educação dos filhos*”.

O exercício dos poderes e deveres inerentes às responsabilidades parentais não devem ficar sujeitos ao livre-arbítrio dos seus titulares. Estes devem ser exercidos “*(...) de certo modo, do modo que for exigido pela função do direito pelo interesse que ele serve.*”¹⁹ E esse interesse corresponde ao interesse do filho, conforme preconiza o artigo nº 1878 (1)º CC.²⁰ Neste sentido, afirma Maria Clara Sottomayor que “*A autorrealização dos pais como uma das finalidades inerentes ao cuidado parental assume (...) um cariz altruístico, que se concretiza na relação afetiva e na comunicação com a criança, no respeito pela sua personalidade, assim como na atitude de colocar os interesses da criança acima dos seus*”.²¹ Esta autora entende que as responsabilidades parentais são um poder-funcional²², irrenunciável, intransmissível e cujo exercício é controlado pela lei²³, através da possibilidade de inibição ou limitação do seu exercício (arts. 1913º e ss do CC), mediante decisão judicial (art. 36 (6)º CRP).

O bem maior nas responsabilidades parentais é então fazer-se cumprir o interesse superior da criança, que se entende ser “*o direito do menor ao desenvolvimento são e normal*

¹⁷ *Ibidem*, p. 190.

¹⁸ CLEMENTE, Rosa. *Inovação e Modernidade no Direito de Menores: A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 53.

¹⁹ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, op.cit.*, p. 180.

²⁰ Artigo nº 1878 (1)º CC: “*Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover o seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens*”.

²¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio, op.cit.* p. 31.

²² *Ibidem*, p. 30

²³ COELHO, Francisco Pereira e OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito da Família, op. cit.*, p. 180.

no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade”²⁴.

5. Conteúdo das Responsabilidades Parentais

De acordo com o artigo nº 1878 (1)º do CC, “*Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens*”.

Para além da natureza altruísta, ao analisar o conteúdo deste artigo, facilmente se compreende que as responsabilidades parentais integram um conjunto de poderes e deveres que competem aos pais, tanto no plano pessoal como no patrimonial.²⁵

5.1. Poderes-deveres de Natureza Pessoal

Estes encontram-se previstos nos artigos 1885º a 1887º -A do CC, e consistem nos cuidados quotidianos necessários para o bom desenvolvimento físico, emocional e intelectual da criança, incluindo a sua saúde, segurança e educação²⁶.

Um desses poderes-deveres é o de guarda ou custódia dos filhos, o qual concede aos pais o direito de fixar uma residência para o menor e de tê-lo na sua companhia (art. 1887º CC). Este direito impõe ao filho o dever de não abandonar a casa, e a terceiros (assim como ao próprio Estado) o dever de não o retirar dessa residência sem uma justificação legítima. Na eventualidade de os filhos abandonarem o lar ou dele forem retirados sem justificação, os pais, e em caso de urgência, as pessoas a quem o menor tenha sido confiado, podem recorrer ao processo de entrega judicial de criança, conforme os artigos 1887 (2)º CC; 3 (e)º e 49º a 51º do RGPTC.

²⁴ RODRIGUES, Almiro. *Interesse do menor, contributo para uma definição*. Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1985. p. 18 e 19,

²⁵ BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2.ª Edição, Coimbra: Coimbra Editora Editora, 2014. p. 182-183.

²⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, op. cit., p. 30.

Por outro lado, o poder-dever de vigilância, previsto no artigo nº 1878 do Código Civil obriga os pais a protegerem a integridade física e moral dos filhos²⁷. Isto inclui o controlo das relações do filho com terceiros, atendendo à sua idade e maturidade (artigo nº 1878 (2) do CC). Neste contexto, os pais têm permissão para praticar certos atos em nome dos filhos, conforme o artigo nº 461º do Código Civil. No entanto, os pais não podem privar os filhos de estar em contacto com os seus irmãos e ascendentes (art. 1887º -A do CC), exceto quando tal medida seja devidamente justificada.

Temos também o poder-dever de prestação de sustento e cuidados de saúde, conforme estabelecido nos artigos nº 1874 e 1878 do Código Civil. Este dever, imposto constitucionalmente pelo artigo nº 36 (5) da CRP, implica o dever de suportar as despesas dos filhos, relacionadas com a alimentação, habitação, vestuário, saúde, segurança, educação, entre outros, tendo sempre em conta a capacidade financeira. No que se refere à prestação de cuidados de saúde, os pais têm a responsabilidade de proteger os filhos contra doenças, bem como a autoridade para autorizar tratamentos e intervenções cirúrgicas que possam ser necessárias.

A partir do momento em que os filhos alcançam a capacidade de suportar as suas próprias despesas, os pais deixam de estar obrigados ao sustento (artigo nº 1879º CC). No entanto, se, ao atingir a maioridade ou a emancipação, o filho ainda não tiver terminado a sua formação profissional, este dever mantém-se, conforme o artigo nº 1880 do Código Civil.

Finalmente, temos o poder-dever de educação, que se encontra previsto no artigo nº 1885º do Código Civil. Este poder-dever obriga os pais a “*promover o desenvolvimento físico, intelectual e moral dos filhos*”, e a proporcionar-lhes uma formação geral e profissional adequada às suas aptidões. Dentro deste âmbito, inclui-se também a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos (artigo nº 1886º do CC e artigo nº 11 da Lei nº 16/2001 de 22 de junho). A partir dos dezasseis anos entende-se que o menor já reúne maturidade suficiente para escolher as suas crenças religiosas.²⁸

²⁷ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in) capacidade e Cuidado Parental*, op. cit., p. 201.

²⁸ Artigo nº 11 (2) da Lei nº 16/2001 de 22 de junho, onde se refere que “*os menores, a partir dos 16 anos de idade, têm o direito de realizar por si as escolhas relativas à liberdade de consciência, de religião e de culto*”.

5.2. Poderes-deveres de Natureza Patrimonial

Relativamente ao património dos filhos, o tema é regulado artigos 1888º e seguintes do Código Civil. Devido às limitações legais no exercício dos seus direitos, é incumbência dos pais representar os filhos menores e gerir os seus bens.

A administração dos bens dos menores cabe aos pais, com exceção dos bens enunciados taxativamente no artigo 1888º do CC. Há ainda um conjunto de atos patrimoniais que os pais apenas podem realizar com autorização do Ministério Público, atos esses que estão previstos nos artigos 1889º e 1892º do CC, em conformidade com os artigos 2º(1-b) e 3º do Decreto-Lei nº 272/2001, de 13 de outubro. Estes limites à administração foram estabelecidos para proteger os menores de uma possível má administração dos pais²⁹.

Neste âmbito, também se encontra o poder-dever de representação do menor, estipulado nos artigos 1878º (1) e 1881º do Código Civil. Este último artigo define o poder-dever de representação como “*o exercício de todos os direitos e o cumprimento de todas as obrigações do filho*”, exceto quando estamos perante atos puramente pessoais, atos que o menor tem o direito de praticar pessoal e livremente, e atos que digam respeito a bens que não são da administração dos pais.

Em caso de conflito de interesses entre qualquer dos pais e o menor, o tribunal tem a responsabilidade de nomear um ou mais curadores para representar o filho (nº2 do artigo 1881º CC).

Depois de caracterizados os poderes-deveres dos progenitores, é também importante mencionar o dever de obediência e autonomia dos filhos menores, previsto no artigo nº 1878 (2) do Código Civil. Este artigo indica que, embora a lei reconheça o direito dos pais de orientar a vida dos seus filhos menores, estes devem ser ouvidos acerca de questões relativas a assuntos importantes da vida familiar, tendo em conta a sua maturidade³⁰. Assim, é consagrado o direito de audição da criança, tendo em conta a sua idade e grau de maturidade (art. 4º(1-c) e 5º do RGPTC) e o princípio do respeito pelas opiniões da criança (art. 12º da Convenção sobre os Direitos da Criança). Contudo, como refere Rosa Martins, isto não significa que entre pais e filhos menores não exista uma relação de autoridade³¹.

²⁹ DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O poder paternal: Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*. 1.ª Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1994, p. 122

³⁰ MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in) capacidade e Cuidado Parental*, op. cit., p. 177.

³¹ *Ibidem*.

Se os pais concederem uma certa autonomia e liberdade aos filhos, estão, sem dúvida, a assegurar o cumprimento do dever de respeito mútuo entre pais e filhos, previsto no artigo nº 1874º (1) do Código Civil.

6. O Exercício das Responsabilidades Parentais na Constância do Matrimónio e da União de Facto

De acordo com o artigo nº 36 (5) da CRP, a educação e manutenção dos menores são direitos e deveres que pertencem aos pais, ou seja, o exercício das responsabilidades parentais é da competência exclusiva destes, sendo apenas limitada quando os pais não asseguram o bem-estar e a segurança dos seus filhos (art. 36 (6)º CRP).

Durante o casamento, o exercício das responsabilidades parentais segue o estabelecido nos artigos 1901º a 1903º do Código Civil. Dado que há plena comunhão de vida entre os dois, tal exercício pertence a ambos (art. 1901º (1) CC), respeitando-se assim o princípio da igualdade conjugal.

Existem, contudo, situações excepcionais em que a regra do exercício comum não se aplica, como na ausência, morte ou incapacidade de um dos progenitores, situações em que fica a cargo do outro o exercício exclusivo das responsabilidades parentais. Se este também estiver impedido, tal exercício é entregue a um familiar (artigo nº 1903 CC).

No caso de não existir acordo dos pais relativamente a questões de particular importância³², pode qualquer um deles recorrer ao tribunal³³, que tentará conciliar as partes (art. 1901º (2) CC; art. 3º (c) e art. 44º do RGPTC). Nestes casos, o juiz assume um papel de mediador, com o intuito de resolver a questão de uma forma sociológica³⁴.

Se a conciliação não for possível, o juiz deverá decidir tendo em conta a opinião do filho³⁵, “*salvo quando circunstâncias ponderosas o desaconselhem*” (art. 1901º (3) CC e art. 5º RGPTC). A audição do menor é, em termos processuais, o “*corolário do superior*”

³² Irá ser abordado mais à frente.

³³ Tal opção surgiu na Reforma de 1977, em virtude do princípio da igualdade dos pais. Antes, a decisão final cabia apenas ao pai.

³⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, op. cit., p. 352.

³⁵ Quanto a este ponto, deve-se ter em conta a idade, a maturidade e também a capacidade emocional do menor, sendo que, de acordo com o art. 35 (3) do RGPTC, a “criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, (deve ser) ouvida pelo tribunal (...) salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar”.

interesse da criança”³⁶, cumprindo-se assim o princípio do respeito pela personalidade e pela autonomia da criança.

Relativamente à união de facto, aplica-se o mesmo regime do exercício das responsabilidades parentais na constância do matrimónio, ou seja, o artigo nº 1911 do CC.

7. O Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento e de rutura da união de facto

7.1. O Modelo Vigente Antes da Lei nº 61/2008, de 31 de outubro

Até 1977, Portugal era marcado por uma desigualdade de género extremamente acentuada no direito da família. No seio familiar, o homem ostentava o papel de chefe de família, com a mulher apenas a ser consultada sobre assuntos concernentes aos filhos. O Código Civil de 1867 traçava uma distinção entre aquilo que era a guarda da criança e o exercício das responsabilidades parentais³⁷. Se a guarda fosse entregue à mãe, a representação da criança, a direção da sua educação e a administração dos seus bens ainda permaneciam sob o controlo do pai (artigos nº 137 e 138 do CC de 1867).

O Código Civil de 1966, na sua forma original, perpetuava este sistema patriarcal. A legislação não contemplava uma solução para o exercício das responsabilidades parentais após o término do matrimónio. No entanto, na prática, mesmo quando a mãe detinha a guarda dos filhos, ela permanecia dependente da autorização do pai para tomar decisões relativamente à pessoa e bens do menor³⁸.

Em 1976 entrou em vigor a atual Constituição da República Portuguesa e trouxe consigo profundas alterações ao Código Civil. Uma dessas alterações, introduzida pela Reforma de 1977³⁹, estabeleceu o Princípio das Responsabilidades Parentais pelo progenitor a quem a criança foi confiada (artigo nº 1906 (1) CC). Esta alteração visava proporcionar estabilidade

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-01-2023 – Processo nº 438/17.4T8VFX-E.L1-8.

³⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 288.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Decreto-Lei nº 496/77, de 25 de novembro.

à criança, considerando que o seu crescimento seria mais saudável se fosse o progenitor residente quem a educasse no dia-a-dia. Assim, em caso de divórcio, as responsabilidades parentais eram exercidas pelo progenitor a quem a guarda da criança tivesse sido confiada⁴⁰.

Neste modelo de exercício unilateral/guarda única das responsabilidades parentais, a fixação da residência da criança e a coabitação cabiam ao “guardião”. O outro progenitor apesar de ter a titularidade das responsabilidades parentais, não tinha autorização legal para as exercer, ou seja, não tinha qualquer poder de decisão relativamente ao seu filho. Subscrevendo as palavras de Maria Clara Sottomayor, “O seu papel limitava-se ao de um observador passivo, desprovido de poderes decisórios em relação à pessoa do/a filho/a⁴¹”.

Claramente, o exercício unilateral das responsabilidades parentais apresenta sérias desvantagens tanto para os pais como para os filhos, uma vez que estes últimos poderiam ser usados como “arma de arremesso” entre os pais. Como a guarda era atribuída quase sempre à mãe, esta sofria um enorme desgaste físico e emocional a tratar dos filhos sozinha, enquanto o pai era praticamente afastado da vida dos filhos, já que o seu papel de mero “visitante” poderia, a longo prazo, enfraquecer os laços afetivos entre ambos⁴², resultando em uma relação meramente formal, desprovida de naturalidade⁴³.

Face a estas desvantagens, surgiram alternativas como o aumento dos direitos do progenitor não guardião, ou o exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os pais. Com a lei nº 84/95, de 31 de agosto, introduziu-se a possibilidade de os pais exercerem em conjunto o poder paternal após o divórcio, mediante acordo. No entanto, na ausência de tal acordo, a regra continuava a ser o exercício unilateral do poder paternal pelo progenitor que com vivia o filho.

Esta mudança deveu-se essencialmente a dois fatores: o interesse da criança, uma vez que a convivência com ambos os pais é benéfica para o seu crescimento saudável; e a reivindicação feminista contra a excessiva responsabilidade que recaía sobre as mulheres na educação dos filhos, contrastando com a ausência do pai.

⁴⁰ LEITE, Hugo Henriques. *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 19.

⁴¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, op. cit., p. 277.

⁴² GERSÃO, Eliana. *Transformação Social, Divórcio e Responsabilidades Parentais* in “Estudos de Homenagem a Rui Epifânio”, Almedina, 2010, p. 228.

⁴³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, op. cit., p. 278.

Já com a Lei n.º 59/99 de 30 de junho, o artigo n.º 1906 do Código Civil sofreu alterações. Apesar de se continuar a exigir o acordo dos pais para o poder paternal ser exercido em conjunto, na falta deste, o Tribunal determinava, através de uma “decisão fundamentada”, o exercício unilateral pelo progenitor a quem o filho fosse confiado.

Relativamente a este dever de fundamentação, a lei não especificava as suas intenções, portanto, bastava que o juiz alegasse a impossibilidade de obtenção de acordo⁴⁴.

7.2. O Modelo Adotado a Partir da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Observou-se, inicialmente, uma alteração na denominação dada à relação pais-filhos. A expressão “poder paternal” deu lugar a “responsabilidades parentais”, numa tentativa de eliminar a conotação patriarcal que aquela expressão carregava. Esta mudança foi também motivada pelo facto de a palavra “poder” evocar sentimentos de posse e domínio, algo completamente inadequado à atualidade. A expressão “responsabilidades parentais” reflete um compromisso dos pais em atender às necessidades dos filhos, alinhando-se à visão contemporânea de família, baseada na igualdade entre os seus membros⁴⁵.

Com a promulgação da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro (na sequência do Projeto-Lei 509/X) o artigo n.º 1906 (1) do CC, passou a estabelecer que *“As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoraram na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.”* Este princípio geral apenas pode ser afastado através de decisão autónoma e fundamentada do tribunal, tendo em conta o interesse do menor, ou seja, estamos perante um “regime imperativo” que não pode ser afastado mediante a simples oposição dos progenitores⁴⁶.

Desta forma, passou-se a entender que, no caso de separação dos pais, ambos devem exercer conjuntamente as responsabilidades parentais. A adoção deste exercício conjunto tem como objetivo manter ambos os progenitores próximos e ativos nas questões

⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26/05/2000 – Processo n.º 0120844.

⁴⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, op. cit., p.307.

⁴⁶ OLIVEIRA, Guilherme de. A Nova Lei do Divórcio, in *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, ano 7, n.º 13, 2010, p. 24.

relacionadas com os seus filhos⁴⁷, combatendo assim o afastamento dos pais homens, e promovendo a cooperação entre os progenitores.

Porém, este modelo tem um lado negativo. É do conhecimento comum que muitas dissoluções matrimoniais não ocorrem de forma amigável, sendo os sentimentos negativos entre os ex-cônjuges potencialmente prejudiciais para o bem-estar psicológico dos filhos. Ao exigir que as responsabilidades parentais sejam obrigatoriamente e conjuntamente exercidas em relação a questões de particular importância, é muito provável que surjam conflitos. Além disso, pode acontecer que o progenitor com quem a criança vive e melhor a conhece fique dependente do outro para tomar decisões de elevada importância. Maria Clara Sottomayor considera também que o exercício comum das responsabilidades parentais por ambos os pais é negativo, uma vez que aumenta a conflitualidade parental⁴⁸.

Conforme mencionado anteriormente, apenas se pode afastar este regime-regra através de decisão autónoma e fundamentada do tribunal, tendo em conta o interesse do menor. Ou seja, é possível que o tribunal decrete que as responsabilidades parentais devem ser exercidas exclusivamente por um dos progenitores. Esta alternativa encontra-se prevista no artigo n.º 1906 (2) do CC e pode ser aplicada em várias situações como nos casos de grande conflitualidade entre os progenitores, possível negligência ou maus-tratos por um dos pais, suspeitas de abuso sexual de menores, desinteresse de um dos progenitores, falta de laços afetivos entre um dos pais e a criança ou nos casos em que há suspeitas de violência doméstica.

7.2.1. A Insuficiência da Solução Adotada no Artigo n.º 1906 (2) do Código Civil

A reforma proporcionada pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro não incluiu uma regulamentação específica para proteger mulheres e crianças vítimas de violência doméstica, pois pensou-se que as sanções aplicadas ao abrigo da lei penal seriam suficientes⁴⁹. Esta abordagem, ficou, assim, aquém da Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, que estabelece no artigo

⁴⁷ GOMES DE MELO, Helena; Raposo, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D'OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. 2.ª Edição, Quid Iuris, 2010, p. 139.

⁴⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, op. cit., p. 295.

⁴⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, op. cit., pp. 111-112.

nº 31 a necessidade de os Estados implementarem medidas legislativas que levem em consideração o histórico de violência ao determinar a custódia e os direitos de visita, a fim de garantir a segurança e os direitos das vítimas e das crianças ⁵⁰.

No entanto, esta lacuna foi suprida com a introdução do artigo n.º 1906 – A pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio. Este artigo estabelece que, para efeitos do n.º 2 do artigo 1906º, o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças. Esta alteração legislativa reflete uma compreensão mais refinada da dinâmica da violência doméstica e as suas repercussões nas responsabilidades parentais.

Em muitos casos de violência doméstica, o agressor/a deseja controlar a vida da vítima, um comportamento que se pode até perpetuar após o divórcio. Muitos agressores/as acabam por se servir do regime das responsabilidades parentais no sentido de que assim conseguem manter um grau de proximidade e controlo sobre a vítima⁵¹. As estatísticas indicam que a separação, em muitos casos, não acaba com a violência, apenas a intensifica⁵².

Os agressores frequentemente usam os filhos menores como meio de manter o poder e controlo sobre a vítima mesmo após o divórcio. Esta forma de violência psicológica pode ser extremamente prejudicial para as crianças, uma vez que estas são utilizadas como moeda de troca e expostas a situações de grande conflito e abuso emocional.

Um caso ilustrativo desta problemática é tratado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22-10-2019⁵³, em que houve uma quebra do regime de visitas pela mãe, o que levou o pai a solicitar ao Tribunal que o fizesse cumprir. No entanto, o Tribunal rejeitou a ação do pai e entendeu que a recusa da criança em estar com este se deveu a uma perceção dele como uma pessoa violenta, já que a filha tinha presenciado agressões físicas e

⁵⁰ Artigo nº 31 da referida Convenção: “1- As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que os incidentes de violência abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente Convenção sejam tidos em conta na tomada de decisões relativas à guarda das crianças e sobre o direito de visita das mesmas. 2- As Partes deverão adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que o exercício de um qualquer direito de visita ou de um qualquer direito de guarda não prejudique os direitos e a segurança da vítima ou das crianças.”

⁵¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*, op. cit., p. 116.

⁵² JAFFE, Peter G.; CROOKS, Claire V. e POISSON, Samantha. *Common Misconceptions in addressing Domestic Violence in Child Custody Disputes*. *Juvenile and Family Court Journal*, 2003, p. 59.

⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11-10-2019 – Processo nº 1014/08.8TMCBR-P.C1.

psicológica praticadas pelo pai contra a mãe. Como resultado, concluiu-se que a mãe não era responsável pela quebra do regime de visitas, e que não seria do interesse superior da menor impor a esta que estivesse com o pai.

Os menores que presenciam violência doméstica são consideradas crianças em perigo sob o artigo nº 3 (b, e) da Lei nº 147/99, de 14 de setembro. Assim sendo, os processos de regulação das responsabilidades parentais relativos a estas crianças não podem seguir os mesmos princípios se aplicam às famílias onde não existe qualquer tipo de violência. Neste contexto, não se pode confiar ao progenitor agressor a guarda das crianças, da mesma forma que não deve ser aplicado o exercício conjunto das responsabilidades, nem determinado um regime de visitas ao agressor contra a vontade do menor. Se o menor quiser estar com esse progenitor, um regime de visitas pode ser estabelecido, mas sempre com supervisão de terceiros, para evitar que o agressor use o filho para obter informações sobre a vítima.

7.2.2. Questões de Particular Importância e Atos da Vida Corrente

Conforme dita o artigo n.º 1906 (1) do Código Civil, o regime-regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento aplicam-se quando estamos perante questões de particular importância. O legislador optou por deixar esta definição aberta à interpretação, uma vez que o que é de “particular importância” pode variar de uma criança para outra, e de acordo com a fase da vida do menor. Contudo, entende-se que questões de particular importância são “(...) acontecimentos ou questões existenciais graves e raras na vida da criança (...)”⁵⁴, que exigem a cooperação de ambos os progenitores na tomada de decisões em prol do melhor interesse do filho. Esta noção deve, contudo, ter um conteúdo uniforme e limitado, por razões de segurança jurídica e para reduzir a probabilidade de conflitos entre os ex-cônjuges⁵⁵.

Por outro lado, os “atos da vida corrente” são as decisões do dia-a-dia da criança que devem ser tomadas pelo progenitor que reside habitualmente com o menor ou por aquele que se encontra temporariamente com este. Neste último caso, o progenitor não residente

⁵⁴ BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Op. cit., pp. 175 e 176.

⁵⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 336.

não deve contrariar as opções educativas mais relevantes do progenitor com quem a criança reside, conforme estipulado pelo artigo nº 1906 (3) do CC.

Exemplos dessas decisões podem incluir escolhas relativas à alimentação, uso de internet, programas de televisão, atividades extracurriculares, contactos sociais, entre muitos outros.

A alínea 3 do artigo nº 1906 do Código Civil também permite que qualquer um dos pais delegue estas responsabilidades a terceiros, proporcionando assim flexibilidade na organização do tempo dos progenitores e evitando possíveis conflitos derivados da confiança temporária dos filhos a terceiros cuidadores como baby-sitters ou avós.⁵⁶

Conforme mencionado anteriormente, o progenitor não residente pode tomar decisões sobre “atos da vida corrente” do filho, desde que não contrarie opções educativas mais relevantes traçadas pelo progenitor residente. Este poder do progenitor residente de definir as orientações educativas mais relevantes “*implica a prevalência da sua opinião nalgumas decisões usuais*”⁵⁷. As orientações educativas mais relevantes dizem respeito a pequenas regras que ajudam a moldar a personalidade do menor⁵⁸, portanto, faz sentido que sejam responsabilidade do progenitor residente, visto que é este que, geralmente, tem um contacto mais próximo com o filho⁵⁹.

Segundo Maria Clara Sottomayor, apontam-se como exemplos, questões relevantes para a saúde e educação da criança, tais como a definição de dietas alimentares, a imposição de horários de dormir e acordar, a proibição de certos filmes/videojogos, etc.⁶⁰ A autora destaca ainda que as questões políticas e religiosas não se enquadram nesta definição, uma vez que a exposição a diferentes crenças pode ser benéfica para a criança desenvolver espírito crítico.⁶¹

Existem certas situações em que a jurisprudência e a doutrina divergem, no sentido de considerar se são questões de particular importância ou atos da vida corrente. Vamos, deste modo, analisar algumas dessas situações.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 349.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 350.

⁵⁸ RAMIÃO, Tomé D’Almeida. *O divórcio e questões conexas: Regime Jurídico Atual*. 3.ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 167.

⁵⁹ RAMIÃO, Tomé D’Almeida. *O divórcio e questões conexas: Regime Jurídico Atual*. op. cit., p. 149.

⁶⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 350.

⁶¹ *Ibidem*, p. 351.

Em primeiro lugar, no que diz respeito às inscrições em estabelecimentos de ensino, Maria Clara Sottomayor defende que o progenitor residente deve ter o poder de decidir sobre mudanças de escola, quer estejamos perante a inscrição no ensino público ou no ensino privado, uma vez que é este que “*melhor conhece as necessidades da criança e o seu desenvolvimento*”.

Já Hugo Manuel Leite Henriques sustenta que as inscrições tanto em estabelecimentos de ensino público como privado são questões de particular importância, uma vez que são decisões extraordinárias e de grande impacto na vida da criança⁶². Neste sentido decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06-05-2014⁶³, onde se englobou como questão de particular importância, tanto “a escolha do ensino particular ou do ensino oficial para a escolaridade do filho”.

Por outro lado, Abílio Neto argumenta que a inscrição numa escola particular representa um ato de particular importância, dado o esforço financeiro envolvido para ambos os progenitores. Em contrapartida, considera a inscrição numa escola pública como um “ato de importância normal”⁶⁴, da responsabilidade do progenitor residente. Esta visão é corroborada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-05-2017⁶⁵, e pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-10-2011⁶⁶, os quais consideraram como questões de particular importância, a matrícula em colégio privado e a mudança de um colégio privado para outro.

Apesar de o progenitor residente ser, em regra, quem melhor conhece as necessidades do filho, a escolha do estabelecimento de ensino, pela sua relevância na vida do menor, deve ser encarada como um ato de particular importância, requerendo, assim, acordo de ambos os progenitores. Frequentemente, surgem conflitos nesta matéria, sobretudo quando um dos progenitores pretende que o filho mude de uma escola privada para uma escola pública, ou vice-versa. Se não existir um fator económico que justifique a oposição/vontade na mudança por parte de um dos progenitores, a atenção deve recair exclusivamente sobre o que é melhor para o bem-estar do menor.

⁶² LEITE, Hugo Henriques. *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 154.

⁶³ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06-05-2014 - Processo n° 9436/04.7TBVNG-E.P1

⁶⁴ NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*, 19.ª Edição Reelaborada. Lisboa: Ediforum Edições jurídicas, Lda, 2016, p. 1521, nota 5 (II).

⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-05-2017 - Processo n° 897/12.1T2AMD-F.L1-1.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-10-2011 - Processo n° 626/09.7TMCBR.C1.

Neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-10-2021⁶⁷ entendeu que “*a escolha do estabelecimento de ensino constitui, pelo seu impacto na vida quotidiana e futuro da criança, uma questão de particular importância.*” Neste caso em concreto, um dos progenitores pretendia transferir os filhos de um colégio para uma escola pública, ao passo que o outro progenitor se oponha à mudança. Foi decidido que a mudança de estabelecimento de ensino iria provocar ansiedade nas crianças, uma vez que elas eram felizes e bem-sucedidas na escola que frequentavam. Como não havia uma justificação convincente para a mudança, julgou-se a apelação procedente, e a mudança para outra escola foi, por conseguinte, indeferida.

No que concerne à educação religiosa, o artigo nº 1886 do Código Civil estabelece que “*pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos*”. A partir dessa idade, as próprias crianças têm autonomia para escolher as suas crenças.

A doutrina, na sua generalidade, considera que a educação religiosa do filho constitui uma questão de particular importância. Segundo Hugo Leite Rodrigues e Helena Gomes de Melo existem várias situações: se ambos os pais seguem a mesma religião, as decisões relacionadas com a participação do filho em atividades religiosas serão consideradas como atos da vida quotidiana. No entanto, é crucial sublinhar que estamos perante atos de particular importância quando ocorrem cerimónias religiosas significativas, como, por exemplo, o batismo⁶⁸.

Contudo, se apenas um dos pais pratica uma religião, ou ambos seguem religiões diferentes, estaremos perante uma questão de particular importância, que requer uma decisão em conjunto⁶⁹. O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-10-2011⁷⁰ foi de encontro a esta ideia, ao concluir que “*a educação religiosa – salvo se os progenitores forem praticantes de diferentes religiões*” não constitui um ato de particular importância.

Maria Clara Sottomayor, por sua vez, defende que, antes dos dezasseis anos, deve prevalecer o princípio da liberdade religiosa, no sentido de que cada um dos pais tem o

⁶⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de Processo de 07-10-2021 – Processo nº 11516/15.4T8LSB-E.L1-8.

⁶⁸ LEITE, Hugo Henriques. *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 147.

⁶⁹ GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D’OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. 2.º Ed., Quid Iuris, 2010, pp 141-142.

⁷⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-10-2011 - Processo nº 626/09.7TMCBR.C1.

direito de partilhar com os filhos as suas crenças religiosas. No entanto, caso a criança manifeste desinteresse, ou a religião lhe causar prejuízo físico ou psicológico, o outro progenitor tem o direito de se opor.

Os casos como os descritos têm aumentado, uma vez que a globalização tem promovido o incremento dos casamentos multiculturais. Apesar de em Portugal tal fenómeno ainda não ser tão frequente, em países como a França é bastante comum.

Contudo, não precisamos de considerar apenas casamentos multiculturais para que o problema da educação religiosa surgir. Como mencionado anteriormente, tomemos como exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de junho de 2012⁷¹, onde foi autorizado o batismo da menor sem o consentimento do pai. Ambos os pais eram católicos, no entanto, o pai, apesar de não ser contra o batismo, opôs-se ao momento em que a mãe pretendia realizá-lo (esta alegava a saúde frágil da bisavó da criança). O tribunal decidiu confirmar a sentença em 1º instância, e autorizou a mãe a realizar o batismo se assim o desejasse.

No que concerne à mudança de residência, Hugo Leite Rodrigues e Helena Gomes de Melo defendem que é fundamental avaliar a distância entre as cidades envolvidas na mudança, dado o grande impacto que tal mudança poderá ter na vida do menor. Por exemplo, se a mudança for de Vila Real para Évora, o impacto será certamente significativo. Se, por outro lado, a mudança for apenas, por exemplo, de Penafiel para Paredes, poderá não ser necessária a autorização do progenitor não residente, uma vez que o impacto na vida do menor não será expressivo. Nesta perspetiva, uma mudança para o estrangeiro seria considerada uma questão de particular importância.

Maria Clara Sottomayor, por sua vez, considera que a mudança de residência dentro de Portugal deve ser vista como uma decisão de normal importância, dada a “*reduzida dimensão do nosso país e a facilidade de comunicações*”⁷². Relativamente à mudança de residência para o estrangeiro, a autora considera tal situação como uma “questão de particular importância”. No entanto, não vê a necessidade do duplo consentimento dos pais, bastando que o progenitor residente cumpra o dever de informação previsto no artigo nº 1906 (7) do Código Civil. Caso o progenitor não residente não concorde com a mudança, ele só

⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21 de junho de 2012 - Processo nº 2366/09.8TMLS B.L1-2.

⁷² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 346.

poderá impugnar a decisão se provar que tal deslocação compromete a segurança, saúde, desenvolvimento ou a educação da criança, conforme o artigo nº 1918 do Código Civil e o artigo nº 3 da LPCJP. No entendimento da autora, exigir o duplo consentimento nestas situações “*aumenta o conflito parental*”, e pode também “*paralisar a vida do progenitor residente e das crianças ou de obter vantagens financeiras a troco de conceder a autorização*”⁷³.

A posição de Maria Clara Sottomayor é a que melhor se adapta à realidade atual. A evolução tecnológica, juntamente com a crescente globalização que se faz sentir desde o início do século XX, possibilita uma maior mobilidade. Atualmente, existem várias formas de mantermos contacto, mesmo estando em lugares distintos, como por exemplo, através das videochamadas e das mensagens. Sendo Portugal um país relativamente pequeno, não existem razões para se exigir o consentimento de ambos os pais em caso de mudança de residência do progenitor residente. Mesmo quando envolve uma mudança para uma das regiões autónomas, ou dentro da União Europeia, as viagens aéreas são atualmente bastante acessíveis, e a mobilidade entre os Estados-Membros da UE é facilitada. Porém, é crucial que o dever de informação previsto no artigo nº 1906 (7) do CC seja cumprido.

No entanto, a situação torna-se mais complexa quando a mudança envolve a transição para um outro continente. Apesar das novas tecnologias diminuem a perceção de distância, a adaptação a uma cultura completamente diferente da europeia poderá ser desafiante para o menor. Estas situações devem ser entendidas como questões de particular importância, exigindo-se assim o consentimento de ambos os progenitores.

Observando jurisprudência acerca deste tema, observa-se que, mais importante do que categorizar se a mudança de residência configura uma questão de particular importância ou um ato da vida corrente, é determinar se a mudança de residência afeta ou não os interesses da criança. Um exemplo disso é o acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 07-06-2018⁷⁴ que versa sobre um caso de mudança de residência do menor, de Faro para Águeda. O pai opôs-se à mudança, pois esta reduziria os seus momentos de convívio com as filhas. O Tribunal entendeu que, relativamente à mudança de residência do menor, deveria decidir-se “*de acordo com os interesses deste, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando*

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07-06-2018 - Processo nº 2439/15.8T8FAR-C.E1.

decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles, 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, como vem prescrito nos n.ºs 5 e 7 do art. 1906.º do C. Civil.” Permitiu-se a mudança da mãe com as filhas de Faro para Águeda, pois o Tribunal considerou que tal mudança não resultaria na cessação e distanciamento dos contactos do progenitor com as filhas. A decisão foi baseada unicamente no interesse do filho.

No que diz respeito a uma mudança de residência para o estrangeiro, a jurisprudência tende a considerar que tal configura uma questão de particular importância. No entanto, essa questão deve ser sempre decidida *“com base na ponderação dos interesses do menor, no confronto com as particularidades que sejam relevantes dos interesses dos pais”*⁷⁵.

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 16-06-2016⁷⁶ considerou que a mudança de residência do menor para o estrangeiro seria uma *“matéria especialmente sensível”* para a criança, sendo, por isso, uma *“questão de particular importância para efeitos do disposto no n.º 1 do art. 44.º”* do RGPTC.

Em situações de viagem ao exterior para fins de turismo, essa situação seria classificada como um *“ato da vida corrente”*, exceto se o destino se tratar de um país que possa colocar em perigo a saúde e a segurança da criança⁷⁷. Levar os filhos de férias, mesmo para o exterior, é, em condições normais, uma decisão que cabe apenas ao progenitor que estiver com eles naquele momento, uma vez que, *“se ninguém questiona que uma ida para o Algarve em férias é um ato da vida corrente, julgamos que se essa deslocação for para o estrangeiro o mesmo raciocínio se aplica.”*⁷⁸ Esta posição é defendida por Hugo Leite Rodrigues e Helena Gomes de Melo.

A nível jurisprudencial, no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28-04-2015 estava em causa saber se devia ser autorizada a deslocação de menor de dois anos, com a

⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-05-2017 - Processo n.º 3174/06.3TBVIS-B.C1.

⁷⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16-06-2016 - Processo n.º 253/10.6TMBRG-A.G1.

⁷⁷ GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D’OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 145; Ramião, Tomé d’Almeida. *Divórcio por Mútuo Acordo - Anotado e Comentado*. 7ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2008, p. 147.

⁷⁸ GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Baptista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa e D’OLIVEIRA, Felicidade, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 149.

mãe, aos Estados Unidos da América durante 3 semanas. O Tribunal de primeira instância decidiu no sentido de que a mãe não podia sair de Portugal com o menor, e a Relação concordou, pois, a mãe já havia manifestado o desejo de trabalhar nos Estados Unidos e levar o filho consigo. Essa mudança traria “*um corte radical e incompreensível*” no ambiente familiar estabelecido no lugar onde o menor nasceu e mantinha as suas relações familiares.⁷⁹ A decisão teve, como principal motivação, o superior interesse da criança.

Este acórdão levanta algumas questões importantes como até que ponto este tipo de decisões pode comprometer o direito de deslocação e emigração, assegurado pelo artigo n.º 44 da CRP. A resposta é dada pelo Tribunal da Relação do Porto, no acórdão de 08-10-2015⁸⁰, o qual entendeu que “*embora reconhecendo-se que a liberdade de circulação dos cidadãos é um direito fundamental, assume-se também que essa liberdade pode e deve sofrer limitações quando interfira com a liberdade e o superior interesse da criança*”.

Com a dissolução da relação matrimonial, a lei garante que o progenitor não residente tenha direito ao convívio com o filho, de modo a preservar as relações afetivas. Contudo, há casos em que o progenitor residente, sem consultar o outro, muda para uma residência distante. Isto, conseqüentemente, resultará numa quebra na relação entre o filho e o progenitor não residente. Nestes casos, o progenitor não residente pode recorrer a meios legais para garantir o seu direito de visitas (um direito que é tanto do progenitor como do filho).

8. Atribuição da Residência do Menor

É ainda importante referir os critérios de atribuição da residência do menor. Como resultado da luta feminista, especialmente durante o século passado, as mulheres já não se dedicam apenas à educação dos filhos, como foi normal durante séculos. Assim, houve uma consciencialização de que as tarefas domésticas devem ser divididas entre o homem e a mulher, inclusive aquelas relacionadas com os filhos.

A maior aproximação emocional entre pais-homens e filhos, fruto dessas mudanças sociais gera um acréscimo dos conflitos entre os pais, no que diz respeito à residência permanente dos filhos.

⁷⁹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-02-2017 - Processo nº 1530/14.2TMPRT-E.P1.

⁸⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto – Processo nº 2593/11.8TMPRT-C.P1.

Apesar de, na maioria dos casos, as questões de particular importância para a vida dos filhos serem exercidas em comum por ambos os progenitores, é o progenitor residente que fica responsável pelo dia-a-dia do filho, cabendo-lhe definir as regras educativas e transmitindo-lhe os valores essenciais que irão ajudar o menor a construir a sua personalidade. Tal como afirma Maria Clara Sottomayor, a residência é “*o essencial das funções parentais*”, sendo um meio fundamental para o exercício do direito/dever de educação e manutenção dos filhos, previsto no artigo n.º 36 (5) da Constituição da República Portuguesa. A educação assume neste âmbito, “*(...) um sentido mais amplo do que “ensino”*”: *abrange designadamente todo o processo global de socialização e aculturação, na medida em que ele é realizável dentro da família*”⁸¹.

8.1. Modos de Atribuição da Residência da Criança

Existem duas formas de se determinar qual dos progenitores fica com a guarda do filho – por meio de um acordo mútuo ou mediante uma decisão judicial⁸². No entanto, o acordo dos pais é sempre sujeito a análise para garantir que atende aos interesses dos menores. O artigo n.º 1906 (5) do Código Civil retira força jurídica ao acordo dos pais relativamente à determinação da residência (e ao regime de visitas), pois apresenta o acordo como um fator a ser considerado pelo juiz, e não como uma forma de regular o exercício das responsabilidades parentais⁸³, como era na versão anterior do art. 1905 (1) do CC.

Contudo, seguindo Maria Clara Sottomayor, uma vez que o Regime Geral do Processo Tutelar Cível mantém o mecanismo de homologação ou recusa de homologação de acordo, e como se prevê a possibilidade de um acordo entre os pais sobre a fixação de alimentos devidos a menores⁸⁴ (art. 1905.º CC), devemos também considerar as questões relacionadas com a residência e o regime de visitas como passíveis de acordo⁸⁵.

Conforme mencionado, mesmo quando os pais chegam a um acordo acerca da residência dos filhos, o juiz deve, em todos os casos, exercer os seus poderes inquisitórios e de

⁸¹ CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. 4.ª Edição Revista – Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 565.

⁸² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 46.

⁸³ *Ibidem*, pp. 46-47.

⁸⁴ Tal acordo terá de estar em sintonia com o interesse do menor, caso contrário, será recusado.

⁸⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 47.

investigação no sentido de verificar se o acordo está em linha com os interesses da criança (art. 34 (2). ° RGPTC). Portanto, deve este ouvir a opinião do menor, de forma a fazer cumprir o princípio da audição obrigatória (art. 4 (j)° LPCJP e arts. 4 (1-c) °, 5° e 35 (3)° RGPTC).

8.2. O Modelo da Residência Única

A guarda da criança é normalmente fixada junto de um dos pais, sendo que, é na casa desse progenitor que o filho terá a sua residência principal (art. 1906 (5). ° CC). Esta é a configuração clássica do modelo de residência única, sendo o mais comum na maioria dos casos.

As principais vantagens da residência única residem na estabilidade e consistência que este modelo proporciona à criança. Ao viver predominantemente com um dos pais, a criança tem a possibilidade de usufruir de um ambiente doméstico mais estável, com regras e rotinas fixas. Isso pode ser particularmente benéfico para crianças que têm dificuldade em lidar com alterações de rotina. Além disso, a residência única pode reduzir os conflitos entre os pais, uma vez que limita a necessidade de comunicação e coordenação constante.

No entanto, também existem desvantagens associadas à residência única. A principal preocupação é a possibilidade de a criança perder a conexão com o progenitor não residente, especialmente nos casos em que o tempo de visita é muito limitado. Adicionalmente, este regime pode levar a uma sobrecarga do progenitor residente, uma vez que as responsabilidades diárias recaem principalmente sobre ele. Por fim, a residência única pode criar a ideia de que um dos pais é "principal" e o outro é "secundário", o que pode ter implicações negativas no crescimento da criança.

A residência única afigura-se como o regime a adotar principalmente quando um dos pais não tenha aptidões, tempo, ou desejo de se envolver na vida diária do filho; quando a relação dos progenitores é muito conflituosa; e quando o menor tem dificuldades em lidar com mudanças constantes. Contudo, em situações em que ambos os pais desejam estar ativamente envolvidos e a criança se adapta facilmente a mudanças de rotina, a residência alternada, que abordaremos a seguir, pode ser uma opção bastante benéfica.

8.3. A Residência Alternada

Com a Lei nº 65/2020, de 04 de novembro, pode também optar-se pelo modelo da residência alternada (guarda conjunta), no qual a criança passa períodos relativamente iguais com cada progenitor. Contudo, esta situação não constitui a regra, estando sujeita a pressupostos específicos. Exige-se um *“juízo de prognose favorável quanto ao que será a vida do menor, suportada em elementos de facto evidenciados no processo, afigurando-se-nos que, em regra, a fixação desse regime só é compatível com uma situação em que se verifica uma particular interação entre os progenitores, um relacionamento amistoso entre ambos, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os progenitores habitam”*⁸⁶.

Sob uma perspetiva positiva, a residência alternada permite a manutenção de fortes laços com ambos os pais, uma vez que proporciona igualdade de tempo e contribui para uma responsabilidade partilhada. Assim, viabiliza a participação ativa de ambos os pais na vida da criança, funcionando como um importante instrumento contra a prática da alienação parental. Além disso, quando bem planeada e organizada, a residência alternada pode proporcionar uma rotina constante para a criança.

No entanto, é importante ter em consideração que este regime pode também trazer uma série de desafios. A constante mudança de casa pode gerar sentimentos de instabilidade, sobretudo em crianças mais novas ou naquelas que têm maior dificuldade em lidar com alterações de rotina. A relação entre os pais é outro aspeto que merece atenção, uma vez que, nos casos em que a comunicação entre os pais é conflituosa, a residência alternada pode acarretar ainda mais discordâncias, afetando negativamente a criança⁸⁷. Do ponto de vista logístico, a residência alternada pode ser desafiante, pois requer uma boa coordenação entre os progenitores.

Posto isto, a aplicação do regime da residência alternada deve ser analisada detalhadamente, tendo em conta as circunstâncias individuais de cada criança e dos seus

⁸⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.07.2019 - Processo nº 958/17.0T8VIS-A.C1: O tribunal concluiu que, dado que a criança tem 6 anos de idade e sempre viveu com a mãe, com quem tem uma forte ligação emocional, e considerando a clara hostilidade entre os pais, não há qualquer aconselhamento ou recomendação para alterar a residência atual e habitual da criança. Isso é especialmente válido uma vez que a criança iniciou a sua vida escolar apenas neste ano letivo, enfatizando ainda mais a necessidade de estabelecer rotinas adequadas e estáveis para a criança, evitando mudanças frequentes e desnecessárias de residência.

⁸⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa- Processo nº 4547/11.5TBCSC-A.L1-6: *“A guarda conjunta com residências alternada entre os dois progenitores com uma relação conflituosa entre si não é do interesse de uma menor, com sete anos de idade”*.

progenitores. Este modelo é aconselhável quando existe uma boa comunicação entre os pais, quando ambos desejam participar na vida da criança e quando a criança tem capacidade para se adaptar a esta rotina. Em contrapartida, nas situações em que há um demasiado conflito entre os pais, uma logística complicada (por exemplo: os progenitores residem a uma distância considerável) ou quando a criança apresenta dificuldades de adaptação, o modelo da residência única apresenta-se como o regime preferencial.

8.4. Outros Regimes

Existem casos de crianças que são entregues a terceiros, que podem ser membros da família (avós, tios ou padrinhos), ou não. Estes cuidam da criança e, conseqüentemente, estabelecem com ela laços semelhantes à filiação⁸⁸. Tais situações encontram-se definidas no artigo n.º 5 (b) da LPCJP como “*guarda de facto – a relação que se estabelece entre a criança ou o jovem e a pessoa que com ela vem assumindo, continuamente, as funções essenciais próprias de quem tem responsabilidades parentais.*”

Para que uma criança seja entregue a um terceiro é necessário que o Ministério Público requeira, no processo de regulação das responsabilidades parentais, a implementação de uma medida de promoção e proteção de crianças em perigo (art. 27 (3)º RGPTC, art. 1918º CC, 3º LPCJP), solicitando que a guarda seja entregue a terceiro ao abrigo do art. 1907º CC. É essencial fazer prova de que os pais colocam em risco a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação do filho.

8.5. Fatores a Avaliar na Determinação da Residência: O Superior Interesse da Criança

Os critérios fundamentais relativos à determinação da residência dos menores assentam em três pilares: o superior interesse da criança; a igualdade entre os progenitores; e a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para fomentar relações regulares do filho com o outro progenitor⁸⁹.

⁸⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 98.

⁸⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães – Processo nº 996/16.0T8BCL-C.G.

O superior interesse da criança emerge como critério predominante na regulação das responsabilidades parentais. Tal significa que o elemento decisivo para qualquer deliberação atinente a menores reside no seu superior interesse⁹⁰.

Este é um conceito intrinsecamente flexível e adaptável, variando de acordo com a singularidade de cada criança. Cabe ao juiz concretizá-lo, tendo em conta “*a disponibilidade afetiva demonstrada pelos progenitores, ou terceira pessoa, a (in)capacidade dos progenitores em promoverem o harmonioso desenvolvimento do menor e de se adaptar às suas necessidades*”⁹¹.

Face a cenários de dissociação familiar, sabe-se que, relativamente às questões de particular importância, as responsabilidades parentais devem ser compartilhadas por ambos os cônjuges. Em relação à residência, podem ser adotados os regimes da residência única, ou o da residência alternada.

Contudo, o exercício comum das questões de particular importância pode ser afastado quando o interesse da criança assim o justificar. Helena Gomes de Melo elenca algumas situações, tais como casos de “grande litigiosidade entre os progenitores”; episódios de violência doméstica; abusos sexuais, recusa do progenitor não residente em entregar a criança; desinteresse do progenitor não residente; recusa ou atraso injustificado no pagamento da pensão de alimentos; residência do progenitor não residente em local distante ou ausência de progenitor em parte incerta.⁹²

A jurisprudência atual mostra que, para se determinar o interesse o menor existe um conjunto de fatores relevantes⁹³, os quais podemos dividir em duas categorias: fatores inerentes à criança e aos progenitores⁹⁴.

Os primeiros contemplam necessidades básicas da criança, a sua idade sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, os segundos versam sobre a capacidade parental dos progenitores e tudo o que seja relacionado com eles.

Examinemos, pois, detalhadamente os fatores preponderantes na determinação da residência dos menores:

⁹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães - Processo nº 409/18.3T8BGC-D.G1.

⁹¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto - Processo nº 1654/14.6TMPRT-B.P1.

⁹² GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D’OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 157 a 168.

⁹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 63.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 65.

a) Manutenção da Situação de Facto Existente

Observando-se a jurisprudência, deteta-se uma tendência em valorizar a manutenção da situação de facto vigente, ou seja, prioriza-se a continuidade dos laços afetivos estabelecidos pela criança com cada um dos progenitores.

Ao se privilegiar a estabilidade dos vínculos afetivos e das rotinas da criança, busca-se manter a continuidade das referências emocionais que ela já estabeleceu ao longo da sua vida. Esta abordagem visa proporcionar à criança um ambiente de segurança e conforto, fomentando o seu desenvolvimento de forma equilibrada e estável.

Ilustrativamente, refere-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa⁹⁵, o qual concluiu que *“Se o filho, menor de seis anos, se encontra a residir com o pai desde há pelo menos um ano, e se encontra bem; nada havendo que indicie ter a mãe uma melhor condição seja de que título for (afectiva, disponibilidade de tempo, espaço ou outra) que resulte num melhoramento da actual vida e condições do menor, deve este, manter-se a residir com o pai (...) (artº 1906º no 5 e 7 do CC).”*

b) Figura Primária de Referência

O critério da figura primária de referência é também utilizado para justificar a decisão de atribuição da residência única da criança a um dos progenitores. Este critério baseia-se na identificação da pessoa que desempenhou, de forma quotidiana, as principais responsabilidades de cuidado em relação ao filho.

Ao considerar a figura primária de referência, prioriza-se o papel exercido por um dos progenitores na vida diária do filho, relativamente às funções de alimentação, higiene, cuidados de saúde, educação e supervisão. Isto leva a que a criança desenvolva uma ligação de confiança e dependência com aquele progenitor, sendo essa conexão vital para o bem-estar emocional do menor.

Optando pela atribuição da residência única a esse progenitor, assegura-se a permanência desse vínculo afetivo, conferindo estabilidade à criança.

⁹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-10-2013 - Processo nº 5358/11.3TBSXL1-8

O Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães⁹⁶ é apenas um da vasta jurisprudência que reconhece a figura primária de referência como “(...) *um critério objetivo e funcional* (...)” e também que “(...) *o objectivo da regulação das responsabilidades parentais não é o de promover a igualdade entre os pais, defender os interesses dos pais, mas garantir que se atinja, no maior grau possível, a satisfação dos interesses dos menores, em que se inclui o de a criança manter a continuidade da relação afectiva com a pessoa de referência* (...)”.

c) Preferência Materna na Tenra Idade da Criança

A adesão à preferência maternal teve início de forma mais ampla após a Reforma de 1977. Até então, o filho era, de forma simplificada, visto como propriedade do pai, tendo a preferência maternal relevância apenas para crianças até 3 anos.

Com base neste critério, defende-se que a mãe está mais apta a cuidar do filho em tenra idade e para satisfazer as suas necessidades emocionais. Esta perspetiva encontra ressonância no Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança, o qual preconiza que “*a criança de tenra idade não deve, salvo em circunstâncias excepcionais, ser separada da mãe*”. Maria Clara Sottomayor, por exemplo, entende que a preferência maternal não viola o princípio da igualdade, desde que o juiz avalie outros fatores que, à luz do interesse da criança, apontem no sentido de conferir a guarda à mãe⁹⁷.

Contudo, este critério tem vindo a perder relevância com a igualdade de género no contexto familiar. A figura tradicional da mulher como dona de casa e do homem como sustento da família tem vindo a dissipar-se, e, em consequência, o foco na determinação da residência da criança passou a ser, essencialmente, o seu superior interesse.

A título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-02-2015⁹⁸ confirmou a sentença do Tribunal de 1º instância que dava à mãe a guarda do menor, apesar da sua situação económica desfavorável, e apesar do pai ter melhores condições habitacionais e auferir uma maior renumeração. Esta decisão foi fundamentada com o facto de o menor ter uma maior proximidade com a família da mãe, oferecendo-lhe assim “(...)

⁹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05-03-2013 - Processo nº 228/11.8TBBCL.G1

⁹⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 68.

⁹⁸ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-02-2015 - Processo nº 10799/12.6TBVNG.P1.

maior estabilidade em termos de condições de vida, em termos das suas relações afetivas e em termos do seu ambiente físico e social”.

É importante referir que, ainda hoje, na maioria dos casos, os filhos ficam sob a guarda da mãe, tanto nos casos litigiosos como nos casos de acordo homologado pelo juiz ou pelo MP. Isto deve-se ao facto de as famílias ainda não terem ainda, em pleno século XXI, uma partilha igualitária de tarefas domiciliárias. Isto faz com que a figura primária de referência, seja, na maior parte das vezes, a mãe. Em muitos casos, os homens ainda expressam falta de disponibilidade ou interesse em assumir a guarda total dos filhos⁹⁹.

A tenra idade é um conceito frequentemente usado contra a aplicação do regime da residência alternada em crianças muito novas¹⁰⁰, o que leva à questão de se saber o que é exatamente considerado como “tenra idade”. A maioria dos autores entende que a “tenra idade” integra crianças até aos quatro/cinco anos, pois nessa fase de desenvolvimento, estas precisam de um ambiente estável para a formação saudável da sua personalidade¹⁰¹. No entanto, há quem considere que a instabilidade das crianças muito novas na residência alternada é infundada, sendo que, apenas fará sentido considerar a preferência maternal relativamente a crianças até dezoito meses¹⁰². Já, por exemplo, Joaquim Manuel Silva,¹⁰³ defende que a residência alternada apenas não deve ser aplicada nos primeiros seis meses de vida da criança, devido à amamentação e aos benefícios que esta apresenta.

A jurisprudência, relativamente a esta temática, é também ela ambígua. O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24.01.2017¹⁰⁴ considerou que, o facto da menor ter apenas três anos de idade não constitui um obstáculo à aplicação da residência alternada, uma vez que tal regime lhe permitia *“uma melhor e mais rápida adaptação a forma de vida diferente*

⁹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 75.

¹⁰⁰ Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.02.2015 - Processo nº 1463/14.2TBCSC.L1-8, onde se entendeu que *“Atendendo à idade da criança, não é de todo adequado um regime em que o menor está uma semana na casa do pai e, na semana seguinte, na casa da mãe.”*

¹⁰¹ ROQUE, Hélder João Martins Nogueira. *Do Princípio da Igualdade dos Progenitores ao Princípio da Inseparabilidade dos Filhos: A Residência Alternada como via Privilegiada da sua Afirmação e o Biologismo como Último Sustentáculo do Mito do “Casal parental”*. Tese no âmbito do doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, orientada pelo Professor doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021, p. 175; NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. In: Vicente Barreto - A nova família: problemas e perspectivas, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 83.

¹⁰² LEAL, Ana Teresa Pinto. “A Residência Alternada” in a *Tutela Cível do Interesse Superior da Criança*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014, p. 376

¹⁰³ MANUEL DA SILVA, Joaquim. *A Família das Crianças na Separação dos Pais – A Guarda Compartilhada e a Justiça Restaurativa*. 2ª Edição. Lisboa. Petrony, 2019, pp. 132-133

¹⁰⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-01-2017 – Processo nº 954/15.2T8AMD-A.L1-7.

daquela que os progenitores lhe haviam proporcionado quando viviam juntos”. Em sentido contrário, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07.11.2013¹⁰⁵ entendeu que “(...) tendo em conta que estamos perante uma criança que tem, nesta data, apenas três anos de idade, parece-nos evidente que necessita de estabilidade e de uma rotina diária com regras simples e bem definidas de forma a permitir-lhe um crescimento harmonioso. Ora, já se vê que isso não é compatível com uma situação em que a criança está uma semana a viver sob um regime em que tem um horário para dormir e na semana seguinte já tem um horário totalmente diferente, o mesmo se passando com as horas das refeições ou com o tempo em que pode ver televisão.” Já o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30.05.2023¹⁰⁶ entendeu que “a partir dos seis anos (...) não será de considerar a criança como sendo de “tenra idade” para efeitos de desaconselhar a fixação de um regime de guarda partilhada com residência alternada.”

Em síntese, relativamente à determinação da residência do menor, o debate acerca da preferência maternal e da tenra idade tem evoluído. Sendo certo que a legislação não determina uma idade mínima para ser atribuída a residência alternada, torna-se necessário analisar a individualidade de cada caso e o bem-estar da criança, ao invés de normas rígidas baseadas em género ou idade.

d) A Vontade do Menor

A consideração da vontade do menor tem-se mostrado um elemento crucial na determinação do seu superior interesse.

O artigo nº 12 (1) da Convenção sobre os Direitos da Criança é enfático ao reconhecer o direito das crianças com capacidade de discernimento de exprimir a sua opinião sobre questões que lhe são pertinentes. Essas opiniões devem ser devidamente ponderadas, tendo em conta a sua idade e maturidade.

De forma alinhada à Convenção, o Código Civil estabelece no seu artigo nº 1901 (2), o direito do menor de se manifestar sobre questões que lhe digam respeito, sem estabelecer uma idade mínima para tal

¹⁰⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-11-2013 - Processo nº 7598/12.9TBCSC-A.L1-6.

¹⁰⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30-05-2023 - Processo nº 1362/18.9T8CLD-A.C1.

Assim, facilmente se percebe que a visão atual da criança é a de que esta deve ser um agente ativo nas decisões relacionadas com a sua vida, incluindo na determinação da sua residência em caso de dissolução familiar¹⁰⁷. Nestas situações, espera-se que a criança, quando apresente o discernimento necessário, seja ouvida, de modo a determinar aquilo que é o seu superior interesse. O artigo 5(1)º da RGPTC reforça este direito, estabelecendo preceitos cruciais para a audição da criança.

A audição deve ser realizada num ambiente onde o menor se sinta confortável, de forma que exprima livremente os seus sentimentos. Contudo, há situações em que a audição não é realizada, como por exemplo, no caso da criança apresentar certas patologias, ou quando tal procedimento ameaça a sua estabilidade emocional¹⁰⁸.

Em jeito de conclusão, cumpre destacar que a audição da criança não possui caráter absoluto. Como exemplo disso aponta-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-09-2014¹⁰⁹, onde se optou pelo regime de residência única, apesar do menor, com 11 anos, ter expressado em audição, o desejo de residir com ambos os progenitores.

e) A Não Separação de Irmãos

A manutenção das relações afetivas entre irmãos é fundamental e está consagrada como um dos principais direitos da criança. Esta prerrogativa encontra-se estabelecida no artigo 1887-Aº do Código Civil.

Frequentemente, esta norma é invocada em situações em que os irmãos “(...) *são unidos e sempre viveram juntos (...)*”¹¹⁰ até à rutura da relação matrimonial dos pais. Considerando que a separação parental, por si só, já induz a uma significativa instabilidade emocional, o afastamento dos irmãos intensificaria tal instabilidade.

A medida da separação dos irmãos apenas deve ser utilizada em situações excecionais, tais como em caso de necessidade económica ou falta de espaço habitacional; quando exista

¹⁰⁷ PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. Documentação e Direito Comparado, in Boletim do Ministério da Justiça, nº 81/82. Lisboa, 2000, p. 93.

¹⁰⁸GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades Parentais*. 3ª Edição atualizada e aumentada. Quid Juris, 2012, p. 27 e 28.

¹⁰⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-09-2014 - Processo n.º 1869/11.9TMLS.L1-2 - “(...) *Acresce que a menor, com 11 anos, está a entrar na idade da adolescência, fase complexa, que requer, na medida do possível, um máximo de estabilidade, tendo em vista evitarem-se consequências indesejáveis, sendo por isso mais vantajoso possuir uma residência fixa, onde tenha instalado todo o seu universo.*”

¹¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família*. 2.º Ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 922.

relação problemática entre os irmãos; em situações em que a dimensão da família justifique tal medida; ou até mesmo no caso dos irmãos mostrarem preferência por progenitores diferentes. Um exemplo deste último cenário é o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17-05-2007, o qual confirmou a decisão do Tribunal de 1º instância e do Tribunal da Relação, concedendo a guarda do filho mais velho ao pai, e do filho mais novo à mãe, fundamentando-se na expressa vontade dos menores.

Ainda que não seja um critério vinculativo, o princípio da não separação dos irmãos deve ser ponderado, para se evitar potenciais danos à estabilidade emocional e afetiva das crianças. Desaconselha-se a separação dos irmãos apenas para equilibrar os direitos dos pais¹¹¹, uma vez que o mais importante nesta matéria é o interesse das crianças. A mera satisfação dos desejos parentais não assegura, por si só, a estabilidade da criança. Para isso, é imperativo atender, primordialmente, à sua vontade. A companhia dos irmãos é essencial para um crescimento saudável, daí que, a separação dos irmãos em caso de separação dos pais, não faz sentido, exceto se tal for expressamente desejado por eles ou se outras circunstâncias imperativas assim o determinarem¹¹².

f) A Continuidade das Relações Sociais da Criança

A preservação das relações sociais da criança constitui um dos critérios preponderantes na determinação da sua residência, abrangendo tanto a relação da criança com a principal pessoa de referência como as suas relações sociais¹¹³.

Para crianças de tenra idade é importante que, após a separação dos pais, a pessoa que mais cuidava dela se mantenha a mesma, de forma a assegurar a sua estabilidade já danificada com a separação.

¹¹¹ “Embora não constitua rigorosamente um critério para a atribuição da guarda dos menores, a não separação dos irmãos é um princípio ao qual deve ser dada particular relevância a fim de evitar a tentação de separar os filhos para equilibrar os direitos dos pais, no sentido de ambos satisfazerem o desejo de os ter consigo.” - Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães - Processo n.º 234/11.2TBAVV-A.G.

¹¹² Sobre esta temática, o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 19-01-2006 (processo n.º 0537114) explica na perfeição a importância de manter os irmãos juntos nos casos de separação dos pais.

¹¹³ GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D’OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 73-74.

Adicionalmente, é também essencial que a criança se mantenha no seu meio social habitual. Isto significa que aspetos como a habitação, instituição de ensino e atividades extracurriculares devem, sempre que possível, manter-se inalterados.

Este critério é a concretização perfeita do superior interesse da criança, sendo fundamento para diversas decisões dos tribunais. A título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02.12.2010¹¹⁴, deliberou que *“Deve ser atribuída à mãe a guarda de menor de 8 anos, que com aquela sempre viveu, em cujo meio familiar, social e escolar se encontra inserida e integrada, mesmo que o agregado familiar da mãe apresente algumas carências económicas”*.

g) Distância Entre as Moradas

A distância entre as moradas dos progenitores é um fator a ser considerado na aplicação do regime da residência alternada, uma vez que distância geográfica tem um impacto significativo na viabilidade e na logística desse regime.

Uma distância considerável acarreta deslocações longas e frequentes para a criança, o que terá certamente um impacto negativo na sua qualidade de vida, interferindo na sua rotina, escola e atividades extracurriculares.

A jurisprudência sublinha a importância deste critério. Observe-se, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação, de 17.12.2015¹¹⁵, onde se estipulou que *“(…) para que uma guarda alternada possa vingar com sucesso é mister que ambos os progenitores residam relativamente próximos do outro (…)”*.

A Lei portuguesa não delimita explicitamente uma distância máxima entre as residências dos progenitores, sendo que, cada caso é avaliado individualmente, tendo em conta todas as outras circunstâncias específicas.

h) Condições dos Progenitores

Este é um critério fundamental na determinação da residência da criança, uma vez que influencia tanto na escolha entre o regime da residência única ou alternada, como na escolha do progenitor com quem o filho vai viver, nas situações de residência unilateral.

¹¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-12-2010 - Processo nº 526/08.8TBBRR.L1-8.

¹¹⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-12-2015 - Processo n.º 6001/11.6TBCSC.L1.6.

É essencial avaliar as condições dos progenitores, considerando aspetos como a sua estabilidade emocional, a aptidão para cuidar, a participação ativa nos cuidados do filho antes da separação, a situação financeira, e a predisposição em fomentar uma relação regular com o outro progenitor. A título exemplificativo, cite-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães¹¹⁶, o qual entendeu que a residência dos filhos devia ser fixada junto do pai, visto que este apresentava maior estabilidade emocional e melhores condições familiares e económicas ao desenvolvimento saudável dos menores.

Um dos maiores benefícios da residência alternada reside na prevenção de sentimentos de culpa nas crianças, uma vez que, neste regime, não há preferência por nenhum dos pais em detrimento do outro. Assim, se ambos os pais demonstrarem competências parentais adequadas e, estando todas as outras circunstâncias verificadas, deve ser aplicada a residência alternada.

i) O Relacionamento Entre os Progenitores

Os conflitos parentais podem prejudicar severamente a relação dos filhos com os pais, para além de comprometerem o seu bem-estar emocional. Nos Tribunais, prevalece o entendimento de que a qualidade da relação entre os progenitores é um fator determinante a ser ponderado na avaliação da viabilidade do regime de residência alternada. Neste contexto, destaca-se a decisão do Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-12-2015¹¹⁷, o qual entendeu que *“A solução da residência alternada só deve ser considerada num contexto de consenso, confiança mútua entre os progenitores, profundo respeito pelo outro progenitor e real desejo de colaboração com ele”*.

Contudo, há quem argumente que a residência alternada pode atenuar os conflitos conjugais, uma vez que promove a colaboração dos progenitores. A este propósito, é relevante mencionar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, que considerou que *“a inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole”*¹¹⁸.

¹¹⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-11-2012 - Processo n.º 234/11.2TBVV-A.G1.

¹¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-12-2015 - Processo n.º 6001/11.6TBCSC.L1.6.

¹¹⁸ Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 31-08-2011 - Recurso Especial nº 2011/0084897-5.

Relator(a) Ministra Nancy Andrighi.

Todavia, esta perspetiva parece não ser a mais benéfica. Como foi anteriormente assinalado, existe uma grande probabilidade de a criança se tornar emocionalmente instável, para além de ser muito difícil nestas situações os progenitores definirem diretrizes conjuntas para a educação do filho¹¹⁹. Daí ser de evitar a aplicação da residência alternada nos casos de conflito acentuado entre os pais.

j) O Direito de Vigilância do Progenitor Não Residente

Um dos grandes desafios inerentes ao regime da residência única reside no facto de o progenitor que não partilha a habitação com os filhos poder sentir-se distante do dia-a-dia destes.

É imperativo para o equilíbrio emocional e psicológico das crianças manter uma relação saudável e próxima com ambos os progenitores, após a separação destes. Daí que, um dos critérios de determinação da residência e das visitas assenta na predisposição dos pais em permitir as relações do filho com o outro progenitor, conforme estabelece o artigo nº 1906 (5) do Código Civil.

Em determinados casos, esta predisposição dos pais revela-se árdua, sobretudo durante os primeiros tempos da separação. Cabe ao Tribunal antever se a relação entre os progenitores irá comprometer o convívio e bom relacionamento dos filhos com ambos. É crucial analisar o conflito pré-judicial entre os pais, bem como o seu comportamento durante o processo de atribuição da guarda dos filhos.

Em Portugal, o Código Civil consagra o Direito de Vigilância no artigo nº 1906 (7), estipulando que “*o progenitor que não exerça, no todo ou em parte, a responsabilidade parental assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.*” Isto implica que ambos os progenitores têm o direito de supervisionar o desenvolvimento do filho, mesmo que apenas um deles detenha a guarda. O Direito de Vigilância pode, assim, segmentar-se em duas vertentes: o direito de informação sobre os aspetos da vida do filho e o direito de oposição relativamente a decisões tomadas pelo outro progenitor.

¹¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (Processo nº 3500/10.0TBBRR.L1-6), o qual entendeu que, dada a hostilidade e falta de diálogo entre os progenitores, seria improvável que conseguissem estabelecer diretrizes comuns para a educação dos filhos, sendo que, a aplicação da residência alternada iria agravar ainda mais os conflitos existentes entre os progenitores, o que teria repercussões negativas na saúde mental dos seus filhos.

9. A Posição Jurídica do Progenitor não Residente

9.1. O Direito de Visita

Quando se estabelece a residência única, o Direito de Visita é garantido através da regulação das responsabilidades parentais para o progenitor que não detém a guarda dos filhos, comumente designado como progenitor não residente.

Mesmo sob o regime do exercício unilateral das responsabilidades parentais, o progenitor não residente detém um conjunto de funções e de direitos. Em princípio mantém a titularidade das responsabilidades parentais no que diz respeito aos atos da vida corrente, mas fica sem o “direito ativo de educação”¹²⁰, ou seja, perde a autoridade de decisão. Contudo, há atos que requerem o consentimento de ambos os progenitores, tais como o consentimento para a adoção (art. 1981 (1-c) ° CC), e a escolha do nome próprio e apelido do filho (art. 1875 (2) ° CC).

O Direito de Visita corresponde ao direito de as pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos criarem relações pessoais. Num sentido mais restrito, adequado ao contexto de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, o direito de visita permite que o progenitor não residente mantenha o convívio com o filho, desde encontros esporádicos a estadias prolongadas. Este direito desempenha um papel crucial para o menor, pois permite-lhe fortalecer os seus sentimento e afeição em relação ao progenitor não residente, promovendo uma relação de proximidade.

Ao priorizar o superior interesse do menor, torna-se evidente que o direito de visita do progenitor não residente não deve ser imposto se a criança não o desejar, ou se regressar das visitas psicologicamente abalada¹²¹. No entanto, a jurisprudência tende muitas vezes a considerar o direito de visita como um direito absoluto dos pais, menosprezando a vontade e o bem-estar do menor. Um exemplo notório é o acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10 de outubro de 1997¹²², onde, apesar do desconforto do menor, ordenou-se o direito de visita deste ao pai, no estabelecimento prisional onde se encontrava. Era do conhecimento do Tribunal que o menor vivia um grande momento de instabilidade emocional e de ansiedade, mas mesmo assim, foi tratado como um objeto transferível entre os progenitores.

¹²⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 129.

¹²¹ *Ibidem*, p. 132.

¹²² *Ibidem*, p. 133.

Aquilo que deve ser feito é entender o direito de visita como um direito-dever (e não como um direito absoluto como tradicionalmente), fundado no interesse do menor. Dessa forma, pode ser limitado ou ajustado quando a saúde mental do menor o justifique ou quando este, tendo já alcançado uma idade que lhe permita ter uma certa maturidade, se obstar às visitas^{123 124}. O cerne do direito de visita deve ser a ligação afetiva entre o progenitor e o filho, e não apenas relação biológica e jurídica da filiação¹²⁵.

Para além do interesse do menor, devem ainda valorar os direitos do progenitor residente e o interesse do titular do direito de visita¹²⁶. Embora o bem-estar da criança seja a prioridade, existem circunstâncias em que o direito de visita pode ser modificado ou suspenso, independentemente do seu interesse, como em situações de desconhecimento sobre o domicílio do progenitor não residente, desinteresse manifesto deste pelo filho, ou em casos de doença grave.

9.2. A Consideração da Vontade do Menor no Direito de Visita

A vontade do menor em relação ao direito de visita do progenitor não residente deve ser prioritariamente considerada, desde que a sua idade, discernimento e grau de maturidade assim o justifiquem.

O RGPTC enfatiza a necessidade de se ouvir a criança em qualquer situação que lhe diga respeito, exceto quando ela não possui maturidade suficiente – uma avaliação que cabe ao juiz, com o apoio da assessoria técnica especializada. Especificamente, o artigo nº 5 do RGPTC estabelece regras relativas à audição das crianças, sendo que, a sua opinião deve ser tida em consideração pelas autoridades judiciárias na determinação do seu superior interesse.

A jurisprudência, como evidenciado pelo acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07-02-2008, destaca a importância de se considerar a idade e o grau de maturidade da criança, de modo a avaliar a possibilidade de ser ouvida.

¹²³ Neste sentido decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08.10.2015 (Processo nº 508/05.1TMBRG-A.G), o qual entendeu que a menor de 15 anos não podia ser obrigada a visitar o pai.

¹²⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 134.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 132.

¹²⁶ BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo. *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Op. cit., p. 213.

Existem situações em que o direito de visita não é cumprido por recusa da criança em estar com o progenitor não residente, sendo que, uma execução coerciva deste direito¹²⁷ poderá ser prejudicial para o bom desenvolvimento da criança. Segundo Maria Clara Sottomayor, tais situações devem ser tratadas como um processo de promoção e de proteção de criança em perigo, conforme a Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, ou então como um processo de alteração do regime de visitas, de acordo com o art. 42.º do RGPTC. O objetivo central é entender as motivações da recusa¹²⁸ e encontrar soluções para que tais obstáculos sejam ultrapassados. Embora muitas vezes se entenda que o direito de visita deve ser religiosamente cumprido, impor tal direito coercivamente pode ser prejudicial.

Recentemente, a jurisprudência tem optado por não impor o cumprimento coercivo. Exemplarmente, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22.10.2019¹²⁹ entendeu que:

“3. – Apurado que a recusa da menor assenta numa visão da figura paterna como violenta, em consequência de diversas agressões à mãe da menor, o que a levou a perder a confiança no pai e a ter medo dele, percepção que o acompanhamento especializado da menor não logrou alterar, não é exigível à mãe que obrigue a filha ao contacto que ela perentoriamente rejeita, não podendo a menor ser violentada na sua vontade, a tal se opondo o critério do superior interesse da criança ou do jovem.”

O exercício coercivo do direito de visita pode comprometer ainda mais a relação filho-progenitor não residente, sendo, por isso, recomendado que se desenvolvam ações no sentido de conquista da confiança e afetividade do menor, para que, futuramente, seja possível um exercício pacífico e desejado do direito de visita¹³⁰. Adicionalmente, é de evitar a medida coerciva de “força pública”, que consiste na execução do direito de visita mediante intervenção direta da polícia e dos oficiais de justiça¹³¹. Isto pode causar traumas

¹²⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 166.

¹²⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22-10-2019 - Processo n.º 1014/08.8TMCBRP.C1.

¹³⁰ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09.06.1997 - Processo n.º 9651334, em que se entendeu que o direito de visitas não deveria ser imposto pelo pai contra a vontade da filha, devendo primeiro, conquistar a confiança da filha.

¹³¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., pp. 168-169.

psicológicos na criança, e, conseqüentemente, piorar ainda mais a sua relação com o progenitor não residente.

9.3. Medidas Compulsórias e de Reparação

Conforme discutido anteriormente, a execução forçada do direito de visita não é de todo aconselhável, dado o efeito traumático que pode provocar no menor. Neste contexto, têm surgido diferentes abordagens sobre como lidar com o não cumprimento desse direito.

Existe uma corrente que propõe a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias como forma de punição em situações de incumprimento do direito de visita. No entanto, esta medida é, no geral, pouco eficaz¹³².

Outra abordagem comum é a suspensão do pagamento da pensão de alimentos por parte do progenitor não residente, de forma a pressionar o outro progenitor a cumprir o direito de visita¹³³. Contudo, esta é uma medida negativa, uma vez que a obrigação de alimentos consiste num direito autónomo que deve ser respeitado independentemente das circunstâncias. Neste sentido decidiu o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23.06.2009¹³⁴.

Por fim, a solução mais equilibrada e centrada no bem-estar da criança é oferecer ao progenitor não residente a possibilidade de compensar os dias de visita perdidos, especialmente quando essa perda ocorreu devido a impedimento causado pelo progenitor residente ou a circunstâncias alheias à sua vontade.

Nos casos em que o progenitor não residente é o responsável pelo não cumprimento do direito de visita, pode o outro progenitor invocar, com base nos artigos n.º 41 (4, 7) e 42 (1) da RGPTC, a modificação do exercício das responsabilidades parentais, de forma que seja restringido ou suprimido o direito de visita¹³⁵.

¹³² ALMEIDA, José Carlos Moutinho de. *As Medidas Executivas dos Regimes Reguladores do Poder Paternal*, in *Scientia Iuridica*, XV, 1966, p. 132.

¹³³ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 191

¹³⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23-06-2009 - Processo n.º 238-A/2001.C1.

¹³⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 17.

10. O Direito da Criança ao Convívio com os Ascendentes

Uma relação de proximidade com a chamada “grande família” assume, cada vez mais, uma enorme importância, tendo o legislador optado, em 1995, por conferir no artigo nº 1887.º A, o direito da criança ao relacionamento com os ascendentes e irmãos.

Estamos então perante um direito de visita que se fundamenta em razões de carácter sociológico que consideram a criança como “*fonte de satisfação e de alegria par aqueles que se relacionam com ela*”¹³⁶. A finalidade é a de fomentar os laços entre avós e netos, bem como contribuir para o desenvolvimento saudável da criança. O exercício deste direito é visto como um complemento aos poderes-deveres que os progenitores têm, no que diz respeito à educação e proteção dos seus filhos, devendo sempre ser exercido em consonância com o superior interesse da criança.

O direito de visita dos avós traduz-se na possibilidade de estes estarem com os netos, de acolhê-los nas suas casas, e até mesmo de disfrutarem de fins de semana ou parte das férias juntos. Importa realçar que, sendo titulares de um direito de visita, os avós não detêm um direito de consulta sobre as questões de particular importância da vida dos netos. Ainda assim, mediante delegação dos pais (conforme o art. 1906 (4)º CC), podem exercer atos da vida corrente dos netos, como por exemplo, tarefas educativas ou prestação de cuidados básicos de saúde, alimentação e higiene¹³⁷.

O direito de visita dos avós é especialmente relevante em caso de morte de um dos progenitores ou quebras na estrutura familiar, visto que, muitas vezes há uma separação entre a criança e a parte da família do progenitor que não reside com ela. Relativamente a este segundo caso, e com o intuito de prevenir essa quebra no relacionamento, pode ser regulado o direito de visita dos avós via acordo ou decisão judicial. Assim, invocando o artigo 1887º-A, estes poderão intervir no processo de regulação das responsabilidades parentais, bem como recorrer ao incidente de incumprimento estabelecido no artigo 41.º do RGPTC¹³⁸.

Existem cada vez mais situações em que são os avós a assumir a responsabilidade direta pelos netos, daí o artigo n.º 1887-A ser de máxima importância. Esta norma protege tanto o direito das crianças em manter o relacionamento com os avós, quanto o interesse destes em

¹³⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 256.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 260.

conviver com os netos. Contudo, o interesse da criança prevalece sempre relativamente ao interesse dos avós¹³⁹.

O artigo n.º 1887 -A do CC pode ser interpretado flexivelmente, permitindo a convivência do direito das crianças com outros familiares, como tios, desde que existam fortes laços afetivos entre eles. A título ilustrativo, o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10-11-2016¹⁴⁰, fixou um regime de visitas a favor da tia que cuidou do sobrinho durante muito tempo. Entendeu este Tribunal que “A introdução do art. 1887.º-A, do CC, veio consagrar a necessidade de salvaguarda de relações não estritamente nucleares”, e que “*quis-se, por esta via, deixar aberta a porta a todas as formas de concretização e tutela do superior interesse dos menores, que afasta qualquer legalismo ou predomínio da forma sobre a adequação da decisão ao facto, equidade e justiça*”.

Em caso de conflito entre estes parentes e os pais do menor, o principal critério para determinar o direito de visita vai ser sempre o interesse da criança. Existe uma presunção legal de que o convívio das crianças com os avós é benéfica, portanto, os pais, para impedir a relação dos filhos com os avós, terão de demonstrar que tal relacionamento é prejudicial à criança¹⁴¹.

Em circunstâncias excecionais, e desde que seja do superior interesse da criança, poderá ser atribuída a guarda dos filhos aos avós, conforme o artigo n.º 1907 do CC. A guarda só será atribuída aos avós caso estes demonstrem que os pais não estão em condições de exercer as suas responsabilidades parentais de forma adequada¹⁴², e que a guarda dos netos pelos avós é do seu superior interesse. Além disso, a decisão final cabe sempre ao tribunal, que avaliará a situação de forma casuística.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 262.

¹⁴⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10-11-2016 - Processo n.º 719/08.8TBCL-C.G1.

¹⁴¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 265.

¹⁴² Como exemplo, podemos apontar os casos em que os pais são incapazes de assumir a responsabilidade de cuidar dos filhos, seja por questões de saúde mental ou física, dependência química, entre outras.

11. O Processo de Regulação das Responsabilidades Parentais

A crescente taxa de separações e divórcios em Portugal intensificou a necessidade de uma regulamentação eficaz para a proteção das crianças envolvidas, de forma a assegurar os seus direitos e o seu bem-estar.

A OTM – Organização Tutelar dos Menores, desempenhou um papel crucial no que diz respeito à proteção dos direitos das crianças e jovens em Portugal. No entanto, o objetivo de “*introduzir maior celeridade, agilização e eficácia na resolução desses conflitos, através da racionalização e da definição de prioridades quanto aos recursos existentes, em benefício da criança e da família*”¹⁴³ veio a causar a sua substituição pela Lei nº 141/2015, de 08 de setembro, dando origem ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

O artigo nº 12 da RGPTC estabelece que os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais são de jurisdição voluntária, com foco principal na obtenção de uma solução que salvguarde o interesse das crianças.

O artigo nº 4 delinea os princípios orientadores dos processos tutelares civis, aos quais acrescem os princípios orientadores da intervenção prevista na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) e outros como o da simplificação instrutória e da oralidade, o princípio da consensualização e o princípio da audição e participação da criança. Este preceito almeja a minimização da instrução escrita dos processos, favorecendo, em contraste, o depoimento oral das partes e da acessória técnica aos tribunais.

Relativamente ao princípio da simplificação instrutória e oralidade, previsto na alínea a), este propõe um trâmite do processo tutelar cível onde se favoreçam formas e atos processuais simplificados, de modo que a fase instrutória do processo seja mais ágil.

O princípio da consensualização, indicado na alínea b), valoriza a resolução de disputas familiares através de acordos, com recurso à audição técnica especializada ou à mediação. Este princípio vai ao encontro do artigo nº 13 da CEDC, o qual promove a utilização da mediação ou outras formas de resolução de conflitos quando estão envolvidas crianças, de modo a minimizar conflitos e evitar processos judiciais.

¹⁴³ CASALEIRO, Paulo. “A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais na Ponte Entre o Direito e Outros Saberes” in *Direito da Família - Vária*. Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2018, p. 59.

Por sua vez, o princípio da audição e participação da criança, presente na alínea c), enfatiza a importância de envolver a criança nas decisões que a envolvam, considerando sempre a sua idade e maturidade. Este princípio realça a ideia de que a criança é um ente detentor de direitos, com autonomia progressiva para intervir nas matérias que lhe digam respeito.

Foi com a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que emergiu pela primeira vez o direito de a criança participar ativamente em processos e decisões que lhe digam respeito¹⁴⁴. Contudo, há ainda quem entenda que o direito de participação da criança é uma “*mera proclamação de princípio sem relevância processual real (...)*”¹⁴⁵.

Os procedimentos para a regulação das responsabilidades parentais estão consignados nos artigos n.º 34 a 40 do RGPTC, e visam o superior interesse do menor.

De acordo com o artigo n.º 34, a iniciativa processual para a regulação das responsabilidades cabe aos pais e ao Ministério Público. Já a alínea 3 estabelece que, caso não seja solicitada a homologação do acordo ou se este não for homologado por não proteger o interesse do menor, o Ministério Público é notificado para, num prazo de 15 dias, intentar a ação de regulação das responsabilidades parentais.

Este processo inicia-se com a submissão de um requerimento inicial no tribunal competente. O artigo n.º 35 prescreve que, após o requerimento ou a certidão ser autuado, os pais são convocados para uma conferência, no intuito de se alcançar um acordo acerca do exercício das responsabilidades parentais. Caso haja acordo, o juiz homologa-o por sentença.

Nas situações em que não há consenso, o artigo n.º 38 prevê que o juiz possa decidir provisoriamente sobre o pedido de acordo com as informações já obtidas, suspendendo a conferência e encaminhando as partes para mediação (alínea a) ou audição técnica especializada (alínea b).

Vejamos, de seguida, cada uma destas formas alternativas de resolução de conflitos:

¹⁴⁴ Artigo n.º 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

¹⁴⁵ CLEMENTE, Rosa. *Inovação e Modernidade no Direito de Menores: A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*. op. cit., p. 63-64.

a) Mediação Familiar

A mediação, enquanto forma alternativa de resolução de conflitos, emergiu sobretudo no contexto familiar, em virtude da crescente capacidade das partes para resolverem, elas próprias, as suas divergências¹⁴⁶.

Denominada muitas vezes de “justiça de proximidade”¹⁴⁷, a mediação visa que os ex-cônjuges, auxiliados por um técnico especializado, alcancem um consenso para os conflitos resultantes da sua separação.

Muitas vezes os processos de incumprimento e de alteração dos acordos de regulação das responsabilidades parentais surgem devido à falta de “boa-fé” nos acordos iniciais. Assim, para reduzir a conflitualidade do julgamento e prevenir o incumprimento de sentenças¹⁴⁸, foi instituída a mediação familiar, a qual potencia a adoção de soluções adaptadas a cada situação específica, contribuindo ao mesmo tempo para fomentar a participação e a responsabilidade de ambos os pais¹⁴⁹. No entanto, qualquer acordo alcançado terá de ser homologado pelo Tribunal, o qual averiguará o interesse da criança, conforme o artigo n.º 1906 (5).

Em 1997, Portugal lançou o projeto “Mediação Familiar em conflito parental”, visando implementar um serviço experimental de mediação familiar em matéria de regulação das responsabilidades parentais na Comarca de Lisboa.

Com a lei n.º 133/99, de 28 de agosto, adicionou-se à OTM o artigo n.º 147-D, que permitiu ao juiz determinar, quando apropriado, a intervenção de serviços de mediação – seja por iniciativa própria, ou mediante solicitação dos progenitores.

Em 2007 alargou-se a mediação familiar a outras regiões do país, através da criação do Sistema de Mediação Familiar, o qual facilitou o seu uso e ampliou o seu escopo de intervenção, passando a abranger os “*casos de divórcio e separação de pessoas e bens, conversão da separação em divórcio, reconciliação dos cônjuges separados, atribuição e alteração de alimentos, provisórios ou definitivos, privação do direito ao uso dos apelido do outro cônjuge e autorização do uso dos apelidos do ex-cônjuge ou da casa de morada da*

¹⁴⁶ FARINHA, António H. L. e LAVADINHO, Conceição. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 33.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 35.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴⁹ FARINHA, António. “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais” in *Direito da Família e Política Social*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, p. 194.

familia”.¹⁵⁰ ¹⁵¹ Posteriormente, a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro, introduziu no Código Civil (artigo nº 1774) a obrigatoriedade de a Conservatória do Registo Civil ou o Tribunal informarem os cônjuges sobre a possibilidade de recorrerem à mediação familiar.

Segundo Maria Clara Sottomayor, “*a mediação pretende ser um meio extrajudicial e informal de resolução dos conflitos parentais que estimula a cooperação entre as partes, permite a estas exprimir as suas emoções e elimina a hierarquia que caracteriza a relação juiz/parte e advogado/cliente, revelando-se um processo mais humano do que o sistema judicial*”¹⁵². Dada a singularidade dos conflitos familiares, originados entre pessoas com fortes laços íntimos, a mediação mostra-se extremamente valiosa. Existindo filhos, o convívio entre os progenitores, mesmo depois de separados, terá de continuar a existir, e daí a mediação, como meio de resolução através do diálogo, ser uma excelente forma de assegurar o superior interesse dos filhos e de preservar a relação que une os progenitores¹⁵³.

A mediação familiar encontra-se prevista no artigo nº 24 do RGPTC e obedece a princípios específicos, tais como: consensualidade, voluntariedade, imparcialidade, confidencialidade, celeridade/flexibilidade, respeito, superior interesse da criança e economicidade.

- a) Consensualidade: Este é o princípio mais importante da mediação familiar, encontrando consagração expressa no artigo nº 4 (b) do RGPTC. A mediação procura, acima de tudo, “um resgate da comunicação entre aquelas pessoas cuja relação quebrou”¹⁵⁴.
- b) Voluntariedade: a participação das partes é feita apenas se ambas concordarem, ou seja, o tribunal não tem o poder de forçar a mediação.
- c) Imparcialidade: O terceiro mediador deve ser imparcial e neutro, não favorecendo nenhuma das partes e facilitando a comunicação e negociação equitativa entre elas.

¹⁵⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 52

¹⁵¹ Despacho nº 12 368/97, DR – II Série, cit., p. 15039.

¹⁵² SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., pp. 53 e 54.

¹⁵³ CRUZ, Rossana Martingo. *A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal*, in *Debater a Europa*, 2013, p. 104.

¹⁵⁴ CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de justiça*. Almedina, Coimbra, 2018, p. 54.

- d) Confidencialidade: Na mediação familiar são abordados temas sensíveis e pessoais, daí que a confidencialidade seja um pilar essencial, de modo que seja preservada a intimidade aos intervenientes.
- e) Celeridade/flexibilidade: a mediação familiar tende a ser mais rápida que o litígio judicial, uma vez que, não tendo tantas formalidades, evita os atrasos e a complexidade do sistema judicial. Ao permitir que as partes controlem o ritmo do processo e ao focar na resolução cooperativa de problemas, a mediação pode conduzir a acordos de forma mais eficiente e oportuna.
- f) Respeito: O mediador deve garantir que as partes se tratem com respeito, garantindo assim um ambiente seguro.
- g) Superior interesse da criança: Relativamente a matérias que envolvam os filhos menores, o princípio de base de qualquer discussão e consenso deverá ser sempre o interesse superior dos mesmos. O juiz deverá homologar o acordo obtido por via da mediação apenas se este satisfizer o interessa da criança (art. 24 (3)º RGPTC).
- h) Meio mais económico: as partes não ficam sujeitas aos valores das custas processuais fixadas para uma ação judicial¹⁵⁵¹⁵⁶.

Apesar dos benefícios evidentes, a mediação familiar não é isenta de desafios. Como qualquer processo, apresenta potenciais desvantagens, que podem variar consoante as circunstâncias específicas de cada caso. Desde logo, a possível desigualdade de poder entre as partes. Se existir uma grande disparidade de poder, seja devido a antigos abusos físicos ou psicológicos¹⁵⁷, ou até diferenças significativas de recursos ou conhecimento, a mediação pode ser inapropriada, uma vez que a parte “mais fraca” poderá ter dificuldades em negociar em pé de igualdade¹⁵⁸. A crítica feminista à mediação familiar chama exatamente a atenção

¹⁵⁵ De acordo com o Despacho n.º 18 778/2007, o recurso ao SMF pressupõe o pagamento de uma taxa de €50 por cada parte – cfr. artigo 6.º, n.º 2.

¹⁵⁶ De referir igualmente que, por força da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho (artigo 17.º, n.º 1), a aplicação do regime de apoio judiciário é extensível aos meios de RAL – nesse sentido, cfr. artigo 9.º da Portaria n.º 10/2008, de 03 de janeiro, e o Anexo I da mesma.

¹⁵⁷ COSTA, Andreia Filipa Espinho. *Mediação Familiar*, Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013, p. 25; Farinha, António. “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais” in *Direito da Família e Política Social*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001, pp. 201-202.

¹⁵⁸ FARINHA, António H. L. e Lavadinho, Conceição. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. op. cit., p. 131.

para este problema, uma vez que a mediação acaba por favorecer o homem, pois estes têm muitas das vezes um poder social maior¹⁵⁹.

O ocultamento de informações relevantes também pode comprometer a eficácia da mediação. As partes têm de ser capazes de compartilhar informações de maneira aberta e honesta. Se uma das partes ocultar informações pertinentes, tal irá prejudicar a obtenção de um acordo justo.

A autora Lúcia Vargas destaca ainda a possibilidade de as partes recorrerem à mediação familiar como forma de ganharem tempo sem o intuito de obterem qualquer acordo¹⁶⁰.

Adicionalmente, existem casos em que as emoções estão ainda demasiado intensas para permitir uma mediação eficaz¹⁶¹.

Portanto, embora possua vantagens consideráveis, é crucial estar atento às limitações da mediação. Um mediador altamente qualificado e experiente pode fazer toda a diferença, no sentido de verificar se existem condições¹⁶² para uma mediação justa e eficaz em cada caso concreto. Contudo, há situações em que a mediação se afigura ineficaz. O artigo n° 24 do RGPTC refere que a mediação não é admitida quando:

“a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou
a) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus-tratos ou abuso sexual de crianças.”

Por essas razões, a mediação familiar deve ser usada cautelosamente e de forma pensada¹⁶³.

¹⁵⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 56.

¹⁶⁰ VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. *Julgados de Paz e Mediação: Uma Nova Face da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 86.

¹⁶¹ CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de justiça*. op. cit., p. 78.

¹⁶² O mediador tem o dever de garantir o equilíbrio entre as partes ao longo da mediação, tal como decorre do artigo n.º 6 (1) da Lei da Mediação. Não existindo esse equilíbrio, o mediador deve pôr termo ao procedimento.

¹⁶³ GRILLO, Trina. *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 100, Nº 6, 1991, p. 1550.

b) Audição Técnica Especializada

Refere o artigo nº 23 do RGCPT na alínea 2 que a audiência técnica especializada consiste na “(...) *audição das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que melhor salvaguarde o interesse da criança.*”

Através da audiência técnica especializada (ATE) procura-se aferir a predisposição das partes para alcançar consensos. Após garantido o contraditório, estes consensos são convertidos em acordos pelo tribunal. Caso não se chegue a um consenso, o juiz é informado da avaliação efetuada às competências parentais e disponibilidade de cada progenitor para acordo.

A Audição Técnica Especializada pode ocorrer em três situações distintas: quando as partes envolvidas não conseguem chegar a um acordo; quando não se opte pela mediação; ou então, por diretriz do juiz, por entender que é necessário face ao caso em concreto. Este procedimento é realizado em contexto judicial, sob orientação de um Juiz, sendo de carácter obrigatório apenas quando solicitado por este. Ao contrário da mediação familiar, a ATE não se reveste de carácter confidencial, dado que as informações discutidas são postas ao dispor do Juiz responsável pelo processo.

Relativamente aos princípios que regem a Audição Técnica Especializada, estes encontram-se consagrados na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, aprovada pela Lei nº 142/2015 de 8 de setembro. Dentre eles, destacam-se o superior interesse da criança, a intervenção precoce, a privacidade, a responsabilidade parental, a subsidiariedade, a obrigatoriedade de informação, a audiência obrigatória e participação da criança, a intervenção mínima, a prevalência da família, a proporcionalidade e atualidade, e, por fim, a intervenção mínima.

11.1. O Incumprimento da Regulação das Responsabilidades Parentais

No artigo nº 41 do RGPTC regula-se o incumprimento da decisão judicial ou do acordo do exercício das responsabilidades parentais, seja por parte dos progenitores ou de terceiro a quem a criança tenha sido confiada. Conforme esta norma, o requerimento do

MP ou de um dos progenitores, pode solicitar as diligências necessárias para o cumprimento coercivo do acordado e condenar em multa até vinte unidades de conta, desde que estejam reunidos os pressupostos gerais da responsabilidade civil previstos no artigo nº 483 do Código Civil.

O processo de incumprimento de regulação do exercício das responsabilidades parentais visa verificar um incumprimento culposo/censurável das obrigações emergentes de regime parental definido, e a realização de diligências para o seu cumprimento coercivo¹⁶⁴. É necessário que um dos progenitores cometa uma ação ilícita e culposa, conforme elucidado pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-09-2010¹⁶⁵:

“Só existe incumprimento do poder paternal relevante, no que ao direito de visitas diz respeito, quando a mãe tiver criado intencionalmente uma situação reiterada e grave, culposa, que permita assacar-lhe um efectivo juízo de censura”.

Relativamente ao incumprimento do regime de visitas, a Lei nº 61/2008, de 31 de outubro introduziu alterações tipificaram como “crime contra a família” o incumprimento do regime estabelecido para a convivência do menor. O artigo nº 249 (1-c) do Código Penal sanciona este crime com uma pena de prisão de um mês a dois anos ou pena de multa até 240 dias. Segundo Maria Clara Sottomayor, a criminalização do incumprimento do regime de convivência visa, principalmente, incentivar o relacionamento do menor com o progenitor não residente e combater as situações em que este é obstaculizado, seja pelo progenitor residente ou pela relutância do próprio menor¹⁶⁶.

Júlio Barbosa e Silva considera que esta norma abrange tanto as situações em que o progenitor residente não entrega o menor ao outro para o exercício do direito de convivência, como as situações em que o progenitor não residente não entrega o menor após a sua visita, e ainda os casos em que o progenitor não residente não cumpre o direito de visita¹⁶⁷.

¹⁶⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 161-162.

¹⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-09-2010 – Processo nº 1169/08.1TBCSC-A.L1-1.

¹⁶⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., pp. 171-172

¹⁶⁷ BARBOSA E SILVA, Júlio. *Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: Nada se Perde, Algo se Transforma – o crime de subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2 do Código Penal*, in Revista do CEJ, N.º 14, 2010, p 268.

Por outro lado, André Lamas Leite entende que esta norma visa proteger o bem jurídico do direito ao exercício “(...) *sem entraves ilícitos dos conteúdos ínsitos às responsabilidades parentais e, de modo reflexo, o interesse do próprio menor no adimplemento de uma decisão que, nos termos da lei, surge - ou deve surgir - como aquela que melhor acautela esses interesses.*”¹⁶⁸

Maria Clara Sottomayor, porém, vê a norma como excessiva, uma vez que estabelece uma sanção penal severa para ações que não são suficientemente graves ao ponto de constituírem crime. Argumenta a autora que existem outros meios mais apropriados para proteger o bem jurídico em questão, como a mediação familiar¹⁶⁹.

Nos casos em que ainda não está estabelecido o exercício das responsabilidades parentais, a doutrina diverge. Alguns autores defendem que, em situações de separação de facto entre os progenitores, encontramos-nos numa esfera livre de interferência judicial criminal¹⁷⁰. Em contrapartida, outros consideram que, mesmo nesses cenários, a tutela penal deve ser aplicada, pois não seria lógico que a proteção penal concedida ao menor fosse condicionada pela separação dos pais¹⁷¹. Aliamo-nos a esta última visão, uma vez que a essência da norma reside na proteção do superior interesse da criança. Assim, esse interesse deve ser protegido, sob pena de estarmos perante uma lacuna de punibilidade. Na mesma linha de raciocínio, Faria Costa sublinha que a necessidade de tutela está relacionada “*com a ideia de que os bens jurídicos, porque comunitariamente reconhecidos, devem ser protegidos – tutelados – pelo direito penal*”¹⁷².

¹⁶⁸ LEITE, André Lamas. *O Crime de subtração de menor – uma lacuna do reformado art. 249.º do Código Penal*, in Revista JULGAR, 2009, p. 116.

¹⁶⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., pp. 172-173

¹⁷⁰ LEITE, André Lamas. *O Crime de subtração de menor – uma lacuna do reformado art. 249.º do Código Penal*. ob.cit., p. 118.

¹⁷¹ BARBOSA E SILVA, Júlio. *Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: Nada se Perde, Algo se Transforma – o crime de subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2 do Código Penal*. ob.cit., p. 270.

¹⁷² COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 4.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 173.

12. A Saúde das Crianças, em Especial, Durante a Pandemia Covid-19

12.1. A (In)capacidade dos Menores e os Atos Médicos

12.1.1. A Menoridade como uma Incapacidade Geral do Exercício de Direitos

Nos termos do artigo n.º 122 do Código Civil, considera-se menor quem ainda não tiver completado dezoito anos de idade. Devido à sua “*imaturidade biológica, reflexível, ética, social e afetiva*”¹⁷³, a criança é um ser dotado de especial fragilidade. Assim, entende-se que até completarem a maioridade, aos 18 anos, devem permanecer sob proteção mediante uma incapacidade geral de agir, conforme os artigos n.º 122 e 123 do Código Civil. A incapacidade inerente à menoridade é suprida pelo poder paternal (art. 124º do Código Civil).

Na maioria dos casos, são os pais que exercem os direitos dos seus filhos, através do regime das responsabilidades parentais, sendo a saúde das crianças um dos aspetos de maior importância dentro deste regime. Incube aos pais, ao abrigo das responsabilidades parentais, a função de zelar pela saúde dos filhos, conforme delineado pelo artigo n.º 1878 CC, ensinando-os a cuidar do seu próprio bem-estar e assumindo todas as despesas relacionadas com a saúde destes, como preconizado no artigo 1879º CC.

No âmbito da saúde, a prestação de cuidados médicos às crianças envolve uma pluralidade de intervenientes: desde a criança em si, passando pelos pais (que muitas vezes não estão de acordo entre si), os profissionais de saúde, comissões de ética e até o próprio Estado, representado pelo Ministério Público¹⁷⁴.

Relativamente ao consentimento para atos médicos, a lei portuguesa não regula de forma direta, embora o Código Deontológico da Ordem dos Médicos, no artigo 21º, classifique os menores como “*doentes incapazes de dar o consentimento*”, sem fazer qualquer distinção de idade. Contudo, parte da doutrina¹⁷⁵ entende que os menores devam poder prestar consentimento a partir dos 16 anos, caso tenham discernimento suficiente para avaliar o

¹⁷³ ALMEIDA, Filipe Nuno Alves dos Santos. “*Vulnerabilidade na prática Clínica da Saúde da Criança*”, in Revista Brasileira de Bioética, 2006, p. 242.

¹⁷⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da Criança, Capacidade e Sujeição a Responsabilidades Parentais*. Lisboa: Gestlegal, 2021, p. 14.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Guilherme de. *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in Temas de Direito da Medicina. Coimbra Editora, 1999, p. 241-241.

sentido e alcance do mesmo, fundamentando-se no artigo nº 38 (3) do Código Penal. Esta norma harmoniza-se com o disposto no artigo nº 1878 (2) do Código Civil, o qual afirma que deve ser dada aos filhos uma “autonomia progressiva”¹⁷⁶.

É, assim, necessário distinguir entre as intervenções que constituem questões de particular importância e que necessitam do consentimento de ambos os pais (e até o consentimento do próprio menor), daquelas que se enquadram como atos da vida corrente. Para isso devem ser observados múltiplos critérios como a gravidade, necessidade e potenciais consequências¹⁷⁷. Em determinadas intervenções, o poder cabe ao próprio menor, dependendo da sua maturidade.

Quando estamos perante um transplante ou colheita de órgãos, a magnitude do ato exige o consentimento de ambos os progenitores, conforme delineado pelo artigo nº 8 (3) da Lei nº 12/93, de 22 de abril. Portanto, estamos perante uma questão de particular importância. Contudo, e como analisaremos mais à frente, se o menor possuir capacidade de entendimento e de manifestação de vontade, a dádiva e colheita de tecidos ou órgãos necessita da sua concordância (art. 8 (3) da Lei nº 12/93, de 22 de abril).

Quanto a colheitas *post mortem*, alerta o artigo nº 10 da Lei n.º 12/93, de 12 de abril que é necessário o consentimento de ambos os progenitores, sendo que, o próprio menor tem de consentir se tiver capacidade de entendimento e manifestação de vontade.

Relativamente às intervenções cirúrgicas, seguindo o entendimento de Helena Gomes de Melo, nem todas devem ser classificadas como atos de particular importância. É consensual que os procedimentos perigosos para o menor são enquadrados como atos de particular importância. Contudo, há certas intervenções que, ainda que se revelem necessárias, comportam um risco mínimo, e, por isso, são consideradas como atos da vida corrente. Incluem-se neste grupo, por exemplo, a remoção de sinais, implante dentários e as cirurgias de remoção de amígdalas. Adicionalmente, certas intervenções cirúrgicas de carácter estético, e que não apresentam grandes riscos, são também integradas neste grupo. No entanto, cirurgias como lipoaspirações ou mamoplastias de aumento devem ser

¹⁷⁶ LEITE, Hugo Henriques. *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 175.

¹⁷⁷ GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D'OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. op. cit., pp. 142-143.

consideradas como atos de particular importância, devido aos seus riscos e por não serem recomendáveis a jovens¹⁷⁸.

Existem, porém, certas situações em que há divergência de opiniões quanto a saber se constitui um ato de particular importância ou um ato da vida corrente. Tome-se, por exemplo, o procedimento cirúrgico relacionado com a apendicite, que, embora recorrente, apresenta sempre pequenos riscos. Maria de Fátima Abrantes Duarte¹⁷⁹ posiciona-se no sentido de que tais situações devem ser enquadradas como atos de particular importância. Contrapondo-se a essa visão, a doutrina francesa tende, em geral, a classificar estas cirurgias como atos da vida corrente devido aos poucos riscos que apresenta¹⁸⁰.

No que toca às questões médicas correntes, tais como consultas médicas, escolha do profissional de saúde, e a opção entre o serviço público ou privado, estas enquadram-se como atos da vida corrente, e, portanto, não é necessário o consentimento de ambos os progenitores. No entanto, a escolha entre um estabelecimento de saúde privado ou público pode, em determinadas circunstâncias, integrar uma área ambígua do conceito de questões de particular importância. Esta problemática problema ganha relevo, sobretudo, quando se discutem pagamentos avultados, e quando estejam em causa situações em que o recurso ao serviço público é ineficiente ou demasiado lento.

Relativamente a esta questão, o Tribunal da Relação de Guimarães¹⁸¹ decidiu que não constitui questão de particular importância para a vida do filho a prestação corrente de cuidados de saúde, designadamente consultas médicas, administração de medicamentos e tratamentos dentários, salvo se para ele comportarem risco para a sua vida ou integridade física, pelo que a decisão quanto a essas questões cabe apenas ao progenitor residente. No caso, uma mãe intentou um incidente de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais contra o pai do seu filho alegando que este não tinha procedido ao pagamento do valor devido da pensão de alimentos, nem ao pagamento de 50% das despesas extraordinárias com o menor. O pai reconheceu que, devido a dificuldades económicas, deixara de conseguir pagar a pensão de alimentos acordada e que ainda não tinha conseguido

¹⁷⁸ GOMES DE MELO, Helena; RAPOSO, João Vasconcelos; CARVALHO, Luís Batista; BARGADO, Manuel do Carmo; LEAL, Ana Teresa; D'OLIVEIRA, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. op. cit., p. 143.

¹⁷⁹ DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O poder paternal: Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*. Op. cit., pp. 162 – 163.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 162, nota 206.

¹⁸¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-03-2021 - Processo nº 1108/13.8TBCHV-A.G1.

regularizar a situação. Alegou, ainda, que, em relação às despesas de saúde e escolares, nunca lhe tinha sido enviado qualquer comprovativo das mesmas, nem sido reclamado o seu pagamento e que, em relação às despesas médicas, não era responsável pelas mesmas, uma vez que o menor tinha ao seu dispor médico de família, sem necessidade do recurso sistemático a médicos particulares que a mãe decidira fazer, sem o consultar. O mesmo aconteceu com as despesas em atividades extracurriculares. O incidente foi julgado parcialmente procedente, tendo o tribunal concluído que o pai tinha em dívida 8.750 euros a título de pensão de alimentos e 824,20 euros correspondente a metade das despesas extraordinárias de educação e saúde do menor. Inconformado, o pai recorreu para o Tribunal da Relação de Guimarães, insurgindo-se contra a sua condenação no pagamento das despesas efetuadas exclusivamente no sistema privado de saúde, defendendo que a escolha do sistema de saúde constituía uma questão de particular importância a ser decidida conjuntamente por ambos os progenitores. O Tribunal da Relação de Guimarães julgou parcialmente procedente o recurso, reduzindo para 657,54 euros o montante devido a título de despesas extraordinárias de educação e saúde do menor. Decidiu-se que não constitui questão de particular importância para a vida do filho a prestação corrente de cuidados de saúde, designadamente consultas médicas, administração de medicamentos e tratamentos dentários, salvo se para ele comportarem risco para a sua vida ou integridade física, pelo que a decisão quanto a essas questões cabe apenas ao progenitor residente.

Ainda dentro do âmbito das consultas médicas, nos dias de hoje, a saúde mental ocupa um lugar de máxima importância na sociedade. Assim sendo, deverão as consultas de psicologia ser consideradas como uma questão de particular importância? Observe-se, a este respeito, o acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25.09.2018¹⁸², com o qual concordamos, em que o recorrente sustenta que os seus filhos frequentam consultas de psicologia clínica, sem orientação médica e por decisão unilateral da mãe, indiferente à sua posição. Entende este progenitor que não pode ser afastado de questões delicadas como o diagnóstico e tratamento de eventuais perturbações mentais dos filhos, nem deixar de ser voz ativa na promoção de eventuais mudanças de comportamento dos menores. Argumenta ainda que, se são os pais que tomam as decisões relacionadas com a saúde física e a educação académica dos filhos menores, e sendo estas questões de particular importância, então o acompanhamento psicológico deve ser enquadrado na mesma categoria – devendo por isso,

¹⁸² Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-09-2018 - Processo nº 4597/16.5T8PRT-C.P1.

a frequência de consultas de psicologia por parte dos menores ser considerada uma questão de particular importância.

Porém, o Tribunal da Relação decidiu que a submissão dos menores a consultas de psicologia clínica deve ser considerada, nos dias de hoje, como um ato da vida corrente, por se ter tornado bastante comum para os pais a elas recorrerem em casos de inadaptação social ou emocional dos filhos. Assim, é prudente confiar-se o poder de decisão ao progenitor com quem as crianças vivem, que, presumivelmente, conhecerá melhor as suas necessidades psicológicas.

É fundamental, no entanto, que o progenitor não residente esteja devidamente informado de tudo aquilo que se passa nas consultas do filho, como por exemplo, os medicamentos prescritos ou o diagnóstico a que se chegou. Assim se cumpre o exposto no artigo n.º 1906 (7) do Código Civil.

Outra matéria relevante é a utilização de métodos contraceptivos por menores de 18 anos, sendo que, a decisão vai depender muito do método em causa. Se falarmos de preservativos, o seu uso não apresenta qualquer risco para a saúde, e o seu uso é comum e vantajoso. Contudo, em relação à pílula, dada a sua influência no organismo feminino, é pertinente que exista o consentimento de ambos os progenitores, embora a opinião médica prevaleça.

Ainda sobre este tema, está consagrado o direito de livre acesso dos jovens a consultas e outros serviços de planeamento familiar. Tal direito confere aos jovens uma “maioridade especial”, emancipando-se da tutela legal inerente à menoridade¹⁸³.

Ainda dentro do âmbito da vida sexual do menor, ao analisarmos o artigo n.º 173 do Código Penal, constata-se que estamos perante um ilícito criminal se o ato sexual tiver sido praticado por maior com menor entre os catorze e os dezasseis anos. Assim, reconhece-se ao maior com mais de dezasseis anos a capacidade de autodeterminação sexual.

Esta questão conduz-nos a uma temática ainda mais complexa: as interrupções voluntárias da gravidez. Em menores de dezasseis anos, este tema representa indubitavelmente uma questão de particular importância, dadas as significativas implicações futuras que acarreta. Porém, após atingir os dezasseis anos, compete à própria menor decidir.

¹⁸³ RIBEIRO, Geraldo Rocha. “Lex Medicinæ”, in *Revista Portuguesa de Direito e Saúde*, ano 7, nº 14, 2010, p. 113.

Consoante a Lei sobre a Educação e Planeamento Familiar (Lei n.º 3/84, de 24 de março), o artigo n.º 13 estabelece que o Estado e as autarquias locais devem promover a criação de centros de apoio aos jovens em matéria de planeamento familiar. Note-se que a lei não especifica uma idade mínima, apenas usando a expressão “jovens em idade fértil”. Deste modo, reconhece-se ao menor o direito à sua autodeterminação sexual, de acordo com a sua maturidade¹⁸⁴.

No que concerne à vacinação, este é um tema que, sobretudo desde 2020, ganhou visibilidade. Ora, se estivermos perante uma criança incluída num grupo de risco, tal situação configura uma questão de particular importância, e em caso de desacordo, deve ser o Tribunal a decidir com base nas indicações médicas. Se estivermos perante uma criança saudável, em regra, a decisão quanto à vacinação deve ser tomada apenas pelo progenitor guardião. É claro que, num tema tão sensível como este, deve-se sempre aferir a situação em concreto e estudar as circunstâncias específicas do caso. Aprofundaremos este tópico adiante.

12.1.2. Os Atos Médicos Enquanto Violações da Integridade Física – O Consentimento Informado das Crianças

O consentimento informado, no contexto médico, é um conceito de extrema relevância. André Dias Pereira¹⁸⁵, define-o como o mecanismo que assegura os interesses e os fins médico-terapêuticos, harmonizando-os com a vontade e autodeterminação dos utentes.

Em muitas ocasiões, uma intervenção médica implica uma violação da integridade física do paciente. Este direito, de extrema importância, encontra-se garantido constitucionalmente, assim como se encontra previsto no artigo n.º 70 (1) do Código Civil como um direito de personalidade.

No entanto, em contexto médico, a violação do direito à integridade física é afastada através do consentimento dado pelo paciente para a prática de tais atos, conforme

¹⁸⁴ OLIVEIRA, Guilherme de. *Proteção de Menores. Proteção Familiar*, in *Temas de Direito da Família*, 1. Coimbra Editora, 1999, p. 274.

¹⁸⁵ PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 56.

preceituado pelo artigo n.º 340º do Código Civil¹⁸⁶. Assim, o médico fica autorizado a realizar uma certa intervenção ou tratamento num utente¹⁸⁷.

Cada intervenção individual que infringe a nossa integridade física deve ser consentida. Por essa razão, afirma-se que, para ser válido, o consentimento deve ser específico, informado, consciente, ponderado, livre e legal. No entanto, em muitos momentos do quotidiano, o nosso consentimento é implícito. Por exemplo, numa simples ida ao dentista, acabamos por consentir tacitamente na violação da nossa integridade física.

O consentimento presumível encontra a sua fundamentação no artigo n.º 340 (3) do CC onde se afirma que se *“tem (...) por consentida uma lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível.”* Não há, portanto, ilicitude quando a violação da integridade física é feita com o intuito de salvar a vida do paciente.

Voltando à questão inicial, cabe perceber se o menor pode decidir por si. Este tem capacidade para consentir apenas se possuir *“suficiente maturidade para a avaliação das respetivas consequências”*¹⁸⁸. Assim sendo, um menor pode prestar o seu consentimento se *“entender plenamente o significado do seu ato”*¹⁸⁹.

Contudo, as crianças não podem celebrar negócios relativos à prestação de cuidados médicos, sendo necessária a atuação do seu representante legal¹⁹⁰. Mesmo assim, deve admitir-se, em respeito ao artigo n.º 1878 (2) do CC, o chamado “consentimento tolerante do menor”. Imagine-se uma situação em que, uma criança de 11 anos, após várias idas ao dentista juntamente com os seus pais, obtém autonomia para ir sozinha na consulta seguinte. Ou então uma criança que sofre uma lesão na escola e sujeita-se a primeiros socorros.

Estas são situações em que, apesar da ausência formal de um consentimento, este pressupõe-se, devido ao contexto específico. E é fundamental que, mesmo em situações onde se dá ao menor esta autonomia crescente, os seus direitos e superior interesse sejam sempre a prioridade.

¹⁸⁶ Neste sentido, Carlos Mota Pinto explica que “a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não impede a eventual relevância de um consentimento do lesado: este não produz a extinção do direito e tem um destinatário que beneficia dos seus efeitos”.

¹⁸⁷ MARTINS, Rosa Cândida. “A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e Sucessões. Coimbra Editora, 2004, p. 805.

¹⁸⁸ DE CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, pp. 205 e 206.

¹⁸⁹ HORSTER, Heirich Ewald e MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. *A Parte Geral do Código Civil Português*. 2.º Edição, Almedina, 2019, p. 270.

¹⁹⁰ DE CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. Op. cit., pp. 205 e 206.

A situação torna-se mais difícil quando nos deparamos com atos médicos de elevada complexidade como é o caso de procedimentos que contrariam a orientação religiosa do menor. Se este tem menos de dezasseis anos, a decisão cabe aos pais, mas se estes decidirem contra o interesse do menor, o médico pode realizar a intervenção. Se o menor já tiver ultrapassado os dezasseis anos de idade e decidir, por exemplo, recusar uma transfusão de sangue, a sua decisão deve ser respeitada, desde que tenha sido informado dos potenciais riscos associados à sua escolha. Importa aqui ponderar cuidadosamente a capacidade do menor para consentir em atos médicos de forma geral. O artigo n.º 38 (3) do Código Penal dispõe que o consentimento exclui a ilicitude do ato, desde que o menor tenha mais de dezasseis anos e detenha discernimento necessário para compreender o significado e alcance do seu consentimento. Se o consentimento do menor for válido e eficaz, o médico ou pessoa autorizada não incorrerá em ilícito criminal, previsto no artigo 156.º do Código Penal, relativo a crimes contra a liberdade pessoal¹⁹¹. Dado que não existe uma disposição específica no Código Civil que contemple capacidade dos menores para consentir em atos médicos, a doutrina predominante entende que o critério aplicável deve ser extraído do disposto no artigo 38 (3).º do Código Penal. Isso significa que a lei penal dá relevância ao consentimento do menor desde que este tenha mais de dezasseis anos e possua maturidade para tal. Cabe ao médico avaliar se o menor com mais de dezasseis anos está em condições de consentir, sendo que, tal variará consoante o caso em concreto. No entanto, é incontornável que o marco temporal definido pelo legislador é o dos dezasseis anos, coadunando-se com o que foi estipulado no que concerne à autodeterminação sexual e à interrupção voluntária da gravidez. O artigo 38 (3).º do Código Penal determina que, para que um menor possa dar o seu consentimento a intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos, deve ter mais de 16 anos e possuir "*o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta*". Assim, caso o consentimento do menor se revele válido e respeite os referidos requisitos, o médico ou pessoa legalmente autorizada não cometerá o crime previsto no artigo 156.º do Código Penal, intitulado de "intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários". Saliente-se que, até 2007, a idade limite era de 14 anos, tendo sido alterado de modo a garantir uma maior proteção da criança no âmbito dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual de menores, alinhando-se assim

¹⁹¹ MOREIRA, Sónia. "A Capacidade dos Menores Para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa", in *Anuário de Direitos Humanos*, nº 0, 2017, p. 156.

com as diretrizes da União Europeia. No entanto, esta alteração não é isenta de críticas, visto que impede menores de 14 e 15 anos, com capacidade natural, de decidir por si. Apesar disso, há questões complexas a considerar, como o interesse do menor, dos pais, da sociedade e dos profissionais de saúde, bem como a necessidade de se definir um limite etário.

Em regra, confere-se aos maiores de dezasseis anos a capacidade para consentir em intervenções médicas; contudo, para intervenções de menor gravidade, a capacidade poderá ser apurada. Alguns autores, tais como André Dias Pereira, defendem que a capacidade para consentir em intervenções médicas só se aplica ao assentimento do menor, e não ao seu dissentimento¹⁹². Outros, contudo, sustentam que, caso um menor recuse um tratamento, mesmo após ser devidamente esclarecido, tal postura pode ser sintomática de uma falta de capacidade natural para decidir, devendo a sua recusa ser afastada, prevalecendo o poder de decisão dos pais. Em Portugal, vigora um conjunto normativo que delimita a capacidade do menor em consentir ou recusar intervenções médicas no seu próprio corpo. A título ilustrativo, o artigo n.º 8 (4) da Lei nº 12/93, de 22 de abril prevê que a colheita e transplante de órgãos e outras substâncias em menores dotados de capacidade de discernimento e de manifestação de vontade dependem da concordância destes. Esta disposição traduz-se na ideia de que, mesmo não tendo o menor idade mínima para consentir, ele pode, ainda assim, exercer um "direito de veto", desde que detenha capacidade para tal. Relativamente à interrupção involuntária da gravidez, ainda que incumba aos progenitores autorizar o procedimento médico em representação da menor com idade inferior a dezasseis anos, isso não a legitima a ser compelida a interromper uma gravidez contra a sua vontade, salvo quando estiver em risco a sua saúde ou vida.

No entanto, estender indiscriminadamente o direito de veto do menor a todos os atos médicos pode ser problemático, tendo em conta que o interesse objetivo do menor em sobreviver pode ser contraposto ao seu interesse subjetivo. Em cenários de conflito, como no caso de um menor que se recusa a amputar uma perna mesmo que essa intervenção seja necessária, a decisão final caberá aos pais. No entanto, estes devem ter sempre em consideração a vontade do filho e, em determinadas circunstâncias, pode até ser necessária a intervenção do tribunal.

¹⁹² PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*. Op. cit., p. 320-322.

12.1.3. A Recusa Parental de Intervenção Médica – O Conflito entre o Direito dos Pais à Liberdade Religiosa e o Direito das Crianças à Saúde

Existem, fundamentalmente, duas grandes motivações que podem conduzir à recusa parental no que diz respeito às intervenções médicas: motivações médicas e não médicas¹⁹³.

As motivações médicas dizem respeito a opiniões e estudos que põem em causa um ato médico proposto para uma situação específica. Por outro lado, as razões não médicas estão relacionadas com convicções filosóficas ou religiosas¹⁹⁴. A recusa parental de intervenção médica por razões médicas encontra-se dentro dos limites ao exercício das responsabilidades parentais¹⁹⁵, pelo que, importa analisar o tipo de recusa motivado por razões não médicas.

Um dos casos mais emblemáticos é o “*People Ex Rel. Wallace v. Labrenz*”¹⁹⁶, em que uma criança foi submetida a uma transfusão de sangue contra a vontade dos pais, que eram Testemunhas de Jeová. Foi intentada uma ação judicial para retirar a criança aos pais e confiá-la a um tutor nomeado pelo Tribunal até ser realizada a transfusão de sangue.

Em Portugal, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, defende que, independentemente de uma eventual oposição de pais com fundamento religioso, é justificável a administração de sangue com o intuito de salvar a vida da criança e impedir o desenvolvimento de sequelas, ainda que, em determinados casos, seja necessário a intervenção dos tribunais¹⁹⁷:

*“10. Os doentes interditos ou com anomalia psíquica e os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde, pelo que são justificados os atos terapêuticos para os quais não foi obtido consentimento e que se destinam a salvar a sua vida ou prevenir sequelas, designadamente a administração de sangue e hemoderivados.
11. Nas situações anteriores deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da*

¹⁹³ PINHEIRO, Jorge Duarte. Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança: Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?. Lisboa: Gestlegal, 2020, p. 61.

¹⁹⁴ Existem numerosas crenças religiosas que se opõem a certos atos médicos, como por exemplo, os Testemunhas de Jeová ou os Amish.

¹⁹⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte. Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança: Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?. Op. cit., p. 62.

¹⁹⁶ *People Ex. Rel. Wallace v. Labrenz*, 411 I11.618 (1952).

¹⁹⁷ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. *Parecer nº 46 Sobre Objeção ao Uso de Sangue e Derivados Para Fins Terapêuticos por Motivos Religiosos*. Presidência do Conselho de Ministros, 2005.

beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado.”

Esta posição encontra-se em consonância com a Lei da Liberdade Religiosa, que estabelece no artigo 11 (1)º que *“os pais têm o direito de educação dos filhos em coerência com as próprias convicções em matéria religiosa, no respeito da integridade moral e física dos filhos e sem prejuízo da saúde destes”*. Por outras palavras, em situações de conflito entre as convicções religiosas dos pais e a necessidade de certo tratamento médico relativamente ao filho, prevalece, indubitavelmente, a saúde da criança¹⁹⁸.

O parecer nº 8/91 da Procuradoria-Geral da República desvaloriza as opiniões dos pais (sejam elas filosóficas, religiosas, éticas, ideológicas, etc) quando estes se recusam a internar os filhos menores no hospital¹⁹⁹, configurando tal ato um abuso de direito, nos termos do artigo nº 334 do CC.

Segundo o artigo nº 1878 (1) do Código Civil, cabe aos pais zelar pela segurança e saúde dos filhos, ou seja, a recusa parental de submeter o filho a tratamento médico necessário constitui uma violação a esta norma. Os pais, enquanto titulares das responsabilidades parentais, não têm o direito de colocar em perigo a saúde dos filhos opondo-se à prestação de cuidados de saúde essenciais²⁰⁰.

Após a votação do parecer nº 8/91 ocorreram alterações legislativas de grande relevância, tal como a entrada em vigor da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP) e o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC). Segundo o artigo 3 (1)º da LPCJP, *“a intervenção para promoção dos direitos e proteção da criança e jovem em perigo tem lugar quando os pais, o representante legal ou quem tenha a guarda de facto ponham em perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou quando esse perigo resulte da ação ou omissão de terceiros ou da própria criança ou do jovem a que aqueles não se oponham de modo a removê-lo”*. O artigo nº 34 da mesma lei refere-se ao objetivo das medidas de promoção e proteção dos jovens, e entre elas (alínea b) encontra-se a finalidade de proteger e promover a sua saúde.

¹⁹⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte. Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança: Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?. Lisboa: Gestlegal, 2020, p. 72; Pinheiro, Jorge. Religião e Direito da Família, in *Revista de Direito Público*. VI Nº12, 2014, p. 93.

¹⁹⁹ Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 8/91, nº 9.1., de 16.01.1992, nota 42.

²⁰⁰ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança: Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos ?*. Op. cit., p. 79-80.

Os procedimentos urgentes estão regulados nos artigos nº 91 e 92 da LPCJP. O artigo nº 91 privilegia a opinião médica, em detrimento da vontade parental.

Na Jurisprudência, vários casos têm levantado o debate acerca da preeminência dos direitos do menor versus as convicções religiosas. No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.09.2021, um jovem de dezasseis anos, diagnosticado com leucemia aguda e internado no IPO de Lisboa, necessitava urgentemente de transfusões de sangue. Contudo, tanto ele como os pais, se opunham a tal procedimento uma vez que eram Testemunhas de Jeová. Face à urgência e à situação crítica, a questão central era determinar o peso da decisão do menor, considerando a sua idade. O Tribunal reconheceu que *“os menores com idade superior a 16 anos têm efetivamente uma capacidade de exercício de direitos mais alargada, de acordo com a sua presumível maior maturidade para compreender as consequências dos seus atos. Ainda assim, a lei não presume a sua plena capacidade natural para o exercício dos seus direitos”*²⁰¹. Assim, manteve-se a decisão da 1º instância em autorizar a administração das transfusões sanguíneas necessárias ao tratamento do menor, sob o entendimento de que o direito à vida prevalece sobre qualquer convicção religiosa.

Já o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.05.2020²⁰² decidiu atribuir apenas à mãe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos de particular importância, dada a histórica conduta violenta do pai. O facto de a mãe ser crente na religião Jeová não influenciou a decisão, uma vez que *“Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos, com a ressalva de que não seja posta em causa a sua integridade física e moral”*.

Observando o panorama internacional, a jurisprudência brasileira também enfatiza a primazia do direito à vida e saúde do menor, em detrimento da convicção religiosa dos pais. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁰³ entendeu que *“A liberdade de crença apenas garante a manifestação da religião em todas as suas formas se não ofendidos outros valores”*.

²⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2021 – Processo nº17922/21.8T8LSB.L1-7

²⁰² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.05.2020 – Processo ° 40/18.3T8MFR-A-7.

²⁰³ Apelação Cível nº.: 007253-20.2013.8.19.0021.

12.1.4. Intervenções Médicas Solicitadas pelos Pais – Cuidados Paliativos e Cuidados Intensivos

No que diz respeito às intervenções médicas solicitadas pelos pais, esta questão torna-se passível de debate, em particular quando tais solicitações visem prolongar a vida, independentemente do que pode ser considerado por “boas práticas” pelos profissionais de saúde. Referimo-nos concretamente aos casos de tratamentos fúteis, da obstinação terapêutica ou distanásia.

Hoje em dia, essas práticas tendem a ser evitadas, uma vez que não conferem benefícios ao paciente, sendo frequentemente consideradas contrárias aos princípios éticos da medicina. Quando confrontados com um paciente em estado terminal ou com uma patologia incurável, a prestação de cuidados paliativos torna-se a abordagem mais indicada²⁰⁴. Estes procuram, através de uma abordagem multidisciplinar, proporcionar conforto, aliviar sintomas, e melhorar a qualidade de vida do paciente. Neste sentido, prevê o artigo nº 66 do Código Deontológico da Ordem dos Médicos que:

“1 — Nas situações de doenças avançadas e progressivas cujos tratamentos não permitem reverter a sua evolução natural, o médico deve dirigir a sua ação para o bem-estar dos doentes, evitando a futilidade terapêutica, designadamente a utilização de meios de diagnóstico e terapêutica que podem, por si próprios, induzir mais sofrimento, sem que daí advenha qualquer benefício.

2 — Os cuidados paliativos, com o objetivo de minimizar o sofrimento e melhorar, tanto quanto possível, a qualidade de vida dos doentes, constituem o padrão do tratamento nas situações a que o número anterior se refere”.

A Carta dos Direitos da Criança em Fim de Vida sublinha que estas têm o direito a cuidados paliativos “*que respeitem o seu melhor interesse e evitem práticas fúteis ou desproporcionadas e o abandono terapêutico*”.

Optar entre cuidados intensivos e cuidados paliativos para crianças em estado terminal figura entre as decisões mais árduas para pais e profissionais de saúde. As implicações éticas

²⁰⁴ PINHEIRO, Jorge Duarte. Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança: Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?. op. cit., pp. 97-98; Loureiro, João Carlos. *Saúde no Fim de Vida: Entre o Amor, o Saber e o Direito*. XX Encontro Nacional da Pastoral da Saúde, 2007, pp. 46-47

e legais inerentes são complexas e envolvem a necessidade de equilibrar o desejo de prolongar a vida da criança com a manutenção da sua qualidade de vida

12.2. O Impacto da Covid-19 nas Responsabilidades Parentais

12.2.1. Enquadramento Social e Legislativo

A 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou a Covid-19 como uma pandemia internacional. Em resposta, foram adotadas medidas preventivas e de contenção que implicaram uma forte restrição de direitos e liberdades, sobretudo no que concerne às liberdades económicas e direitos de circulação.

Deste modo, o Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março estabeleceu um conjunto de medidas excecionais e temporárias em resposta à situação epidemiológica. Posteriormente, a 18 de março, face ao agravamento da pandemia, foi declarado Estado de Emergência por Decreto do Presidente da República n.º 14-A/2020, de 18 de março. No artigo 3º do referido Decreto atribuiu-se a duração de 15 dias ao Estado de Emergência, sem prejuízo de eventuais renovações. Surgiram então medidas como o confinamento obrigatório, as cercas sanitárias, e restrições à mobilidade, as quais impactaram diretamente com os regimes de responsabilidades parentais, nomeadamente em matéria de residência e convívios do menor com o progenitor não residente.

No entanto, ao observarmos o artigo 5º (1-j) do Decreto nº2-A/2020, de 20 de março, constatamos que este previu expressamente que as deslocações relativas ao cumprimento das responsabilidades parentais deveriam continuar a ser realizadas. Assim, o direito ao convívio da criança com ambos os pais foi preservado, configurando esta disposição uma exceção ao dever geral de recolhimento domiciliário²⁰⁵. Contudo, registaram-se situações em que, por diversos motivos, o convívio entre o progenitor não residente e o menor foi obstaculizado.

A situação pandémica veio mostrar que, por muito que um acordo ou sentença de regulação das responsabilidades parentais seja minucioso, e mesmo havendo entendimento

²⁰⁵ MONGE, Carla Ramos. “O Impacto da Covid-19 nas Responsabilidades Parentais: Possíveis Abordagens às Novas Problemáticas” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. 2.º Ed., Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 35.

entre os progenitores, podem surgir situações imprevisíveis que exigem uma rápida adaptação de todas as partes envolvidas.

Assim, torna-se relevante refletir sobre as implicações práticas que a pandemia da Covid-19 teve para as crianças filhas de pais separados, nomeadamente em matérias de residência, convívios com o progenitor não residente, vacinação e uso de máscara. Esta análise é crucial, atendendo à eventualidade de surgirem situações análogas no futuro, dada a potencial emergência de novas doenças infecciosas.

12.2.2. Alteração Temporária da Residência da Criança

No contexto da pandemia, inúmeros foram os casos em que o progenitor residente testou positivo à Covid-19, pondo em causa a sua capacidade de prestar assistência ao filho. Nestas situações, constituiu uma providência adequada a salvaguardar a saúde das crianças, a decisão de as colocar a residir temporariamente com o progenitor não residente²⁰⁶ - pressupondo, obviamente, que tanto este progenitor como o menor realizaram um teste prévio e apresentaram um resultado negativo.

O Código Civil, no seu artigo nº 1918, sustenta esta opção, ao estabelecer que *“quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no nº 1 do artigo 1915.º (o Ministério Público, qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja a guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito), decretar as providências adequadas, designadamente, confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”*.

Caso o progenitor não residente não reunisse condições/competências, ou estando ele também sujeito à medida de confinamento obrigatório, o referido artigo 1918º previa a possibilidade de o menor ser entregue a terceiro ou a instituição, até terminar a medida de confinamento obrigatório do progenitor residente.

Situações não menos importantes são aquelas em que o progenitor residente exercia uma atividade profissional de risco, como é o caso dos profissionais de saúde e bombeiros.

²⁰⁶ FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das Responsabilidades Parentais em Tempos de Pandemia e de Isolamento Social” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. 2.º Ed., Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 130.

Estes casos também se revelaram como razões válidas para uma alteração temporária da residência do menor para junto do outro progenitor ou de terceiro, de modo a garantir a proteção da sua saúde.

Perante tais circunstâncias, não havia necessidade de se instaurar uma ação de alteração das responsabilidades parentais conforme o artigo 42.º do Regime Geral Tutelar Cível. Isso deve-se ao facto do artigo n.º 1918 do Código Civil já constituir a providência adequada à proteção da saúde da criança nestas situações.

12.2.3. Convívios com o Progenitor Não Residente em Tempos de Pandemia

O direito de visitas, como sabemos, concretiza-se no “*direito de pessoas unidas por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais*”²⁰⁷. A sua regulamentação tem como objetivo salvaguardar o direito da criança a manter relações pessoais com o progenitor com o qual não reside.

O Estado de emergência gerou impactos significativos nos regimes de convívio estabelecidos, quer por consenso dos progenitores, quer por decisão judicial.

Durante a pandemia da Covid-19, notou-se uma frequente incapacidade de cooperação entre os pais para salvaguardar o interesse da criança, o que levou à intervenção dos Tribunais. Foi comum um dos progenitores alegar o interesse e bem-estar do filho como pretexto para justificar afastamentos durante o estado de emergência.

A situação pandémica introduziu no conceito de interesse superior da criança um novo elemento: o interesse público na contenção da propagação da Covid-19²⁰⁸. Assim, em determinados contextos, a suspensão temporária dos convívios mostrou-se justificável, nomeadamente quando o convívio implicasse contactos do menor com um progenitor sujeito à medida de confinamento obrigatório, nos termos do artigo n.º 3 (1-a,b) do Decreto-Lei n.º 2-C/2020, de 17 de abril ou, nos termos do artigo n.º 4 (1) do mesmo diploma; nas situações em que o convívio com o progenitor residente potenciase um risco acrescido de infeção por Covid-19; ou quando um dos progenitores residisse com outra pessoa que se enquadrasse nalguma das categorias acima descritas.

²⁰⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. op. cit., p. 130.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 165.

Importa sublinhar que o estado de emergência não constituiu fundamento para um dos progenitores tomar decisões relativas a atos de particular importância para o filho de forma unilateral. Se o menor não estivesse inserido em grupos de risco, não apresentasse sintomas, ou não tivesse estado em contacto com alguém infetado pelo vírus, a suspensão das visitas carecia de fundamento. Portanto, o convívio das crianças com ambos os pais, apenas poderia ser restringido se o seu superior interesse assim o ditasse.

Relativamente aos convívios de curta duração durante a pandemia, estes mereceram uma análise mais cuidadosa e criteriosa. Foi necessária uma “ponderação *entre o sacrifício que a suspensão deste convívio a meio da semana pode representar e o risco da exposição da criança ao vírus para concretização de um tão fugaz contacto*”²⁰⁹. Assim, tornou-se imperativo considerar as especificidades de cada situação, nomeadamente a distância entre as residências dos progenitores.

Contudo, em certos casos, o progenitor não residente viu-se impedido pelo outro de estar com o filho. A título exemplificativo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14-01-2021²¹⁰, confirmou a decisão da primeira instância em condenar a mãe em multa, nos termos do artigo nº 41 (1) do RPTC, por esta ter impedido o convívio do filho com o pai durante o confinamento obrigatório.

Uma solução que poderia beneficiar tanto o menor quanto os progenitores seria a extensão dos regimes de residência alternada semanal para períodos de quinze dias. Esta medida garantiria que, sempre que o menor mudasse de residência, cumprisse o período de quarentena recomendado pela OMS. Por outro lado, os convívios de curta duração a meio da semana deveriam ter sido totalmente eliminados, uma vez que o direito da criança à saúde sobrepõe-se ao direito ao convívio com os pais²¹¹.

Quanto aos convívios prolongados, a sua suspensão seria justificada em situações específicas, como deslocações entre concelhos (nos períodos de proibição de deslocações) ou quando a residência do progenitor não residente estivesse situada num concelho sujeito a medidas de confinamento mais rigorosas, tal como sucedeu em Ovar, conforme o artigo nº 6 do Decreto-Lei n.º 2-C/2020, de 17 de abril).

²⁰⁹ FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das Responsabilidades Parentais em Tempos de Pandemia e de Isolamento Social” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. op. cit., p. 139-140.

²¹⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14-01-2021 – Processo nº 46/11.3TMFAR-Z.E1.

²¹¹ MONGE, Carla Ramos. “O Impacto da Covid-19 nas Responsabilidades Parentais: Possíveis Abordagens às Novas Problemáticas” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. op. cit., p. 38.

Face a eventuais incumprimentos dos regimes de convívio aplica-se o artigo nº 41 (1) do RGPTC²¹², nos termos do qual, o Tribunal, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do outro progenitor, requer ao Tribunal territorialmente competente, a realização das diligências necessárias para garantir o cumprimento coercivo, bem como a condenação do progenitor incumpridor em multa até vinte unidades de conta. Caso se verificassem os pressupostos necessários, poderia ainda ser determinada uma indemnização a favor da criança, do progenitor requerente, ou de ambos. Devido aos potenciais danos resultantes da demora processual, considerou-se essencial conferir a esta providência natureza urgente, conforme previsto no artigo nº 13 do RGPTC²¹³. Posteriormente, os pais seriam convocados para uma conferência, conforme o artigo nº 41 (3) do RGPTC, sendo que, a realização de tal conferência, dadas as condições da época, seria feita por videoconferência, em respeito ao artigo nº 2, da Lei n.º 4-A/2020, de 6 de abril:

“7 - Os processos urgentes continuam a ser tramitados, sem suspensão ou interrupção de prazos, atos ou diligências, observando-se quanto a estes o seguinte:

- a) Nas diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, a prática de quaisquer atos processuais e procedimentais realiza-se através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente;*
- b) Quando não for possível a realização das diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, nos termos da alínea anterior, e esteja em causa a vida, a integridade física, a saúde mental, a liberdade ou a subsistência imediata dos intervenientes, pode realizar-se presencialmente a diligência desde que a mesma não implique a presença de um número de pessoas superior ao previsto pelas recomendações das*

²¹² Não se aplicam nestes casos a figura da entrega judicial de criança prevista nos artigos nº 49 e 51 do RGPTC.

²¹³ FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das Responsabilidades Parentais em Tempos de Pandemia e de Isolamento Social” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. op. cit., p. 141.

autoridades de saúde e de acordo com as orientações fixadas pelos conselhos superiores competentes;”

Desta conferência poderia emergir um acordo entre progenitores, conforme estipulado pela alínea 4 do artigo 41º do RGPTC. Se a sua realização fosse inviável, devido à excecionalidade da situação, seria ordenada a notificação do requerido, concedendo-lhe um prazo de cinco dias para apresentar as alegações que considerasse pertinentes, nos termos do artigo 41 (3)º do RGPTC.

No cenário em que a conferência de pais não era convocada, ou quando nessa mesma conferência não se atingia um consenso, a responsabilidade de decisão era imediatamente atribuída ao juiz. O processo de mediação e a audição técnica especializada seriam preteridos, considerando-se incompatíveis com a urgência do processo e com o imperativo de distanciamento social vigente na altura²¹⁴.

Perante uma situação de incumprimento, coube ao juiz determinar se o caso se enquadrava num dos contextos que legitimariam a suspensão do regime de visitas previamente estabelecido.

Quando se constatava que a manutenção do regime de visitas colocava em risco a saúde da criança e aumentando a probabilidade de contágio e disseminação da doença, a ação de incumprimento era considerada improcedente. Face a esta realidade, justificava-se que o tribunal procedesse à suspensão do regime de visitas, fundamentando-se no artigo 1918º do Código Civil.

Esta suspensão era entendida como a medida certa para atenuar o perigo que a execução do regime de visitas poderia acarretar à saúde da criança. Quando tal suspensão era decretada, esta mantinha-se em vigor até que o cenário de risco que lhe deu origem cessasse.

Logo que o risco desaparecesse, a ação seria declarada extinta por inutilidade superveniente da lide, em respeito ao artigo nº 277 (e) do Código Civil. Consequentemente, a suspensão da providência seria revogada, dado que o perigo anteriormente identificado para a saúde da criança já não existiria.

Caso se concluísse que não havia um risco que justificasse a suspensão das visitas, a ação de incumprimento deveria ser julgada procedente. Nesta situação, o requerido era

²¹⁴ *Ibidem*, p. 142.

notificado para proceder à entrega da criança tal como previamente estabelecido. O não cumprimento acarretaria uma pena de multa, preferencialmente de valor expressivo, que seria aplicada a cada violação subsequente do regime de visitas. Esta penalização ocorreria à margem do procedimento criminal aplicável, conforme estipulado pelo artigo 41º, nº 6, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

12.2.4. Divergências Relativamente a Questões de Particular Importância

Durante o auge da Covid-19, surgiram inúmeras divergências entre progenitores a respeito da manutenção de determinadas atividades praticadas pelos menores. A título de exemplo, muitos pais defenderam, na altura, que os seus filhos deveriam interromper certas atividades extracurriculares, considerando o potencial aumento do risco de contágio. Este problema emergiu tanto entre progenitores coabitantes como entre progenitores separados.

Face a este cenário, duas questões principais emergiram: seriam as proibições da prática de certas atividades justificáveis ao ponto de comprometer a saúde mental das crianças? Ademais, levantou-se frequentemente a questão se tais proibições por parte dos pais configuravam questões de particular importância ou atos da vida corrente.

Como se sabe, a opção do legislador em não especificar o que entende por questões de particular importância e atos da vida corrente foi intencional, de modo a “(...) *permitir que a norma se possa adaptar á variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida, em especial, de cada família e de cada menor*”²¹⁵.

Relativamente ao exercício de atividades extracurriculares durante o período pandémico, tal deveria ter sido categorizado como questão de particular importância, independentemente do tipo da atividade e do estado de saúde do menor. O dever de zelar pela saúde dos filhos pertence a ambos os pais (conforme o artigo 1878 (1)º CC), logo, faz sentido que, durante tal período, fosse exigido o consentimento de ambos os progenitores. Na falta de acordo, deveria, como é normal, o tribunal dirimir o conflito.

Outra situação frequente foi a escolha do meio de transporte a utilizar pelos menores. Muitos jovens utilizam diariamente autocarros, comboios ou metros, sendo que, durante a pandemia, muitos pais se mostraram contrários ao uso destes transportes, considerando-os

²¹⁵ ROQUE, Hélder. “Os Conceitos Jurídicos Indeterminados em Direito da Família e sua Integração”, in *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, ano 2, n.º 4 (2005), p. 94.

como potenciais focos de contágio. Não há dúvidas de que aqui estamos perante um ato da vida corrente, o qual cabe ao progenitor com quem a criança estiver no momento decidir. Mas, em contextos especiais, onde a saúde da criança possa estar em risco, esta decisão passa a ser uma questão de particular importância, devendo ser tomada por ambos os pais.

Por fim, é relevante mencionar que, durante o auge da pandemia, viagens de férias ao exterior, independentemente do destino, deveriam ter sido encaradas como questões de particular importância.

12.2.5. Progenitor Residente Sujeito a Medida de Confinamento Obrigatório

Surgiu a questão sobre a conveniência de, no caso de o progenitor residente estar sujeito a uma medida de confinamento obrigatório, se transferir temporariamente a residência da criança para junto do outro progenitor, ou de terceiro.

Ao observar o artigo nº 1918 do Código Civil, verifica-se que *“quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no nº 1 do artigo 1915º (a saber, o Ministério Público, qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito), decretar as providências adequadas, designadamente, confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”*. Ou seja, de modo a acautelar as providências necessárias para assegurar o bem-estar do menor, fez todo o sentido retirar o menor da residência do progenitor residente (infetado ou com suspeitas de infeção) e colocá-lo temporariamente junto do progenitor não residente. O próprio Código Civil, como se analisou, sustenta esta posição.

Para além das circunstâncias mencionadas, teria sido adequado aplicar este regime às situações em que o progenitor residente (ou mesmo quem resida com este) desempenhasse uma profissão de risco, como profissional de saúde ou agente de autoridade. Tal medida visava primordialmente salvaguardar a saúde das crianças, de modo que permaneçam num ambiente mais seguro.

12.2.6. Compatibilização do Regime de Residência Compartilhada ou Alternada com as Restrições Impostas pelo Covid-19

Durante a pandemia, a compatibilização do regime de residência alternada emergiu como um dos desafios mais prementes. No regime de residência compartilhada ou alternada, os filhos dividem o seu tempo entre as residências dos seus pais, sendo que, as decisões relativas ao seu dia-a-dia pertencem ao progenitor com quem estiver a residir naquele momento.

A legislação portuguesa contempla este regime, conforme o artigo nº 1906 (8) do Código Civil, o qual promove acordos “(...) *que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles*”. A principal vantagem deste regime reside na partilha equitativa das responsabilidades parentais, dando oportunidade ao menor de manter laços afetivos com ambos os progenitores, sem dar preferência a um deles em detrimento do outro²¹⁶, reduzindo assim o conflito entre os pais, no sentido em que ambos participam na educação do filho. Esta é a posição do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21.01.2019²¹⁷, o qual entendeu que a guarda partilhada “(...) *tem vindo a ganhar força pela consciência de que os laços afetivos se constroem no dia-a-dia e não se compadecem com o tradicional regime de fim-de-semana quinzenais, sendo igualmente posto em evidência junto de um dos progenitores leva ao progressivo esbatimento da relação afetiva com o outro progenitor, fazendo com que o menor se sinta uma mera visita em casa deste e levando a que o progenitor não guardião desista de investir na relação por se sentir excluído do dia-a-dia da criança*”.

Por outro lado, a guarda partilhada pode acarretar instabilidade na vida da criança devido às diferentes rotinas e formas de educação dos progenitores.

As restrições sanitárias decorrentes da pandemia questionaram a viabilidade deste regime. Contudo, o artigo nº 5 (1) do Decreto nº 2-C/2020, de 17 de abril permitiu que os cidadãos não sujeitos à medida de confinamento obrigatório nem a um dever especial de proteção pudessem circular na via pública, nomeadamente para fazer cumprir o regime das responsabilidades parentais, conforme esta tivesse sido determinada.

Contudo, tendo em conta o superior interesse da criança, sobretudo a sua saúde, questiona-se se o regime da residência alternada foi benéfico naquela conjuntura. Foram

²¹⁶ VASCONCELOS, Ana, “Do Cérebro à Empatia. Do Divórcio à Guarda Partilhada com Residência Alternada” in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Ebook CEJ, 2014, p. 10.

²¹⁷ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21-01-2019 - Processo nº 22967/17.0T8PRT.P1.

muitos os casos em que um dos progenitores tentou impedir que o outro fosse buscar o filho, invocando a preservação da saúde e segurança da criança. Ora, a suspensão deste regime apenas se justificava nos casos em que um dos progenitores (ou quem coabitasse com este) exercesse uma profissão de risco, fosse considerada uma pessoa de risco, ou estivesse sujeita a um dever especial de proteção²¹⁸. Mas, para além disso, seria também essencial avaliar se o perigo seria maior ou igual ao que existiria se os pais vivessem juntos, o que nem sempre acontecia. Por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-11-2020²¹⁹ confirmou a decisão da primeira instância que, perante um cenário onde ambos os pais eram médicos e adotavam precauções face à doença, não suspendeu o regime de residência alternada durante a pandemia. Uma solução plausível para preservar o regime de residência alternada ao longo da pandemia consistiu em prolongar a permanência do menor em cada domicílio, diminuindo, assim, a periodicidade das trocas e minimizando a exposição ao vírus.

A continuidade deste regime viu-se absolutamente comprometida nas situações em que os progenitores residiam em concelhos diferentes, sobretudo quando se estabeleceram proibições absolutas, e quando um dos progenitores se encontrava num concelho sujeito a medidas específicas de confinamento. Em tais circunstâncias, a manutenção de um contacto regular, valendo-se de videochamadas ou chamadas telefónicas, revelou-se uma medida pertinente para mitigar a ausência prolongada do outro progenitor.

12.3. Falta de Acordo dos Pais Quanto à Vacinação

Ao longo da história foram surgindo várias epidemias, sendo que, a intervenção da ciência para combater tais calamidades é relativamente recente. Como ilustração, remontemos ao século XVII, período em que a Ilha Terceira foi flagelada por uma epidemia de varíola, resultando na morte de milhares de pessoas, incluindo crianças²²⁰. Para além da morte, muitas pessoas sofreram sequelas graves como a cegueira. Em 1798, Edward Jenner revolucionou a medicina ao descobrir a vacina contra a varíola, culminando na erradicação da doença em 1980²²¹.

²¹⁸ FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das Responsabilidades Parentais em Tempos de Pandemia e de Isolamento Social” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. op. cit., p. 133.

²¹⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-11-2020 - Processo n° 13538/15.6T8LSB.L1-C-6.

²²⁰ [Cronologia de desastres naturais nos Açores – Wikipédia, a enciclopédia livre \(wikipedia.org\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Cronologia_de_desastres_naturais_nos_Açores)

²²¹ [O Milagre das Vacinas - RTP Ensina](https://www.rtp.pt/programa/o-milagre-das-vacinas)

O sarampo ilustra vividamente a urgência em combatermos determinadas resistências quanto à vacinação. Apesar da vacina ter poupado milhões de vidas infantis, a hesitação de certos pais proporcionou um ressurgimento da doença. A título exemplificativo, em Portugal, registou-se o óbito de uma jovem de 17 anos, em 2017, que não estava imunizada contra o sarampo²²².

Estes casos sublinham a primordialidade da vacinação enquanto mecanismo de prevenção de doenças infecciosas que, até ao alvorecer do século XX, figuravam entre as principais causas de morte. Conforme afirmou a Comissão Europeia, “*A imunização das pessoas através da vacinação é a melhor defesa contra doenças contagiosas graves preveníveis, que, por vezes, são mortais.*”²²³ No contexto pediátrico, a vacinação é vital para garantir o desenvolvimento saudável e o bem-estar da criança.

Em Portugal, a obrigatoriedade das vacinas antidiftérica e antitetânica foi decretada em 1962, por força do Decreto-Lei n.º 44198, de 20 de fevereiro de 1962. O incumprimento desta lei implicava restrições à frequência escolar da criança (artigo 2º) e sancionava os pais com coimas até 30 escudos²²⁴.

Subsequentemente, em 1965, instituiu-se o primeiro Plano Nacional de Vacinação (PNV) em Portugal, o qual se foi adaptando consoante o surgimento de vacinas novas como a meningite (em 2015). O PNV, de carácter universal e gratuito, visa primordialmente a salvaguarda individual e coletiva da saúde. Ainda que a vacinação não seja obrigatória, é fortemente recomendada e materializa o direito à saúde, plasmado no artigo n.º 64 da Constituição da República Portuguesa.

Os constitucionalistas classificam o direito à saúde enquanto um direito fundamental de segunda geração²²⁵. Esta panóplia de direitos, englobando saúde, cultura e educação, consubstancia-se mediante a execução, por parte do Estado, de políticas e serviços públicos, sendo a vacinação um dos seus expoentes.

²²² [Morreu jovem de 17 anos que estava internada com sarampo | Saúde | PÚBLICO \(publico.pt\)](#)

²²³ [Panorâmica \(europa.eu\)](#)

²²⁴ Artigo nº 28 do Decreto-Lei n.º 13166, de 18 de janeiro de 1927.

²²⁵ MORGADO DA SILVA, Maria de Fátima Estudante. “Reflexões Sobre as Implicações da Vacinação Contra Sars-CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças” in *Revista Julgar Online*, abril de 2021, p. 20.

12.4. Obrigatoriedade versus Voluntariedade

A deliberação sobre a obrigatoriedade de uma vacina não é uma controvérsia recente. A principal justificação para a imposição de uma vacinação obrigatória centra-se na obtenção da imunidade de grupo, a qual se afigura difícil de alcançar quando a vacinação é facultativa. Esta realidade deve-se, em grande medida, à recusa de uma fração da população em se vacinar²²⁶.

Os defensores da voluntariedade da vacinação alegam que a imposição não só é ineficaz como eticamente censurável. Além disso, Maria de Fátima Silva²²⁷ defende que a obrigatoriedade de uma determinada vacina, como a da Covid-19, poderia potenciar um crescimento no número de negacionistas e de opositores à mesma. Tomando o caso de França como exemplo, é de salientar que a vacina contra a pneumonia é obrigatória, contrastando com a decisão de muitos países da União Europeia que optam pela sua voluntariedade.

Existe também uma posição intermédia, que condiciona a entrada em certos espaços como estabelecimentos comerciais, ao facto da pessoa estar ou não vacinada. Estas medidas foram particularmente visíveis durante a pandemia da Covid-19, como por exemplo, a “Green Pass” em Itália, exigida para o acesso a diversos locais públicos e privados, assim como a participação em eventos sociais. Esta certificação era concedida a pessoas que fossem vacinadas, recuperadas, ou com um teste negativo realizado nas 48 horas precedentes.

No que concerne à imunização à força, entendeu o Supremo Tribunal Federal do Brasil²²⁸ que “(...) o Estado pode impor aos cidadãos que recusem as medidas restritivas previstas em lei (multa impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer imunização à força.”

A pandemia provocada pela Covid-19 constituiu um desafio ímpar para a comunidade científica, que se viu pressionada na busca por uma vacina eficaz. Em resposta, diversas vacinas foram desenvolvidas, distribuídas e administradas em todo o mundo.

²²⁶ No âmbito da vacinação contra a Covid-19, foram frequentes as manifestações dos chamados “negacionistas”, os quais são contra a vacinação.

²²⁷ MORGADO DA SILVA, Maria de Fátima Estudante. “Reflexões Sobre as Implicações da Vacinação Contra Sars-CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças” in *Revista Julgar Online. Op. cit.*, p. 22.

²²⁸ [Supremo Tribunal Federal \(stf.jus.br\)](http://stf.jus.br)

Em território português, a vacinação contra a Covid-19 é uma medida de saúde pública recomendada pelas autoridades competentes, nomeadamente pela Direção-Geral de Saúde e o Plano Nacional de Vacinação. A obrigatoriedade desta vacina nunca foi estabelecida, ou seja, a decisão de vacinar-se cabia (e ainda cabe) apenas ao cidadão. Apesar desta postura voluntarista, a campanha de vacinação foi fortemente promovida e incentivada pelas autoridades de saúde, como forma de prevenção e controlo da disseminação do vírus.

Ao contrário do que acontece com outras vacinas, no caso do covid-19²²⁹, as crianças não foram priorizadas, uma vez que “*ministrar vacinas a crianças pressupõe certeza quanto à sua segurança e eficácia*”.²³⁰ Embora as crianças sejam mais suscetíveis a infeções virais, no que concerne à Covid-19, pelas suas especificidades, as opiniões dos especialistas (e consequentemente dos pais) divergiram.

As responsabilidades parentais englobam uma série de direitos e deveres que os pais devem exercer tendo em vista o superior interesse dos filhos. Nesse âmbito incluem-se as questões relacionadas com a saúde do menor, nomeadamente a vacinação.

Relativamente à vacinação, quando há divergência entre os pais em relação à vacinação do filho, surge a seguinte questão: os Tribunais de Família e Menores entendem estar perante uma questão de particular importância ou um ato da vida corrente? Tanto na doutrina como na jurisprudência portuguesa não se encontra uma resposta clara a esta questão. Na maioria das situações em que os progenitores discordam acerca da administração de uma determinada vacina aos seus filhos, esse impasse é frequentemente ultrapassado através do aconselhamento de especialistas ou do próprio tribunal.

É plausível considerar que a vacinação que consta do plano nacional de vacinação constitui um ato da vida corrente da criança, dada a sua normalidade e consensualidade na sociedade²³¹, sendo a decisão competência exclusiva do progenitor residente²³². No entanto, no que concerne à vacina contra a Covid-19, consideramos que se encontra numa zona intermédia. Assim, é imprescindível avaliar todas as circunstâncias relevantes para determinar se, dadas as condições de saúde, vivência familiar e contexto comunitário específicos da criança, existe um risco iminente que faça com que a vacinação contra a

²²⁹ O mesmo se pode dizer relativamente à vacina contra a Gripe.

²³⁰ MORGADO DA SILVA, Maria de Fátima Estudante. “Reflexões Sobre as Implicações da Vacinação Contra Sars-CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças” in *Revista Julgar Online. Op. cit.*, p.6

²³¹ *Ibidem*, p. 36.

²³² VIEIRA, Ângela. "Vacinação das Crianças: E quando os pais não estão de acordo", in *Jornal Observador*, 2021.

Covid-19 seja vista como uma questão de particular importância. Em condições normais, a vacinação contra a covid nunca configurou, nem configura atualmente, um ato de particular importância. Ou seja, nestes casos, a decisão de vacinar a criança, ou não, recai sobre o progenitor residente.

No entanto, conforme analisado, a situação muda de figura quando nos deparamos com uma criança incluída num grupo de risco - “doença crónica cardíaca, pulmonar ou oncológica, renal com realização de hemodiálise, hipertensão arterial ou diabetes, ou cujo sistema imunitário está particularmente fragilizado, por exemplo por tratamentos de quimio/radioterapia, tratamentos para doenças autoimunes (caso da esclerose múltipla), por infeção por HIV”²³³. Nestas situações, como o estado de saúde da criança não é compatível com a toma de determinada vacina, estamos perante uma questão de particular importância, sendo necessário o consentimento de ambos os progenitores. Caso estes não cheguem a acordo, o assunto terá de ser levado aos Tribunais.

Os Tribunais, como se sabe, quando tomam decisões relativas à saúde e bem-estar das crianças, orientam-se pelo critério do superior interesse da criança. No caso concreto, teriam de se avaliar as recomendações e orientações das autoridades de saúde, para além de outros elementos pertinentes, como o histórico de vacinação do menor, o seu estado de saúde e possíveis contraindicações médicas.

Adicionalmente, poderiam surgir certos aspetos associados ao contexto familiar e comunitário do menor que aconselhassem a vacinação deste. Por exemplo, se a criança coabitar com um adulto pertencente a um grupo de risco ou de idade avançada, a sua vacinação poderia ser justificada na perspetiva de proteger esses indivíduos vulneráveis.

Pode o progenitor não residente vacinar a criança contra a vontade do progenitor residente? A resposta é negativa. Para prevenir tais situações, o legislador consagrou no artigo n.º 1906 (3) do Código Civil que o progenitor que esteja temporariamente com a criança não pode contrariar as “orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho reside habitualmente”.

Outra questão relevante é a de saber, nos casos de residência alternada, qual dos progenitores decide se o filho é ou não vacinado. Na maioria dos casos tal deverá ser entendido da mesma forma que qualquer outro ato da vida corrente de criança em regime de

²³³ MORGADO DA SILVA, Maria de Fátima Estudante. “Reflexões Sobre as Implicações da Vacinação Contra Sars-CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças” in *Revista Julgar Online. Op. cit.*, p. 36.

residência alternada. Assim, a decisão caberia ao progenitor com quem o menor estiver naquele momento. No entanto, se a criança apresentar condições de saúde que justifiquem a consideração da vacinação como questão de particular importância, então a opção em vacinar ou não deve basear-se nas orientações médicas, em respeito ao superior interesse da criança²³⁴.

Se, por entendimento mútuo ou decisão judicial, a tutela do menor for entregue a terceiro (tal como preconizado pelo artigo 1907.º CC), incumbe a esse terceiro o dever de exercer os poderes e obrigações que, em circunstâncias habituais, caberiam aos pais. A estes, em tal contexto, reserva-se unicamente um direito de supervisão, caso assim seja decretado pelo tribunal. Isto significa que é da responsabilidade desse terceiro decidir sobre a vacinação da criança²³⁵.

Ainda que guarda esteja atribuída a um terceiro, pode ser acordado que as questões de particular importância sejam competência partilhada entre este e os progenitores. Em caso de desacordo deve ser aplicado o artigo n.º 44 da RGPTC, que, apesar de apenas se reportar à falta de acordo dos pais, é o meio processual mais adequado para solucionar este tipo de conflitos²³⁶.

E numa conjectura em que o terceiro guardião, detendo o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, opte por não vacinar o menor, é admissível aos pais recorrer à via judicial? Ao abrigo do direito de vigilância, pode qualquer um dos pais (se não estiver inibido das responsabilidades parentais) recorrer ao tribunal para que este aprecie a forma como o terceiro desempenha as funções de cuidados²³⁷. O Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05.11.2019²³⁸ entendeu que a mãe tinha o poder de dar a sua opinião ao modo como os avós desempenhavam a função de cuidadores do seu filho, particularmente em questões associadas à saúde.

No contexto em que os progenitores concordam na decisão de não vacinar os filhos menores, qualquer familiar detentor do direito de visita possui a faculdade de submeter ao

²³⁴ *Ibidem*, p. 48

²³⁵ *Ibidem*, p. 49.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*, p. 50.

²³⁸ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05-11-2019 - Processo n.º 3988/14.0T8VIS-B.C1.

Tribunal um pedido para que o mesmo seja vacinado, competindo-lhe apresentar a devida fundamentação²³⁹.

Se a criança estiver sob os cuidados de uma casa de acolhimento, a decisão relativa a cuidados médicos, especificamente no que tange à vacinação contra a Covid-19, é prerrogativa da entidade acolhedora, tal como estabelecido no artigo 58º, nº 1, alínea b) da Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP). Se o menor estiver inserido numa família de acolhimento, os termos gerais do acolhimento serão definidos num contrato entre a família e a instituição que supervisiona o acolhimento. Este contrato irá delinear os direitos e deveres das partes envolvidas. Adicionalmente, o plano de intervenção, um documento mais detalhado, será redigido e tendo em consideração a família biológica da criança²⁴⁰. Em regra, à família de acolhimento cabe o poder e o dever de tomar decisões referentes às responsabilidades parentais, incluindo a decisão sobre a vacinação. Em situações de eventual controvérsia sobre tais decisões, o tribunal tem competência para intervir, seja através de uma revisão da medida de acolhimento, seja de forma incidental, em ambas as situações no âmbito do respetivo processo de promoção e proteção do menor.

²³⁹ MORGADO DA SILVA, Maria de Fátima Estudante. “Reflexões Sobre as Implicações da Vacinação Contra Sars-CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças” in *Revista Julgar Online. Op. cit.*, p. 50.

²⁴⁰ Artigos n.º 15, 19, 23 (1-b) e 27, do Decreto-Lei n.º 139/2019, de 16 de setembro.

13. Conclusão

Atualmente, não restam dúvidas que a criança é vista, não apenas como um ser vulnerável que necessita de proteção, mas também como um indivíduo com direitos e capacidade para manifestar a sua vontade acerca dos assuntos que lhe digam respeito. Contudo, isso não quer dizer que a criança não dependa dos seus progenitores, sendo essa dependência que fundamenta a necessidade de regulação das responsabilidades parentais.

O próprio conceito de família tem sido objeto de alterações ao longo dos tempos. A progressão de uma visão patriarcal da família para uma igualitária, onde ambos os progenitores partilham responsabilidades e direitos, foi um marco determinante que ditou novos desafios jurídicos.

As alterações implementadas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, desde logo a alteração da designação “poder paternal” para “responsabilidades parentais”, e a imposição, como regra geral, do exercício conjunto das responsabilidades parentais após a dissociação da relação conjugal, no que diz respeito às questões de particular importância para a vida da criança (art. 1906 (1)º do CC), fomentou um maior envolvimento do progenitor não residente na vida do filho, bem como uma maior cooperação entre os progenitores.

Todavia, é inquestionável o carácter indeterminado do conceito de questões de particular importância para a vida da criança, tendo o legislador permitido que esta norma se possa adaptar à evolução e às especificidades de cada família. Contudo, este conceito apenas deverá *“abranger um número reduzido de situações sob pena de paralisar a vida das crianças por haver necessidade de aguardar o acordo dos pais ou a decisão do Tribunal”*²⁴¹.

O princípio do superior interesse da criança representa o núcleo fundamental na regulação das responsabilidades parentais. Em caso de dissolução matrimonial, uma vez que o conflito entre os progenitores aumenta, este princípio assume uma importância acrescida, destacando-se neste sentido a relevância da Mediação Familiar e da Audição Técnica Especializada, enquanto instrumentos modernos e cruciais na busca de consensos em situações de conflito.

O Direito à saúde dos menores constitui um domínio de grande relevância dentro das responsabilidades parentais. Segundo a Convenção Sobre os Direitos da Criança, o Estado e

²⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-09-2018 - Processo n.º 4597/16.5T8PRT-C.P1.

os progenitores têm a obrigação de garantir à criança todos os cuidados de saúde adequados, de forma a fazer cumprir o superior interesse da criança. Os menores de dezoito anos são protegidos através de uma incapacidade geral de agir, ou seja, são os pais que exercem os seus direitos, nomeadamente no que diz respeito a questões relativas com a saúde, conforme o artigo n.º 1878º do Código Civil. Nesta perspetiva, torna-se imperativo definir quais os tipos de intervenções que se enquadram como atos de particular importância e quais os meros atos da vida corrente. Entendemos, por exemplo, que os transplantes de órgãos, colheitas *post mortem* e intervenções cirúrgicas perigosas configuram atos de particular importância. Já as meras consultas médicas, e pequenas cirurgias constituem atos da vida corrente.

O consentimento informado desempenha um papel crucial na prática médica, uma vez que garante os interesses terapêuticos e respeita a vontade dos pacientes, incluindo a dos menores. A capacidade de um menor em consentir tratamentos médicos é determinada não apenas pela idade, mas também pela sua capacidade de compreensão e discernimento. A lei reconhece a capacidade para consentir, em situações normais, a partir dos dezasseis anos. No caso de o menor recusar de tratamento com base em crenças pessoais, as questões tornam-se mais complexas, uma vez que é necessário conciliar os interesses do menor com os dos pais, da sociedade e dos profissionais de saúde. Em algumas situações, pode ser necessário recorrer à intervenção legal para resolver este tipo de situações. A legislação atual reflete uma abordagem ponderada, uma vez que tenta equilibrar a necessidade de proteção do menor com o reconhecimento de sua crescente autonomia e maturidade. No entanto, as críticas e os debates continuam, particularmente em relação aos limites de idade e à capacidade de menores mais jovens de tomar decisões informadas sobre sua própria saúde.

Relativamente à questão da recusa parental de intervenção médica em crianças, com base em razões não médicas como convicções religiosas, estamos perante um conflito complexo entre o direito dos pais à liberdade religiosa e o direito das crianças à saúde. A jurisprudência e a legislação em portuguesa revelam uma tendência clara para priorizar a saúde e a vida das crianças, em detrimento das crenças religiosas dos pais. Legalmente, os pais são obrigados a zelar pela saúde e segurança dos filhos menores, sendo que, a jurisprudência tem refletido esse princípio, permitindo intervenções médicas necessárias contra a vontade dos pais, quando a vida ou a saúde da criança estão em risco. A autonomia religiosa dos pais é, portanto, limitada pelo dever primordial de proteger a integridade física e a vida dos filhos.

O surgimento da pandemia da Covid-19 lançou, relativamente às responsabilidades parentais e ao direito à saúde das crianças novos desafios que testaram a flexibilidade e capacidade de cooperação dos progenitores. A necessidade de alteração temporária da residência do menor, em muitos casos, tornou-se necessária, tendo em vista garantir o seu bem-estar face às complexidades da situação pandémica. Também a situação do progenitor residente sujeito a medida de confinamento apresentou desafios, colocando à prova a capacidade de cooperação entre os progenitores e a sua flexibilidade no que respeita às responsabilidades parentais. A interação com o progenitor não residente foi também afetada, obrigando a procurar alternativas aos métodos tradicionais de convívio. Este período revelou que, apesar da tecnologia ser uma ferramenta essencial para manter laços familiares, não é suficiente para colmatar a ausência de um progenitor. Também o regime de residência alternada ou compartilhada foi profundamente afetado com as restrições do Covid-19. Foi necessário uma adaptação deste regime à situação que se vivia, quer através de uma extensão do tempo da guarda como através de uma restrição temporária.

O direito, enquanto ciência em constante metamorfose, tem o imperativo dever de permanecer vigilante e adaptável às vicissitudes da sociedade. Afinal, a sua principal missão é a salvaguarda dos direitos e bem-estar dos mais vulneráveis, em particular, das crianças. Estas, mais do que meros sujeitos de direito, representam o futuro da sociedade, merecendo, por isso, uma proteção jurídica assente na equidade, justiça e humanidade.

14. Bibliografia

ALMEIDA, Filipe. *Vulnerabilidade na prática Clínica da Saúde da Criança*, Revista Brasileira de Bioética, 2006.

ALMEIDA, José Carlos Moutinho de. *As Medidas Executivas dos Regimes Reguladores do Poder Paternal*, in *Scientia Iuridica*, XV, 1966.

BARBOSA E SILVA, Júlio. *Do Caso Reigado Ramos contra Portugal ao Código Penal: Nada se Perde, Algo se Transforma – o crime de subtração de menor, previsto e punido pelo artigo 249.º, n.º 1, alínea c) e n.º 2 do Código Penal*, in *Revista do CEJ*, N.º 14, 2010.

BOLIEIRO, Helena e Guerra, Paulo. *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s): Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2.ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANHA, Jeni. *Criança maltratada: o papel de uma pessoa de referência na sua recuperação: estudo prospetivo de 5 anos*. 2º Edição, Quarteto, 2003.

CANOTILHO, Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I*. 4º Edição Revista – Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CASALEIRO, Paula. “A Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais na Ponte Entre o Direito e Outros Saberes”, in *Direito da Família- Vária*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018.

CLEMENTE, Rosa. *Inovação e Modernidade no Direito de Menores: A Perspectiva da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COELHO, Francisco Pereira e Oliveira, Guilherme de. *Curso de Direito da Família*. Vol. I, 5.ª Edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. *Parecer n.º 46 Sobre Objeção ao Uso de Sangue e Derivados Para Fins Terapêuticos por Motivos Religiosos*. Presidência do Conselho de Ministros, 2005.

COSTA, Andreia Filipa Espinho. *Mediação Familiar*, Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de Direito Penal*. 4.^a Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CRUZ, Rossana Martingo. *A importância da União Europeia no fomento da mediação familiar em Portugal*, in *Debater a Europa*, 2013.

CRUZ, Rossana Martingo. *A mediação familiar como meio complementar de justiça*. Almedina, Coimbra, 2018.

DE CARVALHO, Orlando. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra, 1981.

DIAS, Cristina M. Araújo. *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio: Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro*. 2.º Edição, Almedina, 2009.

Direito da Família - Vária. Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2018.

DUARTE, Maria de Fátima Abrantes. *O poder paternal: Contributo para o Estudo do seu Actual Regime*. 1.^a Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 1994.

FARINHA, António e Lavadinho, Conceição. *Mediação familiar e responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina, 1997.

FARINHA, António. “Relação entre a mediação familiar e os processos judiciais” in *Direito da Família e Política Social*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2001.

FERNANDES, Magda e Oliveira, Irene Teixeira de. *Tendências Jurisprudenciais e Atuais da Guarda Partilhada: os Eventuais Impactos da Pandemia Neste Regime de Responsabilidades Parentais*. Julgar Online, 2020.

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Exercício das Responsabilidades Parentais em Tempos de Pandemia e de Isolamento Social” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. 2.º Ed., Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2021.

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “O Impacto da Covid-19 nas Responsabilidades Parentais: Possíveis Abordagens às Novas Problemáticas” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. 2.º Ed., Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2021.

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de. “Reflexões Sobre as Implicações da Vacinação Contra Sars-CoV-2 na Jurisdição de Família e Crianças” in *Covid-19: Implicações na Jurisdição da Família e das Crianças*. 2.º Ed., Coleção Formação Contínua: Centro de Estudos Judiciários, 2021.

GERSÃO, Eliana. *Transformação Social, Divórcio e Responsabilidades Parentais* in “Estudos de Homenagem a Rui Epifânio”, Almedina, 2010.

GOMES DE MELO, Helena; Raposo, João Vasconcelos; Carvalho, Luís Batista; Bargado, Manuel do Carmo; Leal, Ana Teresa; d’Oliveira, Felicidade. *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*. 2.º Ed., Quid Iuris, 2010.

GOMES, Ana Sofia. *Responsabilidades Parentais*. 3ª Edição atualizada e aumentada. Quid Juris, 2012.

GRILLO, Trina. *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 100, Nº 6, 1991.

HORSTER, Heirich Ewald e MOREIRA DA SILVA, Eva Sónia. *A Parte Geral do Código Civil Português*. 2.º Edição, Almedina, 2019.

JAFFE, Peter G.; Crooks, Claire V. e Poisson, Samantha. *Common Misconceptions in addressing Domestic Violence in Child Custody Disputes*. *Juvenile and Family Court Journal*, 2003.

LEAL, Ana Teresa Pinto. “A Residência Alternada” in a *Tutela Cível do Interesse Superior da Criança*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2014.

LEITE, André Lamas. *O Crime de subtração de menor – uma lacuna do reformado art. 249.º do Código Penal*, in *Revista JULGAR*, 2009.

LEITE, Hugo Henriques. *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LOUREIRO, João Carlos. *Saúde no Fim de Vida: Entre o Amor, o Saber e o Direito*. XX Encontro Nacional da Pastoral da Saúde, 2007.

MANUEL DA SILVA, JOAQUIM. *A Família das Crianças na Separação dos Pais – A Guarda Compartilhada e a Justiça Restaurativa*. 2º Edição. Lisboa. Petrony, 2019.

MARTINS, Cláudia. *A evolução do sistema legal de proteção das crianças e jovens em perigo em Portugal: das Ordenações Afonsinas ao século XVIII*. Coimbra: Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 7, n.º 14, 2010.

MARTINS, Rosa Cândida. "A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e Sucessões. Coimbra Editora, 2004.

MARTINS, Rosa. *Menoridade, (in) capacidade e Cuidado Parental*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MOREIRA, Sónia. “A Capacidade dos Menores Para Consentir Actos Médicos na Ordem Jurídica Portuguesa”, in *Anuário de Direitos Humanos*, nº 0, 2017.

NETO, Abílio. *Código Civil Anotado*, 19.^a Edição Reelaborada. Lisboa: Ediforum Edições jurídicas, Lda, 2016.

NICK, Sérgio Eduardo. *Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados*. In: Vicente Barreto - *A nova família: problemas e perspectivas*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Guilherme de. *A Nova Lei do Divórcio*”, in *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família, Centro de Direito da Família*, ano 7, n.º 13, 2010.

OLIVEIRA, Guilherme de. *O acesso dos menores aos cuidados de saúde*, in *Temas de Direito da Medicina*. Coimbra Editora, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Proteção de Menores. Proteção Familiar*, in *Temas de Direito da Família*, 1. Coimbra Editora, 1999.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Transformações do Direito da Família, in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PAIS, Marta Santos. *Child Participation*. Documentação e Direito Comparado, in *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 81/82. Lisboa, 2000.

Parecer da Procuradoria-Geral da República nº 8/91, nº 9.1., de 16.01.1992.

PEREIRA, André Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente. Estudo de Direito Civil*. Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Limites ao Exercício das Responsabilidades Parentais em Matéria de Saúde da Criança: Vida e Corpo da Criança nas Mãos de Pais e Médicos?*. Lisboa: Gestlegal, 2020.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Temas de Direito Pediátrico: Saúde da Criança, Capacidade e Sujeição a Responsabilidades Parentais*. Lisboa: Gestlegal, 2021.

PINHEIRO, Jorge. *Religião e Direito da Família*, in *Revista de Direito Público*. VI N°12, 2014.

PLATÃO. *República*. Tradução de Elísio Gala. 2º Edição, Book Builders, 2017.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida. *Divórcio por Mútuo Acordo - Anotado e Comentado*. 7ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2008.

RAMIÃO, Tomé D'Almeida. *O divórcio e questões conexas: Regime Jurídico Atual*. 3.ª Edição, Lisboa: Quid Juris, 2011.

RIBEIRO, Alcina Costa. “*Autonomia de criança no tempo de criança*” in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*. Almedina, 2010.

RIBEIRO, Catarina. *A Criança na Justiça*. Coimbra: Almedina, 2009.

RIBEIRO, Geraldo Rocha. *Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito e Saúde*, ano 7, n° 14, 2010.

RIVIERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El derecho de visita*. José María Bosch Editor, Barcelona, 1997.

RODRIGUES, Almiro. *Interesse do menor, contributo para uma definição*. Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1985.

ROQUE, Hélder João Martins Nogueira. *Do Princípio da Igualdade dos Progenitores ao Princípio da Inseparabilidade dos Filhos: A Residência Alternada como via Privilegiada da sua Afirmação e o Biologismo como Último Sustentáculo do Mito do “Casal parental”*. Tese no âmbito do doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI, orientada pelo Professor doutor Guilherme Freire Falcão de Oliveira e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2021.

ROQUE, Hélder. “Os Conceitos Jurídicos Indeterminados em Direito da Família e sua Integração”, in *Lex Familiae: Revista Portuguesa de Direito da Família*, Centro de Direito da Família, ano 2, n.º 4 (2005).

SOTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Edições Almedina, S.A, 2014.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Código Civil Anotado – Livro IV – Direito da Família*. 2.º Ed., Coimbra: Almedina, 2022.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 8.ª Ed., Reimpressão; Revista, aumentada e atualizada. Coimbra: Almedina, 2022.

VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. *Julgados de Paz e Mediação: Uma Nova Face da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2006.

VASCONCELOS, Ana, “Do Cérebro à Empatia. Do Divórcio à Guarda Partilhada com Residência Alternada in *A Tutela Cível do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Ebook CEJ, 2014.

VIEIRA, Ângela. "Vacinação das Crianças: E quando os pais não estão de acordo", artigo jornal Observador, 2021.

15. Jurisprudência

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 31-08-2011 - Recurso Especial n.º 2011/0084897-5. Relator(a) Ministra Nancy Andrighi.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 23-06-2009 - Processo n.º 238-A/2001.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18-10-2011 - Processo n.º 626/09.7TMCBR.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 16-05-2017 - Processo n.º 3174/06.3TBVIS-B.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10.07.2019 - Processo n.º 958/17.0T8VIS-A.C.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22-10-2019 - Processo n.º 1014/08.8TMCBRP.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 05.11.2019 – Processo n.º 4564/17.1T8CBR-B.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30-05-2023 - Processo n.º 1362/18.9T8CLD-A.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07-06-2018 - Processo n.º 2439/15.8T8FAR-C.E1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14-01-2021 – Processo n.º 46/11.3TMFAR-Z.E1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 29-11-2012 - Processo n.º 234/11.2TBVV-A.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 05-03-2013 - Processo n.º 228/11.8TBBCL.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 08.10.2015 - Processo n.º 508/05.1TMBRG-A.G.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16-06-2016 - Processo n.º 253/10.6TMBRG-A.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10-11-2016 - Processo n.º 719/08.8TBBCL-C.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02-11-2017 - Processo n.º 996/16.0T8BCL-C.G.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 17-12-2019 - Processo n.º 409/18.3T8BGC-D.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25-03-2021 - Processo n.º 1108/13.8TBCHV-A.G1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14-09-2010 - Processo n.º 1169/08.1TBCSC-A.L1-1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-12-2010 - Processo n.º 526/08.8TBBRR.L1-8.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-10-2012 - Processo n.º 4547/11.5TBCSC-A.L1-6.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18-03-2013 - Processo n.º 3500/10.0TBBRR.L1-6.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24-10-2013 - Processo n.º 5358/11.3TBSXL1-8.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 07-11-2013 - Processo n.º 7598/12.9TBCSC-A.L1-6.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 11-09-2014 - Processo n.º 1869/11.9TMLSB.L1-2 .

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14.02.2015 - Processo n.º 1463/14.2TBCSC.L1-8.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17-12-2015 - Processo n.º 6001/11.6TBCSC.L1.6.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-05-2017 - Processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 05-11-2019 - Processo n.º 3988/14.0T8VIS-B.C1.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19.05.2020 – Processo n.º40/18.3T8MFR-A-7.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19-11-2020 - Processo n.º 13538/15.6T8LSB.L1-C-6.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14.09.2021 – Processo n.º 17922/21.8T8LSB.L1-7.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de Processo de 07-10-2021 – Processo n.º 11516/15.4T8LSB-E.L1-8.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12-01-2023 – Processo n.º 438/17.4T8VFX-E.L1-8.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 09-06-1997 - Processo n.º 9651334.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26-05-2000 – Processo n.º 0120844.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 06-05-2014 - Processo n.º 9436/04.7TBVNG-E.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23-02-2015 - Processo n.º 10799/12.6TBVNG.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 08-10-2015 – Processo n.º 2593/11.8TMPRT-C.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 10-02-2017 - Processo n.º 1530/14.2TMPRT-E.P1

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25-09-2018 - Processo n.º 4597/16.5T8PRT-C.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27-09-2018 - Processo n.º 1654/14.6TMPRT-B.P1.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 21-01-2019 - Processo n.º 22967/17.0T8PRT.P1.

Apelação Cível n.º.: 007253-20.2013.8.19.0021.

People Ex. Rel. Wallace v. Labrenz, 411 I11.618 (1952).

16. Legislação

Código Civil Anotado.

Código Civil Brasileiro.

Código Civil Português.

Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

Constituição da República Anotada.

Constituição da República Federativa do Brasil.

Constituição da República Portuguesa.

Convenção sobre os Direitos da Criança.

Decreto-Lei n.º 13166, de 18 de janeiro de 1927.

Decreto-Lei n.º 10-A/2020, de 13 de março.

Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro.

Decreto-Lei n.º 44198, de 20 de fevereiro.

Lei 3/84, de 24 de março.

Lei da Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001 de 22 de junho).

Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho).

Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de setembro).

Lei n.º 12/93, de 22 de abril (Colheita e Transplante de Órgãos).

Lei n.º 1-A/2020, de 19 de março.

Princípios Gerais Aplicáveis à Mediação – Mediação Civil e Comercial (Lei n.º 29/2013, de 19 de abril).

Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro).

Regulamento da Lei de Acesso ao Direito e aos Tribunais (Portaria n.º 10/2008, de 03 de janeiro).