

Agradeço ao “ISSA, IPR”, nas pessoas das Sr.<sup>as</sup> Dr.<sup>as</sup> Cidália Louro e Tânia Diogo, terem-me honrado com o convite para participar neste Seminário, decisão a que certamente as moveu não apenas o préstimo que possam ter antevisto no que tenha a dizer-vos, se algum for, mas também a amizade de que durante tantos anos me deram continuada prova, designadamente sofrendo-me com resignação monacal frequentes incertezas, algumas idiossincrasias e, por vezes, até impaciências. Elas e tantos outros técnicos, a quem por isso estendo, além do agradecimento, e já agora, também um renovado e sincero pedido de desculpas; tenho esperança de que alguma coisa possa ajudar a manifestação, aqui e publicamente, de que aquela amizade é como todas e por definição devem ser – recíproca. Nisto, e a ninguém desmerecendo, claro está, destaco ainda assim a Sr.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tânia Diogo, cuja sensibilidade e tacto no trato que sempre me dispensou julgo serem excedidos apenas pela preocupação e empenho que, muito para lá do que lhe seria exigível, sempre põe no acompanhamento dos problemas com que as funções a diário a confrontam.

A ela e a todos, obrigado e desculpem-me.

### COMUNICAÇÃO NO SEMINÁRIO “SER FAMÍLIA DEPOIS DO DIVÓRCIO/SEPARAÇÃO”

O tema que me foi proposto para esta intervenção, com que gostaria de só brevemente vos maçar, sendo de indiscutível pertinência, colocou-me à partida uma dificuldade de tomo, a que tentarei fugir mais do que vencer e que é a de, por assim dizer, o mote trazer já o poema... Com efeito, se bem ponderada, a frase “**O Juiz Como Garante da Segurança das Relações Familiares Entre Pais e Filhos**” deixa muito pouco que dizer, porque encerra logo a afirmação do objectivo central da intervenção judicial relativa aos menores e, visto o tema de fundo do seminário, no âmbito da ruptura conjugal dos seus progenitores: assegurar o relacionamento tanto quanto possível regular e satisfatório daqueles com *ambos* estes, como a nossa Lei promove<sup>1</sup>, em conformidade com a Constituição<sup>2</sup> e, sobretudo, de acordo com o que no passar das eras se tornou o modo de ser próprio do desenvolvimento humano.

Independentemente da tutela que com evidência e a diversos títulos merecem formas alternativas de composição familiar que nas sociedades liberais e abertas se vão manifestando, e mesmo da sua maior ou menor frequência fenomenológica, expectavelmente crescente, a biparentalidade é, ou pelo menos idealmente é ainda, um valor positivo do contexto de desenvolvimento das crianças, a que não estamos dispostos a renunciar senão quando no-lo imponha a força dos factos ou a preservação de outros

---

<sup>1</sup> Designadamente no art. 1906.º, n.º 4 e 8, do Código Civil (CC).

<sup>2</sup> Art. 36.º, n.º 3 e 6, da Constituição da República Portuguesa (CR).

que com ele e em concreto se façam incompatíveis. Por outras palavras, já bem se vê, e é o que a nossa lei expressamente assume, o interesse da criança inclui, por princípio, manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores e, no que aqui mais importa e para possibilitá-la, devem ser favorecidas amplas oportunidades de contacto com eles<sup>3</sup> – assinalando-se que “contacto” não deve neste contexto ser lido em termos minimalistas, mas antes e verdadeiramente como o “convívio” amiudado que é condição do desenvolvimento e subsistência de vínculos filio-parentais significativos e gratificantes.

Assim sumariamente enunciado o referente de base com que o problema das repercussões da separação dos pais na vida dos filhos deve ser abordado, julgo ser útil de algum modo precisar o que entendo sobre dois conceitos a todo o passo trazidos à liça nestas matérias, e que são o de “criança” e o de “superior interesse dela”. Desde logo e quanto ao primeiro, o facto de ter uma densificação normativa incontornável (é simplesmente o cidadão com menos de 18 anos de idade, posto que não emancipado)<sup>4</sup>, deve ser no respectivo alcance mitigado pela evidência de que muito antes desse marco etário e de acordo com patamares desenvolvimentais cuja variabilidade empírica reclama apreciação casuística mas que são em termos gerais passíveis de delimitação aproximada, a “criança” vai progressivamente adquirindo capacidades que também de forma gradual fazem mais dignas de consideração e até por vezes decisivas as respectivas opções pessoais – incluindo sobre a determinação concreta dos seus melhores interesses<sup>5</sup>.

Quanto ao segundo, direi que “o *superior* interesse da criança”<sup>6</sup>, a cuja satisfação e como critério decisório uma qualquer solução haja de ser a mais adequada, a mais das múltiplas dificuldades de densificação que aqui passo em claro, gera a de delimitar ao que haja ele de sê-lo (*superior*). Fico-me aqui por notar que não é certamente *superior* à Constituição e à Lei, ou seja, não pode erigir-se em critério *meta constitucional/legal* da validade dessas soluções – com a consequência, simplificando, de que é entre as *normativamente* possíveis, naqueles quadros, que cabe escolher a que melhor sirva esse interesse, não sendo lícito livremente moldá-las por ele mesmo que contra ou à margem

---

<sup>3</sup> Nos termos uma vez mais do art. 1906.º, n.º 8, do CC.

<sup>4</sup> Art. 1.º da *Convenção Sobre os Direitos da Criança*, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20/11/1989 e ratificada por Portugal a 21/09/1990 (Convenção), e art. 5.º, al. a) da Lei de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP - Lei 147/99, de 01/09).

<sup>5</sup> São relativamente extensas as matérias em que os menores já vão enquanto tal gozando de autonomia decisória, a esse propósito falando-se da *incapacidade regressiva* deles ou, reversamente, de *progressivas maioridades especiais* ou *emancipações parciais* que vão atingindo. Em certos temas alguns patamares têm consagração expressa, como sucede, sem pretensão de exaustividade, com o internamento psiquiátrico (art. 7.º, al. b), da Lei n.º 36/98, de 24/07 – Lei de Saúde Mental), aos 14 anos de idade, com o consentimento em geral (art. 81.º e 340.º, n.º 1, do CC, e 38.º, n.º 1 e 3, do Código Penal) e com a administração ou disposição de bens adquiridos pelo trabalho, com os actos relativos ao exercício de profissão e com os negócios da vida corrente (art. 127.º, n.º 1, do CC), aos 16 anos de idade, e tudo até à hipótese limite do casamento e emancipação (art. 132.º, 133.º, do CC, e 255.º a 257.º do Código do Registo Civil – não obstante a restrição do art. 1649.º do CC), também aos 16 anos. Em termos gerais, o menor pode pessoal e livremente decidir, à margem da representação dos pais ou tutores, o que respeite a actos puramente pessoais (art. 1881.º, n.º 1, do CC).

<sup>6</sup> Conceito indeterminado que Convenção consagra, no respectivo art. 3.º, n.º 1, enquanto critério decisório primacial nas questões que digam respeito à criança.

da Constituição e da Lei – e, assim, dos direitos que estas outorguem também aos progenitores. Acresce que mesmo os interesses da criança não são necessariamente convergentes e a-problemáticos, pelo contrário dando-se com frequência o caso de entre si conflitarem e até de a cabal satisfação de uns ser, em maior ou menor medida, incompatível com a de outros.

Breve, aquilo que importa e a que no máximo podemos aspirar é, sempre, determinar os *melhores interesses* da criança, para isso tendo em conta as várias dimensões em que possam revelar-se problemáticos, a posição dela mesma sobre isso quando tenha já a capacidade natural de avaliar-lhe o alcance e formá-la<sup>7</sup>, e procurando a partir daí as soluções mais aptas a satisfazê-los, no que tudo e com certeza cabe tomá-los por centrais e até tendencialmente prevaletes, mas sem perder de vista que a respectiva satisfação não pode ser lograda fora dos limites constitucionais e legais, e desde logo à custa da pura e simples supressão dos direitos dos progenitores<sup>8</sup>, com que pelo contrário tem de ser estabelecida a concordância prática que lhes maximize o aproveitamento<sup>9</sup>.

Creio não incorrer em excesso se afirmar que nada menos do que isto que venho de tentar postular seria compatível com a afirmação de que, enquanto portadores todos da eminente *dignidade humana* que lhes atribui a condição de pessoas<sup>10</sup> e que não consente radical hierarquização como superior/inferior, tanto as crianças reclamam respeito pela autonomia de vontade correspondente às suas capacidades naturais, quanto os progenitores não lhes podem ser *em absoluto* funcionalizados. Uma interpretação das pertinentes normas legais que o viabilizasse colocá-las-ia em distonia com aquele princípio fundante da nossa ordem constitucional e com a necessidade, adequação e proporcionalidade que nela sempre têm de assumir as limitações de direitos. As especiais fragilidades e necessidades dos filhos enquanto crianças e em vista do seu desejável desenvolvimento harmonioso, impõem aos pais amplos deveres e a correlativa compressão potencial de direitos, mas obviamente não fundamentam o estabelecimento de uma qualquer *servidão* parento-filial.

Em boas contas, é fundado nas reflexões que antecederem que há muito me atrevo a criticar, por me parecer quando menos ligeira, uma postura que, contudo, constato frequentemente e se caracteriza por dar de barato que, onde conflituem, os interesses dos progenitores *sem mais* têm de ceder aos dos filhos menores, tendencialmente definidos de forma heterónoma e cuja satisfação esgotaria as preocupações do tribunal. Não; os interesses dos filhos podem prevalecer sobre os dos pais, mas *se e na medida em que* isso seja *adequado* a garantir as melhores condições de desenvolvimento deles

---

<sup>7</sup> Como decorrência óbvia do seu direito a participar nas decisões que afectem, consagrado nos art. 12.º, n.º 1 e 2, da Convenção, 1906.º, n.º 9, do CC, 4.º, al. j), 10.º, n.º 1 e 2, 84.º, da LPCJP, e 4.º, n.º 1, al. c), e 2, e 5.º, do Regime Geral do processo Tutelar Cível (RGPTC), aprovado pela Lei 141/2015, de 08/09.

<sup>8</sup> Designadamente o que em condições de igualdade entre os pais têm à manutenção e educação dos filhos e a que no seu exercício tenham protecção da sociedade e do Estado – art. 36.º, n.º 3 e 5, e 68.º, n.º 1 e 2, da CR.

<sup>9</sup> Art. 18.º, n.º 2, da CR.

<sup>10</sup> Art. 1.º da CR.

segundo as suas particulares situação e carências, seja *necessário* para o efeito e seja, enfim, *proporcionado* à limitação que importe na satisfação dos legítimos dos pais, que em todo o caso têm de ser ponderados e o mais possível preservados.

Nas margens do tema proposto, tenho especialmente em vista a ênfase de que ao interesse (em rigor: direito) das crianças ao convívio regular com ambos os pais, em condições propícias ao estabelecimento e manutenção de relação parento-filial significativa e gratificante, que como vimos entendo postar-se a jusante do de terem condições de crescimento e desenvolvimento integral saudável e é deste fluente, correm em paralelo os direitos (e também deveres) de cada um daqueles a manter esse convívio com os filhos. É neste feixe que as separações dos progenitores geram amiúde disrupções as mais diversas, que ao juiz de menores cabe tentar reparar o melhor possível, e com isto passo agora sim mais directamente à questão e aos múltiplos termos (e âmbitos) em que é usual colocar-se-lhe – fazendo uma primeira distinção entre os casos em que o desvio à desejável regra é da iniciativa do progenitor que se afasta do convívio da criança e aqueles em que nasce da iniciativa do outro progenitor que a tem a seu cuidado, da própria criança ou de um misto de ambas em maior ou menor proporção de cada.

Não raro sucede que no contexto conflitual da separação parental e mesmo como imediata decorrência dela, ou por força de representação cultural idiossincrática, mero embotamento afectivo ou seja pelo que for (não faltam motivações as mais variadas e por vezes até eticamente revoltantes), um dos progenitores opta por afastar-se da criança – e, digamo-lo com as letras todas, embora seja uma postura que se vai observando em ambos os sexos, fenomenologicamente é *esmagadora* a prevalência nela do masculino, algo que tenho por revelação empírica na experiência profissional, a própria e a próxima. Falando imprecisa mas impressivamente, há como que uma “renúncia” desse progenitor ao exercício do direito de participar activamente da vida do filho, a qual, nem por envolver um ilegítimo alijamento do dever parental que esse convívio também é, e correlativamente um prejuízo do interesse do filho nele (do direito do filho a ele), deixa de ser em boa medida *incoercível*.

Como logo se percebe, uma tal actuação, refractada no alheamento das decisões necessárias sobre questões de especial importância na vida do filho e/ou em omissão de obrigações patrimoniais, pode, respectivamente, conduzir à excepcional concentração do poder de decisão no outro progenitor, apesar de a regra ser actualmente e no nosso direito a da partilha (exercício em comum)<sup>11</sup>, e/ou à efectivação coerciva daquelas obrigações<sup>12</sup> e até à responsabilização criminal<sup>13</sup>, mas praticamente o potencial da actuação do juiz esgota-se com isso, e com as potenciais multas/indemnizações por incumprimento da

---

<sup>11</sup> Art. 1901.º, n.º 1 e 2, 1906.º, n.º 1, 1911.º, n.º 1 e 1912.º, n.º 1 e 2, do CC.

<sup>12</sup> Por via executiva, nos termos dos art. 933.º e ss. do Código de Processo Civil (CPC), ou nos mais expeditos do art. 47.º do RGPTC.

<sup>13</sup> Art. 250.º, do Código Penal (CP).

regulação vigente<sup>14</sup> – não sendo cogitável, mesmo concedendo que algum bem daí pudesse resultar, a execução coerciva e em si mesmo do indesejado convívio.

Fixo-me aqui e por conseguinte nas outras hipóteses, de longe mais frequentes, de a indevida limitação ou eliminação dele decorrerem da iniciativa e actuação consequente do outro progenitor, da criança ou de ambos – em passagem notando que também aqui não sendo a atitude exclusiva de um dos sexos, e seguindo a mesma bitola de avaliação, o que *esmagadoramente* prevalece, quando o problema é gerado por um dos progenitores, é que seja o do sexo feminino; coisa que está em linha com a verificação de que após a separação dos progenitores os menores continuam em larga maioria a ficar com residência habitual atribuída às mães, desse modo investidas de um poder fáctico de condicionar o convívio deles com os pais muito maior do que o destes para actuarem em sentido oposto.

Não devemos ver nisto mais do que a constatação, e em especial não cabe atribuí-lo a qualquer falência putativa dos tribunais, determinada por atavismo quanto aos papéis ou mesmo preferência sexista na repartição (in)equitativa de responsabilidades e direitos relativamente aos filhos. Sucede apenas que, independentemente das razões últimas, cuja discernibilidade e relevo serão matéria da sociologia e porventura a tomar em devida conta nas decisões político-legislativas, a repartição familiar de papéis entre os sexos estatisticamente *modal* (seja tácita ou expressamente estabelecida, de forma constante ou variável no tempo e segundo as circunstâncias, instituída como ponto de partida ou de forma gradual, tanto monta, porque em regra livremente assumida), continua a ser uma tal que confere às mães prevalência clara no tratamento quotidiano dos assuntos dos filhos. Sobre isso faremos, individual ou comunitariamente, as apreciações que entendermos, porventura julgando-o dissonante com o desejo e até expectativa de difusão e efectiva vigência social de valores que são do programa constitucional<sup>15</sup>, e lamentá-lo-emos ou não, mas nada assim alteramos à *objectiva* realidade de facto, que em última análise explica que os acordos padrão sobre regulação do exercício das responsabilidades parentais determinem a residência habitual dos filhos com as mães. E mesmo no caso de conflito que ao tribunal caiba resolver, o que todos sabemos que usualmente está em causa (sem falar nas contendas sobre obrigações materiais...), é a maior ou menor extensão dos convívios dos filhos com os pais, num contexto por estes aceite de residência habitual deles com as mães, como estas de ordinário mais assertivamente reclamam.

É certo que por via de lei se tornou hoje pacífico que mesmo na falta de acordo entre os pais o tribunal, se o entender melhor sob o ponto de vista dos interesses da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, *pode* determinar a residência alternada dela com cada um dos progenitores, independentemente de acordo dos mesmos nesse

---

<sup>14</sup> Ar. 41.º, n.º 1, do RGPTC.

<sup>15</sup> Art. 36.º, n.º 3, da CR.

sentido<sup>16</sup>. Todavia, ainda que com isso e com a obrigação de encontrar soluções que propiciem amplo convívio dos menores com ambos os progenitores, possa hoje divisar-se uma preferência legal pela dita residência alternada (aliás congruente com a explícita regra do exercício comum das responsabilidades), torna-se óbvio é que ela não deva ser *imposta* quando em comum acordo aqueles *a não desejam*. Além disso, mesmo quando reclamada pelo pai, é recorrente suceder que a perspectiva de uma residência alternada do filho com ele e com a mãe falhe com estrépito o teste da adequação à melhor satisfação dos respectivos interesses, logo quando se averiguam o grau de envolvimento passado de cada um nos assuntos quotidianos do filho e as diferentes aptidão e disponibilidade para de futuro assumir cuidados; mas também quando se confronta a própria criança com essa perspectiva.

Retomando o fio à meada, temos que após a separação dos progenitores, a residência habitual do filho com um deles, em geral a mãe, e a garantia do envolvimento pessoal na sua vida pelo outro, usualmente o pai, mediante um regime de contactos, visitas e convívios tão amplo quanto possível, é o que continua a ser a solução dominante. Porém, onde as circunstâncias a isso se não oponham, o que de um modo geral e logo à partida significa que além de não haver impedimentos fácticos (como afastamento geográfico, falta de condições habitacionais ou incapacidades pessoais, só para exemplificar), a valia parental dos progenitores aproximadamente se equivalha (nomeadamente em vinculação afectiva, aptidão, disponibilidade e real participação activa), então o juiz, assumindo a biparentalidade efectiva como um decisivo interesse profundo e de longo prazo da criança (e se isso não for no concreto caso desmentido), pode, e segundo me parece *deve*, logo no plano da decisão inicial sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais, cortar cerce a possibilidade de desvios, impondo a um dos progenitores a residência alternada que por si repudia mas que o outro reclama.

E é na verdade este, o da definição judicial da regulação daquele exercício que por via do dissídio se imponha, o primeiro e mais decisivo instrumento do juiz para assegurar a continuidade das relações familiares entre pais e filhos, a despeito da separação dos primeiros: promover e aceitar acordos que nesse específico plano e mesmo no caso de residência habitual com um, favoreçam amplas oportunidades de contacto com o outro, como condição de relação de grande proximidade também com este; e, não sendo viável um tal encontro de vontades, então estabelecer mediante a decisão o regime em que ela melhor possa preservar-se e desenvolver-se.

Isto pode implicar, tenho-o por claro, não somente *impor* ao progenitor guardião que se mostre exclusivista ou indevidamente limitativo da relação do filho com o outro, o dito regime amplo de contactos, visitas e convívios, como até e se as demais circunstâncias do caso o consentirem, impor a residência alternada ou, no limite e sempre dependendo da viabilização pelas mais circunstâncias, redefinir drasticamente os papéis, fixando afinal a residência habitual da criança com aquele outro – isto na assunção lógica de que o que

---

<sup>16</sup> Ar. 1906.º, n.º 6, do CC, na redacção introduzida pela Lei 65/2020, de 04/11.

à margem de razões bastantes se mostra recalcitrante à residência alternada e até limitativo dos contactos, visitas e convívios do filho com o outro, não será, de entre os dois, quem se mostra em melhores condições para viabilizar a desejada proximidade do filho com o não residente ou quem oferece disso as melhores perspectivas.

Depois, e pressuposta como estabelecida uma regulação que em face das circunstâncias do caso assegure tanto quanto possível uma relação de grande proximidade da criança com ambos os progenitores, o problema passa a ser ou de tutela dos direitos assim já servidos (da criança e dos pais), ou de adequação da forma de serviços às alterações que possam ter-se verificado, vertentes em que os instrumentos que ainda no plano do direito civil estão à disposição do juiz são os contemplados nos procedimentos de incumprimento (este passível de desencadear-se sob requerimento ou mesmo oficiosamente)<sup>17</sup> e de alteração (admissível somente sob requerimento)<sup>18</sup>.

Começando por este último, diria somente, aqui, que se trata de nada mais do que redefinir o regime, com maior ou menor amplitude, *se e na medida em que* uma nova realidade da criança, de algum dos pais ou de ambos o imponha, sendo *sempre os mesmos* os critérios essenciais da nova regulação a que se for necessário se haja de chegar. Entendo em todo o caso pertinente observar que, justamente, a alteração pode radicar no incumprimento do regulado, desde que um incumprimento *por ambos* os progenitores e, assim, sinalizador da sobrevinda inadequação do regime, sem olvidar que o incumprimento bilateral pode bem por seu lado ter raiz no de um deles.

Quanto ao incumprimento, estão especificamente previstos mecanismos como a determinação da entrega coerciva da criança (sob presidência dos serviços de assessoria técnica ao tribunal)<sup>19</sup>, a condenação em multa e/ou a condenação em indemnização a favor daquela e do progenitor lesado ou de ambos<sup>20</sup>, mas estas são obviamente soluções limitadas no seu alcance e, dir-se-ia, aptas apenas a lidar com inobservâncias que, mais ou menos graves que se mostrem, porventura até repetidas, sejam em última análise pontuais ou transitórias – nem sendo cogitável a prolongada reiteração sucessiva de tais mecanismos, nem sobretudo e no caso dos últimos (multa e indemnização) cabendo, nessa eventualidade, esperar que o efeito deles fosse significativamente além do sancionatório do faltoso e que tivesse o desejado potencial de por essa via levar à efectivação do devido (que é o objectivo primeiro). Com pouca diferença pode dizer-se outro tanto da eventualidade, no caso de a admitirmos (coisa disputada e em que aqui me não embrenho), da condenação desse faltoso em sanção pecuniária compulsória<sup>21</sup>, ainda assim com melhor aptidão para lidar com condutas reiteradas de indevida obstaculização de convívios.

---

<sup>17</sup> Art. 41.º do RGPTC.

<sup>18</sup> Art. 42.º do RGPTC.

<sup>19</sup> Art. 41.º, n.º 5 e 6, do RGPTC.

<sup>20</sup> Art. 41.º, n.º 1, do RGPTC.

<sup>21</sup> Art. 829.º-A do CC.

Mais relevante poderia mostrar-se a previsão genérica das “diligências necessárias para o cumprimento coercivo”<sup>22</sup>, que, porém, se em termos abstractos pareceria deixar ao juiz um amplo leque de soluções que se adaptem melhor às incidências de cada problema, na concreta realidade das coisas escassamente adianta, por nenhuma ou poucas se revelarem com esse potencial. A excepção, que é de tomo, vejo-a na conjugação daqueles mecanismos com a imposição de acompanhamento da execução da regulação pelos serviços de assessoria técnica, por si ou com concurso de outros especializados<sup>23</sup>, com o potencial de intervenção por assim dizer terapêutica nas disfuncionalidades relacionais entre os progenitores ou nas características psicológicas do incumpridor em que possa radicar o incumprimento. Também isto, de ordinário envolvendo, nomeadamente, períodos mais ou menos extensos de entregas controladas, visitas supervisionadas, orientação técnica e/ou acompanhamento psicológico, é coisa que, a despeito de uma vocação mais duradoura, mas sempre limitada, não pode aspirar à tendencial permanência de uma regulação (até à maioridade das crianças), nem em sua natureza nem, de resto, em face da escassez de meios – mas o certo é que, de novo apelando à experiência, creio vir-se revelando o que maior potencial encerra, conduzindo à pacificação em assinalável quantidade de casos.

Noto ainda, para encerrar este excurso sobre os instrumentos à disposição do juiz para lidar com os incumprimentos, que mesmo sem serem bilaterais estes podem ser em si mesmos o ponto de partida para uma alteração da regulação. Desde logo, e no âmbito do próprio procedimento de incumprimento, a alteração pode lograr-se por acordo entre os progenitores<sup>24</sup>, o que é com efeito um modo frequente de pôr termo ao dissídio, definindo-se consensualmente um novo regime que, sempre salvaguardando os interesses da criança, possa melhor prestar-se à observância. Mas em todo o caso, isto é, mesmo na falta desse acordo, a natureza do incumprimento e em especial as suas gravidade e reiteração, com as incidências que engendram na vida quotidiana do filho, podem verdadeiramente resultar na criação de *uma nova situação* que por seu lado seja fundamento do pedido de alteração – pelos progenitores ou pelo Ministério Público no interesse da criança, ou até por esta mesma quando maior de 12 anos de idade<sup>25</sup>. Isto, se não dispensa a instauração de um procedimento de alteração em cujo culminar e se for o caso haja de chegar-se à nova regulação, nos termos e com os critérios já referidos, pode bem e em vista dela fundar a tomada de uma *decisão provisória*<sup>26</sup>, logo naquele mesmo procedimento de incumprimento, algo que aliás, porventura em resultado da *prontidão* de resposta que representa, se mostra amiúde de grande eficácia.

Esgotados estes meios tutelares cíveis, isto é, onde se revelem insuficientes para assegurar de modo minimamente satisfatório a efectiva execução do regime de residência e convívios da criança com ambos os pais, enquanto condição da manutenção de

---

<sup>22</sup> Art. 41.º, n.º 1, do RGPTC.

<sup>23</sup> Art. 40.º, n.º 6, do RGPTC.

<sup>24</sup> Art. 41.º, n.º 4, do RGPTC.

<sup>25</sup> Art. 17.º, n.º 1, do RGPTC.

<sup>26</sup> Art. 28.º do RGPTC.



relações de grande proximidade entre eles, ou até em paralelo com o emprego deles, pode dar-se o caso de haver necessidade de intervenção de promoção de direitos e protecção, nos termos da LPCJP. Com efeito, e muito embora os âmbitos dos processos relativos à regulação e de promoção e protecção não sejam coincidentes, não sendo as respectivas modalidades de intervenção como que intermutáveis e antes cumprindo destringer-lhes a pertinência com cuidado, é incontornável a possibilidade de áreas de sobreposição e, em última análise, a verificação de que um dos progenitores injustificada e reiteradamente priva o filho de convívio satisfatório com o outro, sem que à situação se venha logrando dar remédio com os já ditos instrumentos, como que impõe a conclusão de que está em perigo o seu desenvolvimento, por acção de um dos progenitores<sup>27</sup>.

Assim o considerando, os meios de intervenção que nesse âmbito cabem ao juiz (pressupondo a judicialização desse processo), são significativamente reforçados com a panóplia das medidas de promoção e protecção legalmente disponíveis<sup>28</sup>, evidentemente destacando-se, por ser a que à partida se posta como potencialmente pertinente, a de apoio junto dos pais ou de um destes, em cujo contexto o acompanhamento/orientação por serviços adequados se torna viável de modo algo mais duradouro e com maior amplitude de meios. De resto, a ser nesse outro procedimento e também em matéria tutelar cível logrado acordo que o tribunal considere compatível com os interesses da criança, pode ser aí mesmo homologado<sup>29</sup>, possibilidade que abrange não apenas uma regulação inicial mas também eventual alteração da que já vigorasse e estivesse a ser objecto de incumprimento.

Por fim, no que ao incumprimento respeita, sublinho que o direito penal não fica alheio ao problema. A inobservância repetida e injustificada, mediante recusa, atraso ou dificultar das entregas da criança para cumprimento do estabelecido na regulação do exercício das responsabilidades parentais, é conduta que importa a comissão de crime punível com pena de multa até duzentos e quarenta dias ou de prisão até dois anos<sup>30</sup>. O procedimento por esse crime depende contudo de queixa, para a qual tem legitimidade o progenitor assim indevidamente preterido, e desse modo, e em todo o caso porque a decisão não é do juiz de menores mas de um juiz criminal, não se trata verdadeiramente e para o que aqui importa de um instrumento de que aquele primeiro disponha. No entanto, estou em crer, lá onde o crime seja preenchido e essa queixa tenha lugar, o procedimento e a inerente perspectiva de pena podem revelar-se um poderoso factor de condução do incumpridor à observância devida.

Muito mais problemáticos ainda são os casos da segunda ordem que referi, vale dizer, aqueles em que o desvio fáctico à desejável regra de grande proximidade de relacionamento do filho com ambos os progenitores é da iniciativa dele mesmo ou, em

---

<sup>27</sup> Art. 3.º, n.º 1 e 2, al. f), da LPCJP.

<sup>28</sup> Art. 35.º, n.º 1, da LPCJP.

<sup>29</sup> Art. 112.º-A, da LPCJP.

<sup>30</sup> Ar. 249.º, n.º 1, al. c), e 2, do CP.

todo o caso, conta com o concurso da sua vontade (incluindo aqueles em que apesar de a iniciativa poder até com maior ou menor clareza ter sido do outro, a quebra relacional com um dos pais é por si *assumida* – seja por alinhamento com as respectivas posições, seja por afastamento afectivo em relação ao que assim posterga ou seja pelo que for, mostrando-se o número das possibilidades inabarcável e por isso reclamando sempre averiguação casuística). Tendo presente que as possibilidades de intervenção são as mesmas, intuitivamente se evidencia o agravamento da contingência do sucesso dela, aliás crescente em modo directamente proporcional ao avanço da idade do filho e, com isso, ao aumento do peso que as suas decisões assumem nas ponderações a fazer.

Naturalmente, a questão nem mesmo se põe quando se trate de criança de muito tenra idade e, portanto, sem real capacidade natural de ponderar interesses, formar decisões ou sequer exprimi-las, circunscrevendo-se então o problema à carência de solução judicial do conflito interparental em que aquela tende a ser feita joguete. Por outro lado, é francamente facilitada quando em causa esteja já um adolescente ou mesmo um pré-adulto, com as capacidades expectáveis na correspondente faixa etária e que decline razões sensatas ou ao menos atendíveis enquanto fundamento decisório razoável, em termos de impor respeito pela sua autonomia pessoal nas opções que tome. Não cabe impor-lhe a ele uma regulação que o violenta (quando muito deixando aberta a possibilidade de convívios dependente da sua vontade), e no contexto de uma regulação já vigente deixa de poder falar-se em incumprimento do progenitor (a objectiva inobservância não lhe é imputável, ou deixa de sê-lo, ainda que tenha com a sua antecedente conduta contribuído para no filho gerar uma tal posição). Nestes casos, sem prejuízo de entender que, embora dificilmente coercível, é de todo o modo um dever parental do progenitor guardião tentar activamente, enquanto principal responsável pela orientação da criança e promotor/defensor dos respectivos interesses, motivá-la à normalização da relação com o outro, o que em boas contas não há (ou, com mais rigor, torna-se irrelevante) é o próprio conflito interparental.

Onde as coisas se tornam mais incertas, e por vezes bem hirsutos os problemas, é pois nos estados intermédios do desenvolvimento da criança, em que, sendo para mais de pouco préstimo o recurso a padrões gerais, dada a grande variabilidade individual, pode revelar-se francamente difícil não apenas alcançar as razões das posições, a consistência e adesão à realidade, ou não, dos respectivos fundamentos, ou até conseguir que aquelas sejam aberta e compreensivelmente manifestadas, como sobretudo a verificação ou afastamento do seu eventual *condicionamento* por um dos progenitores, em maior ou menor medida, activo ou passivo e exactamente como. Se em boa quantidade de casos apesar de tudo se logram em um e outro plano resultados úteis, seja por uma cuidadosa averiguação judicial, feita em conformidade com as regras de cuidado que a experiência vai decantando e com apoio dos técnicos habilitados<sup>31</sup>, seja em especial pelo contributo dos psicólogos e técnicos sociais que escrutinam e avaliam a situação,

---

<sup>31</sup> Art. 5.º, n.º 7, al. a), do RGPTC.

reportando as conclusões que os seus especiais conhecimentos viabilizem<sup>32</sup>, nem sempre são obtidos em tempo verdadeiramente útil; e em outros tantos, e porventura até mais, chega-se, infelizmente, a estados de incerteza que tendem a gerar impasse decisório – com o que, por falta de remédio oportuno, acabam por ir-se cristalizando patologias relacionais prejudiciais aos interesses de longo prazo da criança e aos do progenitor postergado.

Não é viável e nem a tenho como objectivo, menos ainda neste específico contexto, uma averiguação miúda dos meandros desta ordem de problemas e, por isso, deixando-os assim por alto referidos, cinjo-me aqui a um apenas, por ser especialmente espinhoso e de manifestação frequente. Situações há, e estão longe de ser poucas, em que se se torna imediatamente óbvio, ou se apura com relativa brevidade, ou seja como for acaba por concluir-se seguramente, que o progenitor guardião (de facto ou nos termos de regulação vigente), mais do que não cumprir devidamente o seu dito dever de apoio e motivação da criança a um normal relacionamento filial com o outro, de colaboração com este outro na ultrapassagem de dificuldades que nesse plano a própria criança possa suscitar, é ele mesmo e activamente a mola real delas. Por desgracia, todos conhecemos o fenómeno: envolve, com graus os mais diversos de empenho e esforço, abertamente ou em jeito dissimulado, de formas entre toscas e elaboradamente astutas, directas ou ínvias e por vezes verdadeiramente insidiosas, acompanhar os obstáculos objectivos aos contactos, visitas e convívios, da gradual enxertia e desenvolvimento, no espírito da criança, de uma animosidade para com o outro, que depois é brandida como justificação daqueles obstáculos.

São incontáveis as concretas acções que a inventiva humana vai pondo ao serviço desse programa, mas ainda assim destacam-se, por mais usuais e por em geral serem como que enquadramento das demais, o denegrir constante do outro progenitor ou dos seus familiares, com atribuição de malfeitorias passadas ou potenciais, magnificação nesse sentido de episódios relativamente anódinos ou até ficcionamento deles (incluindo os da maior gravidade), ao ponto de pela sugestão se criarem memórias distorcidas ou mesmo falsas, e em todo o caso a criação e estímulo de receios sem real justificação; e o desenvolvimento de relacionamento fusional obsessivo em cujo contexto a criança é recrutada para alinhamento contra o outro progenitor no conflito que a ambos oponha e são apresentadas as pretensões desse outro aos convívios como uma insuportável intrusão. A situação complexa gerada por essas condutas de um dos progenitores e a sua repercussão nas do menor, designadamente acabando por fazê-lo contribuir na “campanha” contra o outro, é o que a final muitos designam, na esteira do psiquiatra americano Richard Gardner, que cunhou os termos, por Síndrome de Alienação Parental.

É hoje trivial a afirmação do descrédito generalizado da conceptualização enquanto categoria nosológica da psiquiatria, aliás nunca como tal reconhecida pela American Psychiatric Association ou por qualquer outra associação médica ou profissional credível.

---

<sup>32</sup> Art. 20.º, 21.º, n.º 1, als. d) e e), e 22.º, do RGPTC.

Importante, é notar que os incertos critérios de “diagnóstico” desse suposto síndrome tendem a uma patente circularidade, despindo-o de valor científico e, assim, tornando-o imprestável como importação de conhecimento objectivo fiável para as decisões judiciais, em que o seu acrítico emprego, como cristalização definitiva de um estado de coisas, ao jeito da confiança que merece a informação pericial de natureza médica, ou mais ainda por iniciativa do próprio tribunal, arriscaria “legitimar” uma indevida omissão de averiguação sobre as razões próprias da criança, sobre a existência ou não de fundamentos para as alegações feitas e, assim e em última análise, sobre efectivos prejuízos que para os interesses daquela pudessem nascer do convívio ou do convívio alargado com o progenitor supostamente “alienado”.

Nada disto desconheço, mas tenho de enfatizar que o facto de uma coisa não ser algo não a torna *ipso facto* em coisa nenhuma. Dizendo-o de jeito mais claro: não é por o chamado “síndrome de alienação parental” não ter valia como categoria nosológica da psiquiatria nem enquanto tal préstimo para, assim “diagnosticado”, ser uma informação pericial, que a factualidade susceptível de assim ser classificada, *em se demonstrando* (que é o que importa) passará a ser destituída de relevo enquanto problema carente de uma actuação judicial. Na verdade, independentemente de qual seja o concreto ânimo que lhe está na origem, e até de haver ou não patologias de ordem psiquiátrica/psicológica de que releve ou que o enquadre, e quais e carentes de que intervenções terapêuticas, certo é que se depois de feita a averiguação pertinente se conclui que a suposta rejeição de um dos progenitores pela criança é fruto de uma actuação injustificadamente obstaculizadora do outro e como acima descrita, penso não ser legítimo duvidar de que há uma lesão dos interesses/direitos da criança e também do progenitor desse modo postergado, a que obviamente o tribunal não pode ser alheio.

E, dando isso por indisputavelmente assente, segundo a muito realista lógica de que uma rosa cheira do mesmo modo não obstante o nome que se lhe atribua<sup>33</sup>, direi que nos casos mais extremos de encarniçamento na dita atitude, quando esta se mostre resistente a meios menos drásticos, creio não poder senão concluir-se que a melhor solução é a drástica alteração do estado de coisas que a propicia, isto é, definir a residência da criança com o progenitor que daquele modo indevido vem sendo afastado da criança (ou de que a criança vem sendo afastada, tanto monta). A isso podem ser obstáculos infrangíveis, está bom de ver, a falta de condições materiais ou pessoais desse outro progenitor para assegurar cabais cuidados gerais ou, a partir de certas idades e correspondentes capacidades, uma decidida e irreduzível oposição da própria criança. Porém, onde não sejam os casos, tenho como razoável critério geral a ideia de que entre o prejuízo do afastamento para os interesses de longo prazo da criança e o de contrariar, expectavelmente de modo temporário, uma sua vontade mal formada e até severamente condicionada, este último é seguramente o menor dos males; e tanto mais assim quanto é de esperar que o progenitor até aí afastado e que passe a ser o guardião, não incorra

---

<sup>33</sup> Usando a citação completa: *A rose by any other name would smell as sweet*, W. Shakespeare, “Romeu e Julieta”, Acto II, Cena II.

ele mesmo, por identidade de motivos ou simples represália, em idêntica desconsideração pelos interesses do filho e do primeiro, passando por seu lado à mesma atitude de afastamento.

Na minha experiência, a que venho apelando e é considerável (com exercício na jurisdição de família e menores nesta comarca ao longo de 17 anos, segundo sabe a maior parte de vós), poucas vezes se tornou necessário a isso chegar, mas registro que quando o foi a solução se mostrou quase sempre satisfatória. No mínimo, cessou a indevida quebra relacional da criança com um dos progenitores; nos melhores casos, isso correu de par com manutenção do relacionamento regular com o que antes era o incumpridor, alguns tendo havido em que a situação veio até a ser posteriormente revertida mas já com normalização de convívios; e nos piores, importa reconhecê-lo, apenas se inverteram os termos do problema e só o crescimento da criança acabou por de uma forma ou de outra pôr-lhe fim, mas estes foram verdadeiramente residuais e de todo o jeito dificilmente se afirmaria que a situação da criança tivesse ficado pior.

Já encerrando, não quero deixar de fazer uma observação ainda, relevante de algo que atrás referi e que é o foco que o direito penal também lança sobre a questão em apreço. É que se por um lado quem de um modo repetido e injustificado incumpre o regime estabelecido para a convivência do menor na regulação do exercício das responsabilidades parentais (com recusar, atrasar ou dificultar significativamente a sua entrega), incorre em pena de prisão até dois anos ou multa até duzentos e quarenta dias, por outro prevê igualmente a lei que essas penas sejam especialmente atenuadas quando a conduta tenha sido condicionada por respeito pela vontade do menor com idade superior a 12 anos<sup>34</sup>. O que para além do expressamente afirmado isto implica, é que o efeito justificador usualmente almejado com influir naquela vontade do menor é coisa afastada pela própria lei penal, que sem prejuízo da dita atenuação em função do respeito por essa vontade, e só quando se trate de uma criança que ainda não tenha aqueles 12 anos de idade, a isso se cinge, *mantendo a conduta em si mesma no domínio da ilicitude criminal*; e, de modo claro, podemos ainda tirar dali, com igual valia para o plano tutelar cível (em que não poderia ser lícito o que no plano criminal o não é), a afirmação de que como princípio é a partir daquela idade que no contexto deste específico problema a vontade da criança mais significativamente releva, sem necessariamente se tornar decisiva.

Decerto acreditarão que bem poderia, em jeito quase indefinido, prosseguir com estas lacunosas e mal encadeadas reflexões que vos venho infligindo, aprofundando-as, articulando-as melhor, procurando ir mais além nesta ou naquela conclusão ou o mais a que conduzisse o meu irresistível vício da prolixidade. Porém, desculpando-me com o não as ter premeditado para serem mais do que isso, reflexões que aqui exponho sem pretensão de rigor academista, sinto-me ainda obrigado à promessa, a que já demasiado faltei, de apenas brevemente vos maçar. Por aqui me fico, pois, agradecendo a atenção

---

<sup>34</sup> Art. 249.º, n.º 2, do CP.

que me dispensaram e que gostaria pudesse trazer-vos proveito mais tangível do que o cumprimento do dever de delicadeza.

A todos muito obrigado.

Ponta Delgada, 16 de Maio de 2022