



A TUTELA CÍVEL DO SUPERIOR INTERESSE DA
CRIANÇA
TOMO II

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

julho de 2014



Continuamos a tratar das Providências Tutelares Cíveis, na senda da tutela cível do superior interesse da criança.

Neste TOMO II abordaremos os incumprimentos dos regimes estabelecidos em sede de regulação do exercício das responsabilidades parentais, o novo instituto do apadrinhamento civil, as relações da criança com terceiros de referência, a desejada articulação entre jurisdições actuando sobre o mesmo problema e a mediação familiar.

Todas as referências bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais sobre o tema já foram incluídas no Tomo I, para o qual remetemos.

Ficha Técnica

Direção:

Maria Helena Fazenda (Procuradora-Geral Adjunta, Diretora-Adjunta do CEJ)

Jurisdição da Família e das Crianças:

Ana Massena (Procuradora da República)

Lucília Gago (Procuradora-Geral Adjunta)

Maria Perquilhas (Juíza de Direito)

Paulo Guerra (Juiz Desembargador)

Nome:

A TUTELA CÍVEL DO SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA – TOMO II

Categoria:

Formação Contínua

Intervenientes:

Judite Babo (Procuradora da República no Tribunal de Família e Menores de Vila Nova de Gaia)

Ermelinda Carneiro (Juíza de Direito no Tribunal de Família e Menores do Porto)

Ana Rita Alfaiate (Docente Universitária na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Geraldo Ribeiro (Docente Universitário na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Rui do Carmo (Procurador da República na Procuradoria Geral Distrital de Coimbra)

Ana Lídia Cadete (Juíza de Direito no Tribunal Judicial de Soure)

Isabel Pastor (Coordenadora do Setor da Adoção, do Apadrinhamento civil e do Acolhimento Familiar, do Instituto de Segurança Social)

Paula Távora Vítor (Docente Universitária na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Rosa Cândido Martins (Docente Universitária na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Anabela Quintanilha (Advogada e Mediadora Familiar)

António José Fialho (Juiz de Direito no Tribunal de Família e Menores do Barreiro)

Fernanda Alves (Procuradora da República no Departamento de Investigação e Ação

Penal de Lisboa)

Revisão final:

Docentes da Jurisdição de Família e das Crianças

Joana Caldeira (Técnica Superior do Departamento da Formação do CEJ)

ÍNDICE

PARTE I – OS INCUMPRIMENTOS DOS REGIMES ESTABELECIDOS EM SEDE DE EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	9
Os incumprimentos do exercício das responsabilidades parentais - aspetos patrimoniais – <i>Judite Babo</i>	11
Sumário	15
Texto da intervenção	16
Os incumprimentos do exercício das responsabilidades parentais - aspetos pessoais – <i>Ermelinda Carneiro</i>	35
Sumário	39
Texto da intervenção	41
PARTE II – O APADRINHAMENTO CIVIL – CONSTRANGIMENTOS, VIRTUALIDADES E CONSOLIDAÇÃO DO INSTITUTO	47
Reflexões a propósito do apadrinhamento civil – <i>Ana Rita Alfaiate</i>	49
Sumário	53
Texto da intervenção em co-autoria com <i>Geraldo Ribeiro</i>	54
Apresentação em <i>powerpoint</i>	79
Videogravação da comunicação	111
Apadrinhamento civil – <i>Rui do Carmo</i>	113
Sumário	117
Apresentação em <i>powerpoint</i>	119
Videogravação da comunicação	139
O apadrinhamento civil: as potencialidades do instituto – o caso do Bruno – <i>Ana Lídia Cadete</i>	141
Sumário	145
Texto da intervenção	146
Videogravação da comunicação	150
Apadrinhamento civil – constrangimentos, virtualidades e consolidação do instituto – <i>Isabel Pastor</i>	151
Sumário	155
Texto da intervenção	157
Apresentação em <i>powerpoint</i>	165

Videogravação da comunicação	209
PARTE III – AS RELAÇÕES DA CRIANÇA COM TERCEIROS DE REFERÊNCIA	211
O direito da criança à convivência com familiares e outras pessoas de referência – <i>Paula Távora Vítor e Rosa Cândido Martins</i>	213
Sumário	217
Apresentação em <i>powerpoint</i>	219
Videogravação da comunicação	237
PARTE IV – MEDIAÇÃO FAMILIAR E CONCILIAÇÃO JUDICIAL.....	239
4.1. Técnicas de negociação em direito da família – a negociação na mediação familiar – <i>Anabela Quintanilha</i>	241
Sumário	245
Texto da intervenção	246
Videogravação da comunicação	251
Técnicas aplicadas em mediação familiar – a “caixa de ferramentas do mediador” e a fase de negociação – <i>Isabel Oliveira</i>	253
Sumário	257
Texto da intervenção	258
Videogravação da comunicação	266
4.2. Os poderes de conciliação do tribunal em direito da família e das crianças – <i>António José Fialho</i>	267
Sumário	271
Texto da intervenção	272
Apresentação em <i>powerpoint</i>	291
Videogravação da comunicação	317
PARTE V – AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO QUADRO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – A ARTICULAÇÃO ENTRE OS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS E O PROCESSO CRIMINAL	319
As responsabilidades parentais no quadro da violência doméstica – a articulação entre os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e o processo criminal – <i>Fernanda Alves</i>	321
Sumário	325
Texto da intervenção	327

NOTA:

Pode “clique” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando no símbolo  existente no final de cada página, será **redirecionado** para o índice.

Nota:

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
Versão inicial – 30/07/2014	

Parte I – Os incumprimentos dos regimes
estabelecidos em sede de exercício das
responsabilidades parentais

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Os incumprimentos do exercício das responsabilidades parentais – aspetos patrimoniais



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito da Família e das Crianças”, realizada pelo CEJ no dia 27 de abril de 2012, em Aveiro.

[Judite Babo]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto que segue, da autoria de Judite Babo, Procuradora da República, incide sobre:

- Os incumprimentos no contexto da crise económica do país
- A intervenção legislativa do Estado nesta sede
- Os alimentos no Código Civil
- Necessidade ou não de fixação de alimentos em sede judiciária?
- O accionamento do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores
- Por uma interpretação actualista do artigo 2004º do Código Civil
- Cenários que normalmente rodeiam o incumprimento em sede de alimentos
- Processamento do incidente
- Os alimentos e a institucionalização de crianças e jovens
- Mecanismos sancionatórios e indemnizatórios, de natureza pecuniária, relativamente a comportamentos culposos dos devedores de alimentos
- A nova redacção do artigo 250º do Código Penal
- Questões polémicas

Muito boa tarde a todos,

O tema que me foi destinado insere-se num dos mais graves contextos de crise económica que o nosso país tem atravessado e dele não pode ser dissociado. O dever de sustento que impende sobre todos os pais relativamente aos seus filhos menores e que de forma alguma lhes devia ser dispensado, é porventura, no momento actual, aquele que tem uma menor taxa de cumprimento e que provoca maiores frustrações ao nível dos mecanismos legais disponíveis projectados para lhe conferirem tradução prática.

A exigência de que os pais sustentem os seus filhos é em primeira instância reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos das Crianças¹, pela Convenção sobre o direito das crianças aprovada pela ONU em 20/11/1989 e ratificada por Portugal em 21/09/1990² e transposta na nossa CRP³, mas como tantas outras garantias constitucionais, que deviam ser invioláveis, também a este nível se assiste a uma falência do sistema judicial e da rede de apoio social.

Se por um lado os pais lutam em muitos dos casos pela própria sobrevivência e a sobrevivência digna de seus filhos, por outro lado o Estado Social aperta as suas malhas de protecção, o que provoca num elevado número de situações uma “asfixia” de recursos, com reflexos no equilíbrio da estrutura familiar, da sua dinâmica e da sua viabilidade como núcleo de segurança e de base para o impulsionamento de todas as vertentes inerentes ao desenvolvimento harmonioso das crianças e adolescentes.

Se relativamente às vertentes da guarda e da resolução das questões respeitantes ao quotidiano dos menores e aos aspectos importantes das suas vidas, e ainda no que se refere ao necessário convívio dos menores com os seus progenitores o Estado prevê mecanismos enérgicos de substituição e, por vezes, de punição desses pais, quando os mesmos por impossibilidade, inabilidade ou negligência não exercem tais responsabilidades, quanto ao sustento, o Estado cada vez mais obedece a lógicas economicistas, de que é claro exemplo o D/L 70/2010 de 16/06, estando tal diploma inserido no Programa de Estabilidade e Crescimento definido pelo Governo para o período de 2010 a 2013, conforme resulta do seu preâmbulo, aí se dizendo que se pretende um conjunto significativo de políticas indispensáveis

¹ Princípio IV- direito à alimentação; a criança deve gozar de benefícios de previdência social.

² Arts.3º n.º 2, 6º n.º 2 e 18º.

³ Arts.36º n.º 5 “os pais têm direito e o dever de educação e manutenção dos filhos”; 67º n.º 1 “a família tem direito à protecção da sociedade e do Estado”; 67º n.º2 c) o Estado deve cooperar com os pais na educação dos filhos”; 69º n.º 1 “as crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral”.

para a promoção do crescimento económico e do emprego, bem como um conjunto de medidas de consolidação orçamental, algumas delas estruturais. São pois razões de ordem política e económica que justificam a adopção de novas medidas tendentes à redefinição das condições de acesso aos apoios sociais⁴ “e ainda Regulamento (CE) n.º 4, 2009, de 18/12/2008”.

O Estado “lava as suas mãos como Pilatos”, considerando que os pais incumpridores são eles os primeiros responsáveis pelas dificuldades a que possam ser sujeitos os menores ao nível da sua subsistência condigna, pelo que, ignorando-se aqui o primado do interesse superior da criança, são os menores os principais penalizados com a incapacidade, ou falta de vontade de um dos progenitores prover ao seu sustento e à ideia de que o Estado só atenderá a situações, em que tendo havido uma determinação concreta desse dever de sustento, o mesmo não seja cumprido, o progenitor não o possa pagar e a situação económica do agregado familiar do menor tenha um rendimento para os elementos que o constituem abaixo do ordenado mínimo nacional, ficando de fora desta protecção um número cada vez maior de famílias, cuja debilidade de resposta às necessidades que deveriam ser asseguradas às suas crianças é progressivamente deficitária e mais penosa para o progenitor que sozinho faz face a tais dificuldades.

Voltemos, porém, ao tema principal desta intervenção e que se detém no direito de a cada criança ser garantido o seu sustento (art.1878º n.º 1 do Código Civil “compete aos pais, no interesse dos seus filhos (...) prover ao seu sustento (...).”.

Ora, conforme resulta das disposições conjugadas dos arts. 2003º, 2004º do Código Civil, “por alimentos entende-se tudo que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário, compreendendo também a instrução e educação; os alimentos serão proporcionais aos meios daquele que houver de prestá-los e à necessidade daquele que houver de recebê-los”.

Por outro lado, os alimentos devem ser fixados em prestações pecuniárias mensais, salvo se houver acordo ou disposição legal em contrário, ou se ocorrerem motivos que justifiquem medidas de excepção; se porém, aquele que for obrigado aos alimentos mostrar que não os pode prestar como pensão, mas tão somente em sua casa e companhia, assim poderão ser decretados (art. 2005º do Código Civil).

⁴ V. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 14/11/2011, texto publicado na íntegra em www.dgsi.pt; preâmbulo do D/L 70/2010 de 16/06.

Os alimentos são devidos desde a propositura da acção ou, estando já fixados pelo tribunal ou por acordo, desde que o devedor se constitui em mora (...), conforme dispõe o art. 2006º do Código Civil.

Podem ser ainda fixados alimentos provisórios, que nunca em caso algum serão restituídos (art. 2007º do Código Civil).

O direito a alimentos não pode ser renunciado ou cedido, apesar de poder deixar de ser pedido e poder haver renúncia ao pagamento das prestações vencidas (art. 2008º do Código Civil).

Por sua vez, o crédito de alimentos não é penhorável e o obrigado não pode livrar-se dele por meio de compensação, mesmo que se trate de prestações vencidas (art. 2008º n.º 2 do Código Civil).

Por último se refere que a obrigação de alimentos cessa com a maioridade do alimentando, salvo o disposto no art. 1880º do Código Civil, embora o progenitor com quem o menor reside habitualmente possa reclamar as prestações de alimentos que entretanto se foram vencendo durante a pendência da acção de regulação das responsabilidades parentais, mesmo que não haja ainda decisão judicial definitiva na altura em que for atingida a maioridade, prosseguindo os autos apenas com tal objectivo.

Ora, tendo presente as normas e critérios legais referenciados, muito se tem discutido se tal obrigação de sustento pode deixar de ser fixada em concreto, por acordo entre os progenitores, ou por decisão do tribunal, e qual o grau de sacrifício que deverá ser exigido a cada um dos progenitores como forma de garantirem tal direito dos seus filhos, de natureza irrenunciável.

Mas, antes, de se avançar para uma resposta a tal questão, importa relembrar de que modo essa prestação de alimentos deverá ser fixada, ou seja, de que impera o princípio/regra de que tal prestação deverá ser traduzida numa quantia pecuniária fixa mensal (correspondente a um cálculo médio anual das despesas com o sustento daquele concreto menor, tendo em conta as suas necessidades), ressalvando-se apenas as situações em que os progenitores possam fixar tal obrigação em espécie, caso estejam de acordo.

Por sua vez, a quantia pecuniária é determinada em concreto, efectuando-se uma correlação de equidade entre as necessidades do menor e as capacidades económicas de cada progenitor.

Por outro lado, e a crescer a tal determinação dum montante fixo de alimentos, poderá ser fixada uma contribuição variável, considerando-se aquelas despesas do menor que embora previsíveis e necessárias, fogem à lógica da satisfação das necessidades básicas de

sustento e que se relacionam habitualmente com a saúde (médicas e medicamentosas) escolares (livros e material escolar e/ou eventuais mensalidades de colégios privados ou outras estruturas de ensino) com actividades lúdicas e desportivas, etc.

Preside também à fixação da prestação de alimentos o objectivo de, dentro do possível, se preservar o nível de vida a que o menor/ou menores estavam habituados, no caso de terem os progenitores vivido em economia comum, e a ideia de sacrifício que deverá ser exigido aos progenitores no sentido, de num critério mínimo de razoabilidade, proporcionarem o maior bem-estar possível aos seus filhos⁵.

Porém, e mais uma vez trazendo também à colação a crise económica em que o país está mergulhado, em muitas situações confrontam-se os tribunais com a impossibilidade de fixarem uma prestação de alimentos fixa/ou variável, à qual o menor teria direito por parte do progenitor com quem não reside, por ausência total de rendimentos, vivendo o mesmo à custa de outrem/ou estando numa situação de indigência, ou porque conta com um rendimento mensal de tal modo diminuto que a exigir-se tal prestação seria colocada em causa a sobrevivência do próprio, ou porque é totalmente desconhecido o seu paradeiro e o seu trem de vida, ou ainda porque estando a viver num país estrangeiro não foi possível apurar em concreto a sua fonte de rendimentos.

No que diz respeito às situações de indigência ou de rendimentos abaixo ou equiparáveis ao mínimo de subsistência a garantir ao titular do dever de sustento, que não poderá ser colocado em causa, é relativamente pacífico que não será possível fixar qualquer prestação de alimentos.

Não obstante, e quanto às restantes situações referenciadas, duas posições vieram sendo assumidas pelos tribunais portugueses, incluindo, o Supremo Tribunal de Justiça⁶, a primeira entendendo que não havendo prova concreta dos rendimentos auferidos pelo

⁵ V. por exemplo, acórdão do TRPorto de 14/6/2010 “para efeito de cumprimento da obrigação de alimentos a capacidade económica dos pais não se avalia apenas pelos rendimentos ao fisco ou à Segurança Social; avalia-se também pela sua idade, pela actividade profissional que em concreto desenvolvem e pela capacidade de gerar proventos que essa actividade potencia; o conteúdo da obrigação de alimentos a prestar pelos pais não se restringe a prestação mínima e residual de dar aos filhos um pouco do que lhes sobra. A lei exige-lhes que assegurem a satisfação das necessidades dos filhos com prioridade sobre os dos próprios e que esforcem a propiciar aos filhos as condições económicas adequadas ao seu crescimento sadio e equilibrado e ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social a que todas as crianças têm direito/art.27º n.ºs 1,2 da Convenção sobre os direitos das crianças”; no mesmo sentido, os acórdãos do mesmo tribunal de 26/05/2009, 7/04/2011, 21/06/2011 e 29/11/2011, todos publicados na íntegra em www.dgsi.pt.

⁶ Por exemplo, acórdão do STJ de 12/07/2011.

progenitor não residente habitualmente com o menor não é possível aferir-se da sua capacidade económica, o que inviabiliza a fixação concreta de qualquer montante fixo respeitante a alimentos; a segunda, de que independentemente desse apuramento em concreto, nunca um progenitor pode ficar de fora do sustento de seu filho, cabendo a ele a prova da impossibilidade total ou parcial da prestação de alimentos, sobrelevando-se o interesse superior do menor à questão da indeterminação ou o não conhecimento dos meios de subsistência do obrigado a alimentos⁷.

Perfilhando do primeiro entendimento, reconheço, no entanto, que a não fixação de prestação de alimentos inviabiliza o accionamento do FGADM, pois tal intervenção pressupõe claramente que tenha sido estabelecida em concreto a obrigação de sustento, expressa num determinado montante e que tal obrigação não tenha sido cumprida e não seja possível a sua cobrança através dos meios coercivos previstos no art. 189º da OTM.

Procuram os tribunais, em muitos casos, suprir as lacunas do legislador, procurando-se, num “voluntarismo romântico” que “acabe por entrar pela janela o que não se deixou entrar pela porta”.

Conforme se refere no acórdão do TRP de 25/03/2010, publicado na íntegra em www.dgsi.pt, fixar prestação de alimentos a pagar pelo progenitor para que, posteriormente, possa ser condenando o FGADM no seu pagamento traduz subversão das regras de direito e pretensão de realização de política social que não cabe ao poder judicial⁸.

A obrigação de sustento por parte dos pais relativamente aos seus filhos, directamente ligado ao direito irrenunciável do filho menor ver satisfeitas as suas necessidades básicas, não foi delineada pelo legislador como uma imposição objectivamente quantificável, eventualmente num patamar mínimo, mas ao contrário tal poder/dever foi concebido como a expressão binomial da capacidade económica do obrigado a alimentos e das necessidades concretas do alimentando/menor.

Em tal opção parece, salvo melhor opinião, estar expresso o princípio da responsabilização/ adequada ao máximo exigível, exigência que será aferida na avaliação da real capacidade de cumprimento da obrigação imposta e as necessidades concretas do titular do respectivo direito. Assim não sendo e partindo o tribunal de cenários ficcionais de

⁷ V. por exemplo acórdãos do STJ de 10/07/2008, 30/09/2008, 27/09/2011 e 29/03/2011; acórdão do TRP de 29/11/2011, todos publicados em texto integral em www.dgsi.pt.

⁸ Conforme bem se refere em tal acórdão “caso o tribunal optasse pela fixação de uma prestação de alimentos em quantia aleatória, como propugna a recorrente – sem qualquer suporte factual, sempre constituiria uma decisão violadora do disposto nos arts. 664º e 1410 do CPC (...) não sendo permitido que se decida sem factos e que se ignore em absoluto as normas em vigor”.

“presunção de rendimentos por parte do progenitor e de arbitrariedade na escolha da medida concreta dessa prestação⁹, salvo se este culposamente contribui para a omissão de informação a esse respeito, o que fará inverter o ónus da prova, nos termos do art. 344º n.º 2 do Código Civil, permite-se em muitos casos a intervenção directa do FGADM, em substituição dum progenitor devedor, que nunca, em termos efectivos, esteve em condições reais de garantir aquela prestação concreta e que nas situações de desconhecimento do paradeiro ou trem de vida do progenitor podem mesmo abranger quadros factuais que estariam fora do âmbito de aplicação de tal diploma.

Por outro lado, o entendimento defendido em muita da nossa jurisprudência de que o julgador na fixação da prestação de alimentos deverá considerar não só o momento actual mas ainda as expectativas futuras de angariação de rendimentos por parte do obrigado a alimentos, atento o contexto socioeconómico actual é completamente discutível e indeterminável.

“No princípio era o Verbo e o Verbo era Deus e o Verbo estava com Deus (princípio de todas as coisas)”.

No “princípio” era o sustento e nenhum ser humano sobrevive sem alimentação e outras garantias básicas de saúde e vestuário.

O dever fundamental de sustento que impende sobre os progenitores relativamente aos seus filhos menores tem, pois, natureza de ordem pública e assenta no princípio de que “quem traz ao mundo está obrigado a sustentar”.

Lembrando aqui S. Tomás de Aquino e a sua “Suma Teológica” em que o mesmo apresenta cinco razões para a prova da existência de Deus (o primeiro motor imóvel; causa primeira ou causa eficiente; ser necessário e ser contingente; ser perfeito e ser a causa de perfeição das demais; inteligência ordenadora) também na capacidade de prover alimentos se elencam razões para a existência efectiva da mesma, sem que nenhuma delas verdadeiramente prove que ela existe, partindo-se da “verdade ontológica” de que um pai é um garante absoluto desse dever, desconhecendo-se depois em concreto se ele próprio é capaz sequer de prover ao seu próprio sustento.

Curiosamente em nenhuma das outras responsabilidades parentais se recorre à “presunção” da existência de condições efectivas para o exercício da parentalidade, sendo impensável que o tribunal ficcione que o pai com quem a menor irá residir habitualmente tem

⁹ Princípio da proporcionalidade subjacente ao normativo do art.2004º não pode valer apenas no que diz respeito ao modo de fixação do montante concreto da prestação mas terá que entender-se também como imperativo para aferição da capacidade real do obrigado de alimentos de cumprir tal dever.

uma habitação condigna para garantir essa guarda, mesmo que em concreto se desconheçam quais as condições de tal habitação, que esse progenitor tem efectiva disponibilidade para gerir o quotidiano do seu filho, mesmo desconhecendo-se em absoluto o seu modo de vida, que esse progenitor tem efectiva capacidade para garantir a educação do seu filho, ou que o mesmo é capaz de decidir sobre as questões de particular importância da vida daquele, sem que exista no processo judicial qualquer elemento ou elementos em concreto, mesmo que admitidos por acordo, que apontem para essas condições concretas.

Também não será equacionável que se estabeleça um convívio entre o menor e progenitor com quem o mesmo não vive habitualmente presumindo que o mesmo tem condições efectivas para concretizar tal convivência e para assegurar, se for o caso, a permanência, com pernoita desse filho numa habitação condigna, sem que em concreto tal seja assegurado em termos probatórios, ou tivessem sido reconhecidas pelos progenitores.

Importava, pois, em minha opinião, alterar o art. 1º da Lei 75/98 de 19/11, estendendo a intervenção do FGADM às situações em que comprovadamente não foi possível fixar uma prestação de alimentos em concreto e enquanto tal situação se mantiver.

Não se ignoram, porém, os argumentos a favor duma interpretação actualista do art. 2004º n.º 1 do Código Civil, tendo-se presente a entrada em vigor da Lei 75/98 de 19/11 como garantia pelo Estado do direito irrenunciável dos menores ao sustento¹⁰.

Tal interpretação actualista do normativo citado permitiria a defesa do princípio da igualdade, consagrado na CRP (art. 13º), ou seja, de que menores em iguais circunstâncias de ausência de sustento por parte de um dos progenitores, não tenham tratamento diferenciado por parte do Estado.

É, no entanto, essa exigência de igualdade, de equilíbrio e de defesa intransigente do direito ao sustento por parte dos menores que justifica que o Estado, na sua política social, de defesa de direitos consagrados na CRP, assumira essa obrigação plenamente e de forma clara, não implicando essa opção uma “encapuçada amnistia” dos pais incumpridores, mas a consagração expressa no normativo citado de que o Estado deve ser em última instância, o garante de direitos constitucionalmente consagrados.

Reconhece-se, contudo, que na actual política de estrangulamento dos apoios sociais a assegurar pelo Estado Social a alteração proposta não seja a curto prazo espectável.

¹⁰ V. por exemplo, acórdão do TRP de 23/04/2012, 12/03/2012; Helena Bolieiro/Paulo Guerra, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direitos*, Coimbra Editora, 2009, nota 108, págs. 229 a 231.

É também verdade que não se assiste na prática judiciária ao accionamento judicial dos restantes obrigados a alimentos, elencados no art. 2009º do Código Civil, admitindo-se que porventura tal mecanismo, embora viável, criaria uma manifesta conturbação de obrigações ao nível da família alargada, cujos efeitos ainda não se encontram verdadeiramente testados.

Aliás, assistimos em 2010 a um afinilamento da intervenção do FGADM (D/L 70/2010 de 16/06), apertando os critérios relativos aos agregados familiares que podem estar abrangidos por tal intervenção, transformando o cálculo do rendimento *per capita* num cálculo em que cada membro desse mesmo agregado não tem igual peso em termos de fonte de gastos e de expressão aritmética.

Sem prejuízo de voltar à temática do FGADM e a possíveis questões a levantar quanto à sua aplicação, passamos agora à análise do incumprimento da obrigação de prestação de alimentos fixada por acordo entre os progenitores e homologado judicialmente ou por acordo em sede de processo de divórcio que correu termos na conservatória do registo civil, ou ainda fixada por sentença judicial.

Vejamos os vários cenários que normalmente rodeiam tal incumprimento:

- incumprimento que se verifica mesmo não havendo alteração das circunstâncias que presidiram à fixação de tal prestação;
- incumprimento que se verifica em virtude do agravamento da situação económica do progenitor devedor (eventual situação de desemprego; aumento de despesas; aumento dos encargos com o nascimento de novo filho, etc);

Curiosamente, nestas situações são poucos os progenitores que tomam a iniciativa de instaurar nova acção de alteração da regulação das responsabilidades parentais, com base na alteração superveniente das circunstâncias que estiveram na base da fixação daquela prestação de alimentos, partindo muitas vezes do pressuposto erróneo de que o reconhecimento da sua incapacidade económica para continuar a garantir o sustento do seu filho nos termos anteriormente determinados é automático e que o tribunal reconhece essa incapacidade de cumprimento como uma espécie de causa de exclusão de responsabilidade.

- incumprimento naqueles casos em que o progenitor, embora tenha condições económicas para assegurar o sustento do seu filho, ainda assim não cumpre essa obrigação, utilizando a omissão do cumprimento desse dever como moeda de troca

ou retaliação relativamente ao incumprimento do convívio que deve ser garantido entre esse pai/ ou mãe e seu filho;

- e ainda casos de incumprimento em que o progenitor de forma deliberada se coloca numa situação de impossibilidade legal de lhe poder ser cobrada coercivamente tal dever.

Perante o incumprimento, culposo ou não culposo, várias são as possibilidades de actuação, sendo certo que nenhum desses mecanismos deverá ser impulsionado, sem antes se garantir o contraditório, notificando-se o progenitor não cumpridor dos factos que fundamentam o incidente de incumprimento, e em caso de desconhecimento do seu paradeiro, deverá o mesmo ser notificado por editais.

Desde logo o incidente de incumprimento que é levantado nos autos em que foi proferida a decisão judicial/ou acordo homologado judicialmente que determinou tal prestação, poderá ser accionado pelo M^ºP^º em representação do menor/ ou menores abrangidos pela garantia de sustento/ ou pelo progenitor com quem o menor reside habitualmente.

Com a entrada em vigor do RCJ, os incidentes de incumprimentos e o seu impulsionamento passaram a estar dependentes, no caso de serem requeridos por um dos progenitores, pelo pagamento prévio de taxa de justiça, ou comprovativo de que o requerente formulou pedido de apoio judiciário, com dispensa de pagamento de custas/ou de que tal benefício já lhe foi concedido, com junção da respectiva decisão.

Tal exigência, que foi já abandonada pela Lei 5/2012 de 13/12, criou ainda maiores obstáculos à cobrança coerciva das prestações de alimentos vincendas e vencidas e não pagas, só contornada, em grande medida, pela crescente intervenção do M^ºP^º nessa matéria.

Pertencendo ao progenitor incumpridor o ónus de prova quanto ao pagamento das quantias de alimentos alegadamente em falta, na maioria das situações trazidas a tribunal, o reconhecimento judicial do incumprimento pelo tribunal opera-se, sem produção de prova, embora sempre com a satisfação prévia do contraditório.

Feito tal reconhecimento, importa que no mais curto espaço de tempo o cumprimento das prestações de alimentos vincendas seja repostas e que se opere a regularização das prestações de alimentos já vencidas, sendo as primeiras irrenunciáveis e nos dois casos (vincendas e vencidas) insusceptíveis de compensação.

Em primeiro lugar, a retoma do pagamento das prestações de alimentos vincendas poderá ocorrer,

- a qualquer momento pelo progenitor devedor;
- recorrendo-se ao mecanismo coercivo e pré – executivo previsto no art. 189º da OTM;
- resultando de entendimento estabelecido em sede de Conferência de Progenitores (art. 181º n.º 2 da OTM), acompanhada, eventualmente, de uma redução **acordada** do montante da prestação de alimentos anteriormente fixado, se consubstanciada numa diminuição da capacidade económica do progenitor incumpridor.
 - por intervenção do FGADM;
 - por cobrança de alimentos no estrangeiro, ao abrigo da Convenção Nova Iorque de 20/06/56, sendo a autoridade central a DGAJ; art. 54º do Regulamento nº 44/2001 de 22/12/00); por instauração de execução especial de alimentos, p. nos arts. 1118º e segs do C.P.Civil.

Relativamente às prestações de alimentos vencidas, caso não haja entendimento quanto à sua renúncia, possível nos termos do art. 2008º nº 1 do Código Civil ou não sendo possível posterior acordo no que diz respeito ao modo de pagamento das prestações de alimentos vencidas – muitas vezes na modalidade do pagamento de tais quantias em prestações mensais iguais e sucessivas a pagar na data estabelecida para o pagamento da prestação vincenda – mais uma vez se poderá recorrer ao mecanismo coercivo previsto no art.189º da OTM, ou não sendo este accionável, poder-se-à instaurar uma execução especial por alimentos, prevista no art. 1118º do CPC, ou estando o devedor da obrigação de alimentos a trabalhar no estrangeiro deitando-se mão à Convenção de Nova Iorque para cobrança coerciva desses alimentos.

Acontece, no entanto, que apesar de tais mecanismos coercivos, ou de substituição temporária do devedor pelo fundo criado pelo Estado social, frequentemente tais quantias se tornam na prática incobráveis, onerando-se de forma injusta o progenitor guardião e criando-se situações de insuficiente satisfação das necessidades básicas dos menores.

De lembrar que a obrigação de sustento se mantém mesmo no caso de limitação ou inibição das responsabilidades parentais por parte do progenitor (art. 1917º do Código Civil), estando subjacente o princípio fundamental de que a obrigação de sustento é exigível em qualquer circunstância, mesmo que a relação entre pais e filhos esteja comprometida em qualquer outra das suas vertentes.

A sobrevivência condigna de todo o ser humano, numa fase da sua vida em que o mesmo está impossibilitado em prover à sua subsistência, tem que ser sempre assegurada.

Nenhuma sociedade humana possui meios para se substituir plenamente no papel que deveria ser desempenhado pelos pais mas é possível exigir-se o cumprimento do sustento independentemente da vontade de quem a ele está obrigado.

Admite-se, porém, que caso as responsabilidades parentais sejam temporariamente transferidas para instituição do Estado, nomeadamente, no caso de acolhimento institucional decretado ao abrigo da LPP, se suspenda tal dever de sustento, enquanto essa medida se mantenha.

A ideia de sustento tem subjacente à mesma um pressuposto de satisfação imediata das necessidades reais e concretas do menor, sempre tendo em vista o momento actual, obrigação que deverá ser assumida pelo Estado, caso haja uma intervenção por parte do tribunal ou de organismo do Estado no sentido de se substituir aos progenitores nas suas responsabilidades parentais, não havendo razão para que se mantenha um dever de sustento, enquanto tal situação subsistir.

Também na vertente do direito ao sustento reivindicado pelos filhos menores e constitucionalmente reconhecido se prevêem, não só os mecanismos sancionatórios e indemnizatórios, de natureza pecuniária, relativamente aos comportamentos culposos protagonizados pelos progenitores incumpridores – e nesta vertente se incluem as condutas negligentes¹¹ – como a punição criminal das condutas dolosas que levam ao não cumprimento da obrigação de sustento, tendo havido, com a entrada em vigor da Lei 61/2008 de 31/10, uma alteração ao art. 250º n.º 1 do Código Penal “, alargando-se agora o seu âmbito incriminatório¹².

¹¹ Art.181º n.º 1 da OTM “se relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até 249,90 euros e em indemnização a favor do menor do requerente ou de ambos”.

¹² Redacção anterior “quem estando legalmente obrigado a prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles têm direito (...) é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 240 dias); redacção actual n.º 1 “quem estando legalmente prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação no prazo de dois seguintes ao vencimento é punido com uma pena de multa até 120 dias; n.º 2 “a prática reiterada do crime referido no número anterior é punido com uma pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias; n.º 3 “quem estando legalmente prestar alimentos e em condições de o fazer, não cumprir a obrigação, pondo em perigo a satisfação, sem auxílio de terceiro, das necessidades fundamentais de quem a eles tem direito é punido com uma pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias” (anterior n.º 1); n.º 4 “quem com a intenção de não prestar alimentos, se

No caso da multa prevista no art.181º n.º 1 da OTM, cuja moldura ascende em termos máximos ao montante de 249,00 euros, tal condenação pode ser requerida pelo MºPº, em representação do menor (arts. 174º n.º 2, 183º n.º 3 e arts. 3º n.º 1 a) e 5º n.º 1 c) do EMP), o espoletar do procedimento criminal relativamente ao tipo legal já mencionado, depende da vontade da titular do direito de queixa, que neste caso é o outro progenitor, ou do terceiro à guarda do qual o menor se encontre, ensinando-nos a experiência que tais queixas-crimes são apresentadas num número reduzido, realidade explicada em parte por um sentimento generalizado de alguma dificuldade de prova, que poderá levar a uma certa impunidade, e de que tais processos-crimes serão perturbadores amiúde e de forma irremediável do futuro relacionamento entre os progenitores daquela ou daquelas crianças e de que o progenitor incumpridor venha a criar novos mecanismos de se eximir às suas obrigações parentais, nomeadamente, o sustento.

De “*iure condendo*” deveria ser equacionada a solução legislativa do procedimento criminal por tal tipo legal ser impulsionado também pelo MºPº, havendo, eventualmente, a possibilidade de extinção do procedimento criminal, com a concordância do ofendido, em caso de liquidação total das quantias de alimentos em dívida, e até à publicação da sentença em 1.ª instância.

Perante o já exposto, elencamos nesta intervenção aquelas normas ou institutos, cuja interpretação suscite ou já tenha suscitado dúvidas quanto à sua aplicação, penitenciando-me desde já se numa sucinta abordagem deixar de me pronunciar sobre alguns aspectos que eventualmente merecessem neste contexto também destaque.

Em primeiro lugar e quanto ao mecanismo coercivo previsto no art. 189º da OTM, se destaca a aplicação do disposto no art. 824 º n.º 3 do C.P. Civil, no que concerne a considerar-se que não existe qualquer reserva de impenhorabilidade na reparação dum crédito de alimentos.

Tal normativo, conforme dispõe o art. 12º do D/L 329-A/95 de 12/01 “não são invocáveis em processo civil as disposições constantes da legislação especial que estabeleçam impenhorabilidade absoluta de quaisquer rendimentos, independentemente do seu montante, em colisão com o disposto no art. 824º do Código de Processo Civil” impossibilita que seja colocada em causa o aí estipulado, mesmo que previsto em lei especial.

colocar na impossibilidade de o fazer e violar a obrigação a que está sujeito, criando o perigo previsto no número anterior é punido com uma pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

Assim, não são aplicáveis às dívidas respeitantes a alimentos, por exemplo, o disposto nas Leis 100/97 de 13/09 e Lei 98/2009 de 4/09 (que veio revogar a anterior) respeitantes aos acidentes de trabalho e doenças profissionais, concreta e respectivamente, nos seus arts. 35º e 78º que determinam a inalienabilidade, impenhorabilidade, irrenunciabilidade dos créditos e privilégios creditórios, ou seja, dos créditos provenientes do direito às prestações estabelecidas nessas leis.

Nessa matéria, e apesar do exposto, parece-nos que será inequívoco que a previsão legal que antecede deverá ser delimitada, no entanto, pelo mínimo de subsistência condigna, cuja protecção foi reconhecida pelo acórdão do TC 306/2005 de 5/8¹³.

Não havendo, pois, um critério legal para quantificar o mínimo necessário para a sobrevivência condigna, poderá na prática judiciária verificarem-se algumas discrepâncias, nalguns casos com uma certa margem de diferença, sendo que na minha experiência se tenha optado por um critério mais elevado que o atrás mencionado, situando o montante mínimo ligado ao princípio da dignidade humana na quantia aproximada dos 300 euros.

Porém, cada vez mais o mecanismo pré-executivo previsto no art. 189º da OTM se mostra inviável, atenta a ausência de rendimentos penhoráveis por parte do progenitor incumpridor, o que nos leva à intervenção do FGADM e aos seus pressupostos legais.

A este propósito regem actualmente três diplomas legais (Lei 75/98 de 19/11 e D/L 164/99 de 13/05 e 70/2010 de 16/06).

Vejamos!

A Lei 75/98 de 19 de Novembro instituiu, assim, um mecanismo de garantia de alimentos, a suportar pelo Estado, como modo de consagração do direito das crianças à protecção, consagrado constitucionalmente, fixando-se o encargo de através do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores se assegurar a satisfação dos alimentos a menores residentes em território português quando a pessoa judicialmente obrigada a prestá-los não satisfaça as quantias em dívidas, pelas formas previstas pelo artigo 189º da OTM (desta

¹³ “Julgar inconstitucional, por violação do princípio da dignidade humana, contido no princípio do Estado de Direito, com referência aos nºs 1,3 do art. 63º da CRP, interpretada no sentido de permitir a dedução, para satisfação de prestação alimentar a filho menor, de uma parcela da pensão social de invalidez do progenitor que prive do seu rendimento necessário para satisfazer as suas necessidades essenciais”; ainda ver os acórdãos do TC nºs 62/2002 e 177/2002 e que está plasmada no art. 1º da CRP e que se poderá traduzir, em termos práticos, embora não haja qualquer critério legal de natureza quantitativa, no mínimo estabelecido para a concessão do rendimento social de inserção (v. por exemplo o acórdão do TRP de 2/10/2008, publicado na íntegra em www.dgsi.pt).

exigência se excluíram as execuções especial de alimentos, pela morosidade que as mesmas acarretam e que poderiam inviabilizar o recurso atempado ao FGADM) e o alimentando não disponha de rendimento líquido superior ao ordenado mínimo nacional, nem beneficie, na mesma medida, de rendimentos de outrem a cuja guarda se encontre (art. 1º da Lei 75/98).

A prestação do Fundo é uma função de garantia, autónoma no sentido que é uma obrigação própria e não alheia.

A prévia decisão judicial sobre quem é a pessoa obrigada a alimentos e a fixação dessa prestação é condição *sine qua non* para que possa ser solicitado o pagamento da prestação alimentar ao Fundo, não obstante a tal requisito, o facto do progenitor com quem o menor reside não ter accionado os familiares dos menores que estão vinculados à prestação de alimentos, nos termos do art. 2009º do Código Civil¹⁴.

A intervenção do FGADM pode ser requerida pelo Ministério Público ou por aqueles a quem a prestação de alimentos deveria ser entregue nos respectivos autos de incumprimento (art. 3º da Lei 75/98 de 19/11).

O Estado fica, por sua vez, sub-rogado com todos os direitos do menor a quem sejam atribuídas as prestações, com vista à garantia do respectivo reembolso (art.5º do D/L 164/99 de 13/05).

As prestações atribuídas nestes termos serão fixadas pelo tribunal em igual/ou inferior montante do estabelecido anteriormente para a prestação originária, não podem exceder por cada devedor o montante de 4 UC e podem ser alteradas ou cessadas nos termos previstos no art.4º da Lei 75/98 de 19/11), havendo uma revisão anual obrigatória dos pressupostos da decisão judicial que ordenou substituição do devedor pelo Estado (Fundo), prova que cabe a quem a recebe, sob pena de ver finda a intervenção do FGADM (art. 9º n.º 4, 5 do D/L 164/99 de 13/05).

Por sua vez, a obrigação do FADM de prestar alimentos acaba com a maioridade do respectivo beneficiário, mesmo que este necessite de tal prestação para completar a sua formação profissional¹⁵ e não chegará sequer a nascer se este último atingir a maioridade antes de ser decidido o incidente de incumprimento¹⁶.

Veio, no entanto, o D/L 70/2010 de 16/06 alterar as regras de agregado familiar, rendimentos a considerar e capitação de rendimentos.

¹⁴ V. por exemplo, o acórdão do TRP de 10/03/2008, publicado na íntegra em www.dgsi.pt.

¹⁵ Acórdão do TRP de 15/11/2011.

¹⁶ Acórdão do TRP de 10/01/2012.

Uma das questões mais debatidas na jurisprudência a propósito do funcionamento do FGADM e do seu âmbito de aplicação tem sido a de estabelecer em que momento se constitui a obrigação do Estado de se substituir ao devedor de alimentos, ou seja, desde quando tal obrigação do FGADM é exigível.

Três posições a esse propósito foram sendo defendidas, uma considerando que tal obrigação nasce apenas após a notificação da decisão judicial que determinou essa intervenção; outros defendendo que a obrigação do Estado seria exigível logo que verificada a situação de mora por parte do progenitor e uma última que pugnava que a mesma obrigação retroagia ao momento em que fosse formulado o pedido de intervenção do FGADM no processo judicial, concretamente, no incidente de incumprimento.

O D/L 164/99 de 13/055 que procedeu à regulamentação de tal lei dispõe no seu artigo 4º n.º 5 que “a obrigação do Estado nasce a partir do mês seguinte ou da notificação da decisão judicial”.

Conforme sabemos e de forma a uniformizar entendimentos contraditórios sobre citada matéria, veio o STJ através do seu acórdão uniformizador de jurisprudência n.º 12/2009 determinar que a “obrigação de prestação de alimentos a menor, assegurada pelo FGADM; em substituição do devedor, nasce com a decisão que julgue o incidente de incumprimento do devedor originário e a respectiva exigibilidade só decorre no mês seguinte ao da notificação da decisão do tribunal, não abrangendo quaisquer prestações anteriores”.

Substancialmente, entende-se que a obrigação do FGADM nasce apenas com a decisão judicial que verifica os pressupostos da sua intervenção, ordena o pagamento e determina o seu montante, diferentemente da obrigação dos pais em prover o sustento dos filhos que decorre do princípio da filiação. O FGADM não tem intervenção na lide do incidente de incumprimento, não lhe sendo assegurado o contraditório, não podendo ser condenado no pagamento de prestações antes vencidas, sob pena de violação dos princípios firmados nos artigos 3º e 3ºA da CPC, 2º e 20º da CRP.

Impõe-se, no entanto, de forma vinculativa o acórdão uniformizador aos tribunais inferiores?

Ora, em primeiro lugar e embora a resposta seja negativa à questão formulada, pois, os acórdãos em questão não têm o valor vinculativo dos assentos de fixação de jurisprudência, não deixa, contudo, de se considerar que, ao abrigo da segurança jurídica das decisões judiciais, a eficácia do sistema, o respeito pelo princípio da igualdade e imagem externa dos tribunais, tais entendimentos uniformizadores deverão ser atendidos, salvo se existirem fortes razões ou circunstâncias especiais que o justifiquem (acórdãos do TRP de 22/11/2011;).

É certo que o Tribunal Constitucional se pronunciou já, por duas vezes, e de modos diferentes, pela constitucionalidade do art.4º nº5 do DL 164/99 de 13/05, sendo que o último acórdão do TC, 400/2011, publicado na 2ª Série do DR de 3/11/2011, considerou tal normativo conforme à CRP¹⁷.

Acontece que no acórdão uniformizador do STJ já citado foram ponderados os argumentos relativos à constitucionalidade material do art.4º nº5 do D/L 164/99 de 13/05, aí se concluindo pela sua conformidade à Constituição. Por outro lado, a evolução doutrinal e jurisprudencial não se mostrou significativamente alterada relativamente à questão¹⁸.

Não existem, pois razões ponderosas ou excepcionais – para além do já referenciado não foi apresentado um argumento novo de grande valor, não ponderado no acórdão uniformizador –, que justifique que os tribunais inferiores o não respeitem¹⁹.

Também nesta matéria me parece que de “*jure condendo*” será necessário procurar e pugnar por soluções mais justas, conforme também se defende no acórdão do TRP de 28/03/2012.

Não se pode deixar de referir a abono dessa procura de soluções justas, que sempre que possível, e de acordo com o que tem sido prática, segundo estou convicta, nos tribunais portugueses de famílias e menores, de se requerer a prolação de decisão provisória de determinação da intervenção do FGADM, conforme previsto no art. 3º n.º 2 da Lei 75/98 de 19/11.

Para terminar esta intervenção, faz-se apenas uma referência breve às alterações introduzidas pelo D/L 70/2010 de 16-6 no que diz respeito às regras para determinação dos rendimentos, composição do agregado familiar e capitação de rendimentos, passando o n.º 3 do art. 3º do D/L 164/99 de 13/05, a ter a seguinte redacção “o conceito de agregado familiar, os rendimentos a considerar e a capitação de rendimentos (...) são calculados nos termos do D/L 70/2010 de 16/06”.

Quanto à composição do agregado familiar estipula o art.4º do D/L 70/2010 de 16/06 as pessoas que podem ser tidas como estando em economia comum, chamando-se à atenção a este respeito a necessidade de prova, no caso da união de facto, de que a mesma perdura há

¹⁷ Em sentido contrário o acórdão do TC n.º 454/2011 de 23-2, declarando inconstitucional o art. 4º n.º 5 do D/L 164/99 de 13/05, por violar o disposto nos arts. 69º n.º 1, 63 n.ºs 1,3 da CRP.

¹⁸ Veja-se o acórdão do TC 400/2001 já também mencionado.

¹⁹ V. por exemplo, acórdãos do TRP de 28/03/2012, 22/11/2011, 13/10/2010, publicados na íntegra em www.dgsi-pt.

mais de dois anos, com referência ao momento da intervenção do FGADM, sendo certo que o Tribunal da Relação do Porto tem entendido que essa prova deve ser feita no processo.

Por sua vez, e no que diz respeito à consideração dos rendimentos, entendeu o acórdão do TRPorto de 31/05/2011, publicado na íntegra em www.dgsi.pt, com o qual se concorda inteiramente, que não revela para esse cálculo, caso esteja penhorado parte do salário do progenitor do menor, a parte penhorada, mas apenas aquela que se mantém disponível.

Também na consideração das diversas categorias de rendimentos não havendo menção a dedução de despesas, apenas se atenderá no cálculo da capitação de rendimentos ao efectivamente auferido, independentemente das despesas suportadas por esse agregado, o que mais uma vez reflecte a visão restritiva do diploma em análise quanto ao âmbito da sua aplicação.

Do mesmo modo se verifica com os índices de capitação²⁰, atribuindo-se ao primeiro adulto, considerado requerente, o índice 1²¹, aos restantes adultos, em economia comum, o índice 0,7, ficando as crianças com o índice 0,5.

Também se assistiu a propósito do cálculo da capitação dos agregados familiares dos menores, abrangidos pela intervenção do FGADM, a uma estranha interpretação por parte dos Srs. Técnicos responsáveis pela elaboração do inquérito, previsto na lei 75/98 de 19/11 (art. 3º n.º 3) que o montante máximo até ao qual seria admissível a intervenção não era mais, apesar de expressamente referenciado no art. 1º da Lei 75/98 de 19/11, em vigor, o salário mínimo nacional mas o valor de 419, 22 euros, atribuído ao indexante dos apoios sociais.

Muitas outras regras estão estipuladas neste diploma quanto às vertentes mencionadas – para determinação dos rendimentos, composição do agregado familiar e capitação de rendimentos – mas, neste âmbito, e em jeito de conclusão, deixo apenas a convicção de que este diploma é um evidente retrocesso na missão protectora do Estado relativamente ao bem-estar das suas crianças e abre um grave precedente em matéria de defesa dos direitos dos menores e de protecção das suas famílias.

²⁰ Adaptação neste diploma da escala da OCDE, apelidada de “escala de Oxford”.

²¹ Embora em primeira linha fosse o menor beneficiário do pedido formulado, representando pelo MºPº, não assumindo, contudo, esse lugar, para efeito de cálculo de capitação, por não serem os seus rendimentos mas do seu agregado familiar que serão tidos em causa – v. Acórdão da RT de 22/03/2011, publicado em www.dgsi.pt.

Se não queremos maus pais para as nossas crianças, também se deverá repudiar energicamente, é essa a minha firme convicção, um Estado Social hipócrita e demissionário das suas verdadeiras funções.

Muito obrigada!

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Os incumprimentos do exercício das responsabilidades parentais – aspetos pessoais



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito da Família e das Crianças”, realizada pelo CEJ no dia 27 de abril de 2012, em Aveiro.

[Ermelinda Carneiro]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto que segue, da autoria de Ermelinda Carneiro, Juíza de Direito, tem as seguintes ideias-força:

- O exercício das responsabilidades parentais, ao ser regulado, deve ter em atenção os interesses das crianças, de modo a que sejam salvaguardados os principais direitos: *a vida, a saúde e a educação* – art.º 180º da O.T.M e art.ºs. 1878º e 1879º do Cód. Civil.
- As responsabilidades parentais configuram-se como um conjunto de faculdades cometidas legalmente aos pais no interesse da criança, de modo a assegurar-lhe o seu sustento, segurança, saúde, educação, representação da sua pessoa e administração dos seus bens.
- O exercício das responsabilidades parentais deve, pois, tanto quanto possível, envolver ambos os progenitores.
- Ou seja, a alteração legislativa decorrente da entrada em vigor da Lei nº 61/2008 veio impor um regime de exercício conjunto de responsabilidades parentais em questões de particular importância, regime este extensível aos progenitores não unidos pelo casamento.
- Tais responsabilidades só não serão exercidas conjuntamente, quando se verifique que tal é contrário aos interesses do filhos - art.º 1906º nº 2 do Código Civil.
- Deste modo, a fixação da residência da criança e o regime de convívio com o progenitor não residente deverá ser efectuado de acordo com o seu interesse.
- Nessa valorização impõe-se ter em linha de conta a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor.
- Ou seja, a protecção do interesse da criança visa possibilitar e potenciar contactos com o progenitor não residente, como forma de minorar, tanto quanto possível, a ausência das referências parentais.
- O incumprimento poderá resultar, essencialmente, nas seguintes situações:
 - Decisão unilateral de progenitor em questão de particular importância da vida do filho (ex: decisão de alteração do local de residência para local distanciado; decisão de inscrição do filho em ensino público ou privado; decisão de credo religioso do filho, etc.);
 - Incumprimento na organização dos tempos da criança com cada progenitor (ex: impedimento do convívio da criança com o progenitor não residente; não entrega da criança pelo progenitor não residente ao progenitor residente, após o período de convívio; entrega da criança após os horários estipulados, quer pelo progenitor residente ao progenitor não residente, quer o inverso).

- Aquando da existência de qualquer destas ocorrências o tribunal é chamado a pronunciar-se mediante a instauração de incidente de incumprimento – **seu processamento e critérios de decisão.**
- Qualquer decisão a proferir relativamente à criança deverá ser sempre objecto de profunda reflexão, com apoio em outros saberes, designadamente perícias ou avaliações psicológicas, para que se encontre a solução que melhor se adequa ao seu superior interesse.

Incumprimentos da regulação do exercício das responsabilidades parentais em sede pessoal

Maria Ermelinda Carneiro

Juíza de Direito

1. O exercício das responsabilidades parentais, ao ser regulado, deve ter em atenção os interesses das crianças, de modo a que sejam salvaguardados os principais Direitos: *a vida, a saúde e a educação* – art.º 180º da O.T.M e art.ºs. 1878º e 1879º do Cód. Civil.

Assim, os pais estão, natural e automaticamente investidos na titularidade de tais responsabilidades, por efeito da filiação, *independentemente da sua vontade*.

As *responsabilidades parentais* configuram-se como um conjunto de faculdades cometidas legalmente aos pais no interesse da criança, de modo a assegurar-lhe o seu sustento, segurança, saúde, educação, representação da sua pessoa e administração dos seus bens.

Assim, há que equacionar a personalidade dos pais, a situação do ambiente familiar, os hábitos e as necessidades das crianças, sendo que tais interesses só são susceptíveis de identificar por relação aos valores familiares, educativos e sociais dominantes que informam a vivência das crianças e as várias comunidades em que simultaneamente se inserem.

Tal como estipula o princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança, *"A criança, para o seu desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, tem necessidade de amor e compreensão. Deve tanto quanto possível crescer sob a protecção dos pais e em qualquer caso numa atmosfera de afecto e de segurança moral e material."*

Dispõe o art.º. 1906º, n.º. 1 do Código Civil, na redacção que lhe foi dada pela Lei nº 61/2008, de 31/10, aplicável ao exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens ou declaração ou anulação de casamento, 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 vigoravam na constância do matrimónio, salvo no caso de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível."*

O exercício das responsabilidades parentais deve, pois, tanto quanto possível, envolver ambos os progenitores.

Ou seja, a alteração legislativa decorrente da entrada em vigor da Lei nº 61/2008 veio impor um regime de exercício conjunto de responsabilidades parentais em questões de particular importância, regime este extensível aos progenitores não unidos pelo casamento.

Tais responsabilidades só não serão exercidas conjuntamente, quando se verifique que tal é contrário aos interesses do filhos – art.º 1906º nº 2 do Cód. Civil –. Trata-se de uma cláusula de salvaguarda tendo em atenção o superior interesse da criança.

Tal interesse deve ser entendido em termos absolutamente amplos de forma a abarcar tudo o que envolva os legítimos anseios, realização e necessidades daquela nos mais variados aspectos: físico, intelectual, moral, religioso e social, devendo ainda ser ponderado casuisticamente em face duma análise concreta de todas as circunstâncias relevantes.

Não se pode olvidar que a personalidade da criança constrói-se nos primeiros tempos de vida, isto é, na infância, desenvolvendo-se na adolescência. Tais fases são estádios fulcrais no desenvolvimento do ser humano, revelando-se fundamental que esse desenvolvimento seja de molde a que essa criança, na idade adulta, venha a tornar-se um ser equilibrado e feliz.

São os pais que têm em primeiro lugar uma influência decisiva na organização do Eu da criança. Quem exerce as funções parentais deve prestar os adequados cuidados e afectos.

E é este interesse que a lei erige como critério único da regulação e que corresponde a um conceito amplo e aberto, **mas que deve ser preenchido casuisticamente**, por se entender ser a forma mais adequada para definir, num dado momento, o real interesse da criança, dada a multiplicidade de situações susceptíveis de ocorrer, especialmente em termos de zelo pela sua segurança e saúde, provisão do seu sustento e direcção da sua educação – cf. art. 1878.º, n.º 1, do CC.

Daí que a regulação das responsabilidades parentais deva ser vista na perspectiva não de um bem dos pais, mas, essencialmente, como um direito da criança, consubstanciado no interesse desta na valorização da sua personalidade a todos os níveis, determinante para um crescimento harmonioso e equilibrado, conforme decorre da Convenção sobre os Direitos da Criança de 26/01/1990.

Deste modo, a fixação da residência da criança e o regime de convívio com o progenitor não residente deverá ser efectuado de acordo com o seu interesse.

Nessa valorização impõe-se ter em linha de conta a disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor.

Ou seja, a protecção do interesse da criança visa possibilitar e potenciar contactos com o progenitor não residente, como forma de minorar, tanto quanto possível, a ausência das referências parentais.

O convívio com os filhos é para os progenitores mais do que um direito; é um dever. É um verdadeiro dever do progenitor relacionar-se e conviver com o seu filho, estreitando laços, partilhando emoções e ideias e transmitindo-lhe valores, sentimentos indispensáveis ao crescimento da criança e ao seu desenvolvimento harmonioso do ponto de vista psicológico.

O convívio com o progenitor não residente deve ser suficientemente regular, de molde a que a criança não veja a sua vida cerceada de atenção, amor e carinho, mantendo intactos os pilares mais basilares durante os anos mais importantes para a formação da sua personalidade.

Esse direito é, assim, um substituto do convívio diário entre os progenitores e os seus filhos, funcionando o seu exercício como meio de o progenitor, com quem a criança não reside, manifestar a sua afectividade, se conhecerem melhor reciprocamente e partilharem os seus sentimentos, sendo certo que tal regime de visitas deve ser regulado atendendo ao equilíbrio emocional e afectivo dos menores.

É o interesse da criança na manutenção do convívio com ambos os progenitores que constitui o ponto de referência privilegiado e o princípio fundamental de que o julgador faz uso na configuração do direito de visita. O interesse da criança reconduz-se à necessidade de preservar as suas referências parentais, numa tentativa de manter a relação familiar filho-progenitor, enquanto fonte do equilíbrio psicológico da criança e garante de um bom desenvolvimento.

Conforme escreve Maria Clara Sottomayor, in *Regulação do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 1977, Almedina, a págs. 47 ss “*o direito de visitas consiste no direito de pessoas unidas por laços familiares ou afectivos estabelecerem relações pessoais. No contexto do divórcio...., o direito de visitas significa o direito de o progenitor sem a guarda dos filhos se relacionar e conviver com eles, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal em virtude da falta de coabitação dos pais*”.

2. Feita esta introdução, vejamos em que situações poderão surgir casos de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais e como ultrapassá-los.

O incumprimento poderá resultar, essencialmente, nas seguintes situações:

- Decisão unilateral de progenitor em questão de particular importância da vida do filho (ex: decisão de alteração do local de residência para local distanciado; decisão de inscrição do filho em ensino público ou privado; decisão de credo religioso do filho, etc.);

- Incumprimento na organização dos tempos da criança com cada progenitor (ex: impedimento do convívio da criança com o progenitor não residente; não entrega da criança pelo progenitor não residente ao progenitor residente, após o período de convívio; entrega da criança após os horários estipulados, quer pelo progenitor residente ao progenitor não residente, quer o inverso).

Aquando da existência de qualquer destas ocorrências o tribunal é chamado a pronunciar-se mediante a instauração de incidente de incumprimento.

O incidente encontra-se regulado no art.º 181.º da O.T.M. (não nos referiremos, por questões de tempo, a outros institutos existentes).

Preceitua o n.º 1 do citado preceito: *“Se, relativamente à situação do menor, um dos progenitores não cumprir o que tiver sido acordado ou decidido, pode o outro requerer ao tribunal as diligências necessárias para o cumprimento coercivo e a condenação do remisso em multa até 249,90 euros e em indemnização a favor do menor ou do requerente ou de ambos”*.

Contudo, pese embora a singeleza que o preceito inculca, a resolução do incidente reveste, a maior das vezes, uma grande complexidade e dificuldade.

Em primeiro lugar, haverá que averiguar-se da existência objectiva do alegado incumprimento. Após, importa constatar-se da verificação da culpa do progenitor incumpridor.

A título exemplificativo, imaginemos que o progenitor não residente não procedeu à entrega da criança findo o período de convívio que lhe havia sido estipulado. Objectivamente estaremos perante um incumprimento. Mas, se tal entrega não se realizou porque o progenitor não residente constatou, no período em que se encontrava com o filho, uma situação vivenciada pelo mesmo de maus tratos físicos ou psíquicos, abuso sexual ou grave negligência por parte do progenitor não residente? Ou outra hipótese: Se o progenitor residente não permitiu o convívio da criança com o progenitor não residente pelas razões acima descritas? Ou se o progenitor não residente não procedeu à entrega da criança no horário estabelecido por razões que lhe foram alheias? Haverá que existir um particular cuidado pelo tribunal na averiguação das razões que determinaram o que, em princípio, seria um incumprimento.

Porém, outros argumentos são recorrentemente esgrimidos, designadamente, no que tange ao incumprimento do convívio com o progenitor não residente, imputando-se à criança a recusa desse convívio.

Assim, efectuada a notificação do requerido e/ou a conferência aludida nos n.ºs 2 e 3 do art.º 181.º, e caso inexista o acordo dos progenitores, refere a lei que o juiz mandará

proceder a inquérito sumário e a quaisquer outras diligências que entenda necessárias e, por fim, decidirá.

Chegamos ao ponto fulcral da intervenção jurisdicional para resolução da questão que lhe é colocada.

Quais as diligências que deverão ser realizadas para apuramento do invocado incumprimento? E que decisão a proferir se, realizadas tais diligências, não se venha a apurar culpa do progenitor?

Trata-se de questões delicadas e difíceis, já que a pedra de toque da resolução da situação deverá ser sempre o superior interesse da criança.

No apuramento do incumprimento culposos do progenitor, a decisão deverá ser a reposição do regime fixado e a sanção referida no n.º 1 do art.º 181.º.

Contudo, numa grande parte das situações, é de enorme dificuldade determinar-se as razões pelas quais o regime fixado não foi cumprido.

Como se referiu supra, uma grande maioria dos incidentes de incumprimento relaciona-se com a irregularidade dos convívios com o progenitor não residente.

É necessário proceder-se a diligências, muitas vezes de realização demorada, passando inclusive por perícias.

Estamos a referir-nos aos casos em que a falta de convívio com o progenitor não residente é apresentada pela recusa da criança em estabelecê-lo.

Nestas situações, há que atender à idade da criança e às razões pela mesma apresentadas para tal recusa.

É que, se poderão existir motivos fundamentados para que a criança rejeite esse convívio, a maioria das vezes as razões apresentadas são destituídas de valor, prendendo-se com a influência do progenitor com quem a criança habitualmente reside.

A constatação dos reais motivos é por vezes de difícil dissolução, impondo ao Tribunal que, durante a pendência das diligências para apuramento dos motivos, vá recorrendo à aplicação de regimes provisórios de convívio.

Aliás, o mesmo ocorre quando o progenitor não residente não entrega a criança, sendo invocadas idênticas razões.

Por vezes, existirá mesmo a necessidade de ser alterado o regime da regulação do exercício das responsabilidades parentais, modificando a residência habitual da criança.

Mas sempre perseguindo o superior interesse da criança, haverá que ter sempre um cuidado extremo no cumprimento coercivo do regime fixado, mesmo quando se apure a culpa do progenitor incumpridor.

Por exemplo, será sempre de tentar evitar que o restabelecimento do convívio ou da residência da criança seja efectuado através da força pública, pelos traumas que tal intervenção lhe iriam, sem dúvida, desencadear.

O mesmo ocorre quando, apesar de constatada a influência do progenitor residente para a recusa do convívio por parte da criança, se verifique a existência de um real sofrimento da criança nesse convívio.

Constatámos já que uma criança completamente influenciada e manobrada nos seus sentimentos pelo progenitor residente e familiares do mesmo apresentava um sofrimento efectivo e actual com a presença do outro progenitor, através de memórias que lhe foram inculcadas e que se revelaram falsas.

É manifesto que esta criança não se encontrava devidamente protegida pelo progenitor residente mas, por outro lado, a alteração de residência para o outro progenitor não se revelava, no imediato, adequada, face ao sofrimento que tal lhe causaria.

Em situações tão extremas, mas infelizmente não tão raras, incumbe ao Tribunal proceder com as necessárias cautelas para que, progressivamente, se obtenha o desiderato a atingir: o interesse supremo da criança.

A acrescentar ao que foi já referido sobre esta temática, saliente-se ainda que o interesse da criança tem que ser aferido casuisticamente, tendo em conta não só a própria criança, como a concreta situação familiar e vivencial em que a mesma se encontra.

Em suma, qualquer decisão a proferir relativamente à criança deverá ser sempre objecto de profunda reflexão, com apoio em outros saberes, designadamente perícias ou avaliações psicológicas, para que se encontre a solução que melhor se adegue ao seu superior interesse.

Parte II – O apadrinhamento civil – constrangimentos, virtualidades e consolidação do instituto

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Reflexões a propósito do apadrinhamento civil



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito da Família e das Crianças”, realizada pelo CEJ no dia 15 de março de 2013, no Porto.

[Ana Rita Alfaiate]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto e a apresentação que seguem, da autoria de Ana Rita Alfaiate (o 1º, em co-autoria com Geraldo Ribeiro), Docente Universitária, têm as seguintes ideias-força:

- O apadrinhamento civil constitui uma relação jurídica quase familiar, assente na vinculação afectiva, tendencialmente permanente, pela qual se prevê a integração da criança ou jovem no agregado familiar dos padrinhos, sem, no entanto, afastar necessariamente os seus pais.
- É uma medida tutelar cível, a meio caminho entre a tutela e a adopção restrita, cujo principal escopo foi, desde o princípio, a desinstitucionalização de crianças e jovens.
- Não obstante a expressão ainda muito reduzida da medida no panorama jurídico português, o apadrinhamento civil acrescenta, efectivamente, sem colidir com o que o precedeu, uma nova saída definitiva para as crianças e jovens.
- Não é um mero instituto de suprimento da incapacidade por menoridade, embora um feixe de poderes funcionais sucedâneos das responsabilidades parentais passe a ser exercido por quem apadrinha.
- Abordagem do regime jurídico desta nova providência tutelar cível.

Reflexões a propósito do apadrinhamento civil
(artigo publicado na Revista do CEJ – 2013-I)

Ana Rita Alfaiate e Geraldo Rocha Ribeiro
Assistentes convidados da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra
Investigadores do Observatório Permanente da
Adopção e do Centro de Direito da Família da FDUC

Resumo: O apadrinhamento civil constitui uma relação jurídica quase familiar, assente na vinculação afectiva, tendencialmente permanente, pela qual se prevê a integração da criança ou jovem no agregado familiar dos padrinhos, sem, no entanto, afastar necessariamente os seus pais. É uma medida tutelar cível, a meio caminho entre a tutela e a adopção restrita, cujo principal escopo foi, desde o princípio, a desinstitucionalização de crianças e jovens. Não obstante a expressão ainda muito reduzida da medida no panorama jurídico português, o apadrinhamento civil acrescenta, efectivamente, sem colidir com o que o precedeu, uma nova saída definitiva para as crianças e jovens. Não é um mero instituto de suprimento da incapacidade por menoridade, embora um feixe de poderes funcionais sucedâneos das responsabilidades parentais passe a ser exercido por quem apadrinha.

Palavras chave: apadrinhamento civil, medida tutelar cível, responsabilidades parentais, crianças e jovens, relação de cuidado

1. Noção de apadrinhamento civil

O apadrinhamento civil cria uma relação jurídica nova no direito português e que acresce aos institutos da tutela e da adopção restrita, aproximando-se, apesar de tudo, mais da figura da tutela, uma vez que não se estabelece qualquer relação jurídica de filiação. Trata-se, antes, de uma medida tutelar cível, que visa suprir o exercício das responsabilidades parentais por impossibilidade, incapacidade ou vontade dos pais. Podemos, assim, afirmar que o apadrinhamento visa substituir os pais no exercício das responsabilidades parentais em relação à criança ou jovem, não se fazendo, porém, os padrinhos, passar por aqueles.

Os padrinhos assumem o exercício de um conjunto de poderes funcionais essenciais ao suprimento da incapacidade dos afilhados por menoridade, em vez dos pais, nos termos

gerais fixados para o regime da tutela (artigo 7.º, n.º 1 e 2 da Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro¹, que remete para os artigos 1936.º a 1941.º do Código Civil (CC)). Todavia, e uma vez que o propósito do novo instituto é assegurar uma medida de conteúdo flexível, com vista à sua adequação aos interesses da criança ou jovem, prevê-se a possibilidade legal, quer por vontade dos pais e padrinhos, quer por decisão do tribunal, de os poderes funcionais que constituem o núcleo essencial daquele exercício próximo do das responsabilidades parentais ser limitado (artigo 7.º, n.º 1 *in fine*).

Esta faculdade legal não confere, ainda assim, aos pais e futuros padrinhos, nem tão pouco ao tribunal, um poder arbitário e, muito menos, de natureza absolutamente discricionária. A conformação do conteúdo de poderes funcionais na relação jurídica de apadrinhamento exige uma vinculação legal ao prumo do instituto: suprir o exercício das responsabilidades parentais pressupondo, para o efeito, a concretização de uma relação de cuidado. Isso mesmo decorre do artigo 2.º, quando prevê que o vínculo jurídico tenha um carácter afectivo. Trata-se, pois, de uma manifestação normativa do conceito de cuidado, enquanto obrigação material de conteúdo e vinculação jurídicos e não apenas morais.

O apadrinhamento, mais do que uma solução revolucionária, visa apresentar uma nova relação jurídica alternativa às respostas até agora existentes de integração das crianças e jovens em meio familiar, surgindo, ademais, como medida tutelar tendencialmente definitiva e que não se dirige exclusivamente às situações de crianças e jovens em perigo, muito embora este seja, por excelência, o seu público alvo. Para além destes casos, no entanto, o apadrinhamento civil pode, de facto, surgir como resposta para os casos de crianças ou jovens que, não estando em perigo, se entende poderem desenvolver-se mais harmoniosamente fora do núcleo familiar biológico (casos de iniciativa de apadrinhamento pelos próprios pais, por exemplo). Contrapõe a sua natureza, por outro lado, à natureza provisória do leque de medidas elencadas na Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro) (LPCJP).

Absolutamente imprescindível para a compreensão do apadrinhamento civil é que não deixemos de contrapor a natureza e regulação dos poderes funcionais dos padrinhos, que tendem a esgotar o conteúdo das responsabilidades parentais a exercer em remanescente pelos pais, com o direito subjectivo que os pais mantêm em relação aos filhos apadrinhados.

Partindo do modelo legal do conteúdo dos poderes funcionais atribuídos aos padrinhos, diremos que os direitos conferidos por lei aos pais, em particular o seu núcleo essencial (artigo 8.º), salvaguardam o direito subjectivo destes e a consequente

¹ Doravante, os artigos mencionados sem referência a qualquer fonte pertencem a esta Lei.

indisponibilidade/irrenunciabilidade das responsabilidades parentais. A *ratio* inerente ao instituto do apadrinhamento civil pressupõe a presença da família biológica, promovendo a adesão voluntária dos pais ao novo projecto de vida da criança ou jovem. E esta será a regra. Não obstante, existirá sempre ainda um outro âmbito de aplicação do instituto, até porventura mais imediato, que se encontra nos casos das crianças e jovens institucionalizados e, de entre estes, aqueles para quem se tornou inviável a adopção, muito embora mantenham decretada uma situação de adoptabilidade.

É em função do conteúdo e efeitos do apadrinhamento civil que se determina como âmbito de aplicação a residência da criança ou jovem em Portugal (artigo 3.º). A natureza tutelar cível dos efeitos está não só em consonância com as regras de competência internacional (artigo 5.º da Convenção de Haia relativa à Competência, à Lei Aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em Matéria de Responsabilidade Parental e de Medidas de Protecção das Crianças, de 1996, e artigos 8.º, n.º1 Regulamento (CE) n.º 2201/2003), mas também com a determinação da lei aplicável em função da correlação *forum-ius* (artigo 15.º, n.º1 da Convenção de Haia). Fora do âmbito de aplicação destes instrumentos internacionais, valem as regras gerais de direito internacional privado. Ora, tratando-se de uma norma espacialmente autolimitada — verdadeira norma de aplicação necessária e imediata —, é o próprio diploma legal que fixa unilateralmente a conexão e, conseqüentemente, o âmbito espacial no seu artigo 3.º. Aplica-se a lei portuguesa sempre que a criança ou jovem tenha residência habitual em território nacional, independentemente da sua nacionalidade. A razão de assim ser decorre de ser em Portugal o seu centro de vida e por isso ser aqui que os efeitos relativos à protecção e suprimento da incapacidade da criança ou jovem se irão produzir. Uma vez que constitui tarefa do Estado proteger crianças e jovens que se encontrem no seu território, independentemente da nacionalidade (artigos 69.º e 70.º *ex vi* artigo 15.º, n.º1 e 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP)), não faria sentido discriminar os cidadãos estrangeiros quando estes carecem de protecção em termos análogos aos nacionais. Tanto mais que, por força dos instrumentos internacionais acima citados, cabe ao Estado da residência a protecção das crianças e jovens. Assim, para se aplicar a lei portuguesa, e porque se trata de uma norma de aplicação necessária e imediata, basta a competência internacional das autoridades portuguesas. Competência esta que será determinada em função do princípio da coincidência, previsto no artigo 65.º, n.º1 *al. a*) do Código de Processo Civil (CPC), conjugado com o artigo 155.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores (OTM).

As questões de reconhecimento ou não reconhecimento serão tratadas nos termos gerais. Não existe qualquer problema especial atenta a natureza e efeitos do apadrinhamento,

uma vez que não se constitui qualquer vínculo de filiação adoptiva, e muito menos se extingue o vínculo de filiação biológica, podendo inclusive o apadrinhamento ser revogado. A questão coloca-se somente em aferir qual o projecto de vida para a criança ou jovem, seja ela portuguesa ou não, permitindo assim integrá-la em ambiente familiar, sendo Portugal a sua residência. Não se pode, concluindo, pretender imputar uma solução conflitual análoga à adopção (artigo 60.º CC), quando o apadrinhamento se subsume ao conceito-quadro do artigo 30.º CC, por se tratar, na sua essência, de um instituto próximo das medidas tutelares cíveis. Perante esta qualificação, não faz sentido chamar à colação o critério da nacionalidade, quer porque nestas matérias há o reconhecimento crescente do critério da residência, quer porque isso redundaria numa interpretação *contra legem*, sem o mínimo de fundamento.

Através do apadrinhamento civil, constitui-se uma relação jurídica para-familiar, tendencialmente permanente, pela qual se estabelece a transferência da criança ou jovem para o agregado familiar dos padrinhos. Na verdade, embora não possa dizer-se, por não se ter alterado o artigo 1576.º CC, que este instituto constitui uma verdadeira relação jurídica familiar nova, o contexto em que surge e os efeitos que produz obrigam-nos a alargar o espectro de situações associadas às relações jurídicas para-familiares. Diremos mais: que o apadrinhamento constitui uma relação jurídica quase-familiar, porquanto os laços de solidariedade que lhe subjazem se mantêm para lá da maioria do afilhado, sendo mais que um mero instituto de suprimento de incapacidade por menoridade.

Como atrás se referiu, o apadrinhamento civil prevê que o núcleo essencial de poderes funcionais associados às responsabilidades parentais seja exercido pelos padrinhos. Muito embora não exista uma transferência da titularidade daquelas responsabilidades, operada exclusivamente por via da adopção, a limitação que é feita ao seu exercício por parte dos pais pode ser bastante ampla, numa espécie de imagem elástica do que pode, efectivamente, pertencer em remanescente a estes.

Finalmente, incontornável na definição do novo vínculo é que fique, sublinhe-se mais uma vez, claro que, à redefinição da situação jurídica da criança ou jovem, acresce uma previsível e desejável vinculação afectiva com a nova família, enquanto desígnio do apadrinhamento civil.

2. Padrinhos e Afilhados

Podem ser padrinhos os maiores de vinte e cinco anos (artigo 4.º). A lei estabelece apenas a idade mínima para o apadrinhamento, abstendo-se de determinar um limite máximo

de idade para os padrinhos, por esta via se evidenciando as diferenças fundamentais entre esta relação de cuidado e as relações específicas da filiação (ideia que sairá mais reforçada ainda ao analisarmos quem pode ser apadrinhado).

Para além deste requisito objectivo, os padrinhos poderão ser candidatos espontâneos ou as pessoas indicadas pelos pais, pelo representante legal, pelo guardião de facto ou pela criança ou jovem. Podem, por isso, neste segundo caso, ser familiares, a pessoa idónea ou a família de acolhimento a quem o menor esteja confiado através de um processo de promoção e protecção ou o próprio tutor², mas pode também, no caso dos candidatos espontâneos, que não dirigem a sua candidatura ao apadrinhamento de qualquer criança ou jovem especificamente, ser alguém que não tem, ao momento da candidatura, qualquer relação com a criança ou jovem que venha futuramente a apadrinhar (artigo 11.º, n.º 5).

Embora se venha afirmando que a candidatura apenas pode ser formulada individualmente ou por casal, conforme limitação imposta à noção de família presente no artigo 2.º, através do artigo 6.º do Decreto Lei n.º 121/2010, de 27 de Outubro (Regulamento), a verdade é que, da lei, não decorre, de forma expressa, a limitação àquela noção para efeitos de iniciativa, mas apenas, efectivamente, para efeitos de alargamento. O Observatório Permanente da Adopção tem sido unânime em considerar, no entanto, a extensão da leitura restritiva do conceito a este primeiro momento, mobilizando o argumento de não parecer fazer sentido admitir uma legitimidade mais ampla no momento inicial da candidatura comparativamente àquela que é reconhecida para o alargamento. Não surgiram ainda situações práticas que tenham suscitado a questão, o que vale por dizer que as candidaturas que surgiram até ao momento se deram apenas por pessoas singulares e por casais (casados ou unidos de facto). No entanto, e embora possa chamar-se aqui à colação, de facto, o argumento da identidade de razão, uma vez que os pressupostos do alargamento e da constituição são os mesmos, não nos parece despiciendo deixar expressa a nota de que a lei não proíbe a candidatura inicial a pessoas que vivam em família, no fundo, que, como era ideia inicial do legislador, dois irmãos, uma mãe e um filho, uma avó e um neto, enfim, possam vir candidatar-se ao apadrinhamento. Apesar de tudo, porém, compreendemos a posição do Observatório e atrevemo-nos a notar que o legislador terá, não mais que isso, deixado escapar esta brecha legal. Não somos tampouco alheios ao argumento de que a presunção de manutenção no mesmo agregado familiar será maior no caso de um casal do que, por exemplo, de dois irmãos, e o que se pretende no apadrinhamento civil é que a criança ou

² Pela constituição do apadrinhamento civil é operado, *ope legis*, o termo da tutela, conforme o artigo 1961.º/g CC.

jovem passe a integrar o agregado de ambos os padrinhos até que se autonomize. E se é verdade que também os casais podem separar-se e obrigar com isso a uma regulação das responsabilidades inerentes ao vínculo de apadrinhamento para com o afilhado que têm em comum, não deixa de ser também evidente que a lei não tem forma de acautelar todas as alterações da vida das pessoas e, no caso, da vida dos padrinhos.

Ao falar-se numa candidatura de casal, importa deixar expresso que deve entender-se por casal, para efeitos da aplicação desta lei, não só aquele constituído por pessoas de sexo diferente, mas também aqueloutro formado por duas pessoas do mesmo sexo, unidas pelo casamento ou por união de facto. A razão para este entendimento filia na ausência expressa de restrição legal e no facto de o apadrinhamento não constituir, nem querer imitar, uma relação jurídica de filiação (essa sim, por enquanto, vedada aos casais constituídos por pessoas do mesmo sexo — artigo 7.º da Lei n.º 7/2001 e artigo 3.º da Lei n.º 9/2010).

Pode ser apadrinhada toda a criança ou jovem para quem o exercício das responsabilidades parentais pelos pais ou qualquer forma de suprimento deste — jurídica ou de facto — não se mostrem adequados para acautelar o seu superior interesse. Esta necessidade pode resultar dos mais variados fundamentos, como, de resto, se encontra previsto no artigo 5.º, que aqui nos escusamos a elencar.

No entanto, e pela sua especificidade, diremos que, quando a iniciativa caiba aos pais, a criança ou jovem não pode ser apadrinhado por mera impossibilidade ou vontade daqueles. É preciso que se preveja uma impossibilidade de desenvolvimento integral junto dos pais e a necessidade de suprimento do exercício das responsabilidades parentais até à maioridade e o acometimento a um terceiro dos direitos e deveres próprios daqueles, daí em diante.

A adequação da medida de apadrinhamento é, assim, aferida casuisticamente e de acordo com as reais necessidades e interesses da criança ou jovem, garantindo-se flexibilidade suficiente ao instituto para abarcar as situações da vida, que são sempre mais ricas do que as legalmente previstas.

3. Objecto da relação jurídica de apadrinhamento

O exercício das responsabilidades parentais pertence apenas aos pais, uma vez que são estes os únicos sujeitos com capacidade jurídica para tal. Todas as formas de suprimento da incapacidade daqueles para o exercício destas responsabilidades são institutos sucedâneos, com conteúdo e poderes próprios, conferidos a terceiros, em nome da protecção do interesse público orientado para o instituto da representação da criança ou jovem no caso concreto. É

nesta medida que devemos interpretar restritivamente o n.º 1 do artigo 7.º quando se refere a uma transferência do exercício das responsabilidades parentais, não assumindo, quanto a nós impropriamente, que sempre que aqueles poderes funcionais são exercidos por outrem que não os pais não se poderá já falar em verdadeiras responsabilidades parentais. Quando se fala em transferência, fala-se na atribuição de faculdades que integram as responsabilidades parentais, mas não do direito em si, pois só aquelas é que integram o direito do padrinho. A favor deste entendimento, e porque o apadrinhamento é uma medida tutelar cível, veja-se, aliás, o artigo 1907.º, n.º2 e 3 CC.

No caso das responsabilidades parentais, torna-se irrelevante proceder à distinção entre capacidade de gozo e capacidade de exercício, uma vez que a titularidade, enquanto direito objectivamente reconhecido e irrenunciável, permanece intocada independentemente da verificação subjectiva de uma deficiente capacidade para o seu exercício. Daí que, quando os pais não sejam capazes de assumir integralmente os seus poderes funcionais, qualquer inibição ou limitação implica, mais do que uma incapacidade de exercício, uma verdadeira incapacidade de gozo, uma vez que pressupõe o reconhecimento a terceiros de poderes próprios substitutivos das responsabilidades parentais. E aqui se incluem, entre outros, os poderes da tutela e do apadrinhamento.

A falta ou o défice intelectual e/ou volitivo impedem a concretização integral do conteúdo das responsabilidades parentais, na sua dimensão subjectiva, na esfera jurídica dos pais, por ausência natural da competência exigida pelo poder funcional. Permanece a dimensão objectiva e protectiva, reconhecida constitucionalmente aos pais (artigo 36.º, n.º 6 CRP), em concordância com o fim do superior interesse do filho, que orienta e funcionaliza a titularidade e o exercício pelos próprios pais. Assim, quando se fala em inibição ou limitação das responsabilidades parentais, estas ocorrem enquanto consequência do próprio poder funcional deficientemente acautelado pelo seu titular, que deixa de o funcionalizar ao interesse público e, em concreto, do filho, para que devia orientar-se. Isto pode decorrer de uma mera constatação de facto das qualidades dos pais e da sua competência (restrição declarativa – artigo 1913.º, n.º 1, als. b) e c) CC) ou, então, de uma restrição legal, que terá de resultar de uma correcta ponderação de interesses e validade atestada pelo princípio da proporcionalidade, mediante decisão judicial (artigo 1915.º CC).

O que resulta do apadrinhamento é, pois, uma limitação em sentido amplo. Na realidade, se os casos em geral corresponderão a uma limitação, nos termos comuns, do exercício das responsabilidades parentais pelos pais, a natureza elástica do instituto e o consequente remanescente que cabe aos pais poder ser maior ou muito residual levam-nos a

afirmar que não está tampouco excluída a possibilidade de se falar numa quase inibição ou numa inibição na execução. Ainda que, em termos legais, deva falar-se num efeito meramente limitativo, na execução conjunta dos direitos de pais e padrinhos podemos alcançar uma verdadeira inibição prática.

O que vem de ser dito não pode confundir-se com o consentimento expresso dos pais de que decorra a atribuição provisória a outrem de algumas prerrogativas para a guarda e educação do filho. Isto porque, na genése e fins do instituto do apadrinhamento, existe um conteúdo mínimo de poderes funcionais que obrigatoriamente têm de ser reconhecidos, logo, atribuídos aos padrinhos, sob pena de subversão do próprio instituto. Estes poderes funcionais são precisamente os poderes de guarda e educação da criança ou do jovem. Aqui se incluem, nomeadamente, o poder de fixar residência, de educação religiosa, para intervenções médicas, relativos à educação e do domínio da administração patrimonial. Ou seja, no âmbito destas faculdades, cabe ao padrinho decidir o melhor para a criança ou jovem.

A legitimidade para o afastamento dos titulares das responsabilidades parentais em benefício da aceitação de decisões tomadas por terceiro, *in casu* o padrinho, decorre da incompetência declarada ou decidida, como atrás se viu, dos pais, para corresponderem à funcionalização essencial à manutenção do seu poder funcional. Deste modo, se se tratar de uma situação temporária ou ocasional, não faz sentido constituir a relação de apadrinhamento, uma vez que este é subsidiário de formas menos limitativas da capacidade de ser pai.

Dito isto, o apadrinhamento só se justifica perante uma situação de incapacidade duradoura dos pais para assumirem e exercerem as responsabilidades parentais. Daí o artigo 14.º, n.º 4 estatuir a dispensa de consentimento dos pais para lá das situações de prévia decisão de inibição (artigo 14.º, n.º 3). Nestes casos, o acto constitutivo será sempre uma decisão judicial, que deverá determinar necessariamente o conteúdo das responsabilidades parentais a exercer ainda pelos pais. Uma vez que os pais já não foram parte no processo constitutivo do apadrinhamento, deverá ser determinado previamente qual o papel a desempenhar no âmbito da relação jurídica nova, uma vez que o regime pressupõe, em regra, a presença dos pais. Posto isto, no processo constitutivo do apadrinhamento deve ser determinado o regime de inibição ou limitação das responsabilidades parentais (artigo 8.º, n.º 2 e artigo 1915.º CC).

Podemos concluir que o que constitui e define o apadrinhamento é o reconhecimento de poderes funcionais de guarda e educação aos padrinhos com carácter duradouro, sendo desnecessário, para a definição exacta do instituto, ter em conta o reconhecimento ou a

limitação dos direitos previstos no artigo 8.º, em relação aos pais. Enquanto relação quase-familiar, a presença dos pais será desejável, mas não é condição para a constituição e manutenção da relação jurídica de apadrinhamento.

Uma vez decretada a inibição, a mesma mantém-se *per se*, não prejudicando a constituição do apadrinhamento, nem tão-pouco significando que aquela seja levantada por causa deste. O apadrinhamento civil pressupõe a desejável manutenção dos vínculos com os pais, mas não significa que, quando os pais tenham sido afastados, represente uma reabilitação legal dos mesmos. Sempre que o apadrinhamento seja ponderado relativamente a uma criança cujos pais já estejam inibidos, não faz, então, sentido recuperar qualquer capacidade destes para interferir na guarda ou educação do filho ou até mesmo no exercício dos direitos previstos no artigo 8.º.

Apesar disso, não está assegurado o efeito automático da manutenção da inibição quando esta resulte como efeito reflexo de uma confiança, nos termos do artigo 1978.º CC, e não de uma decisão autónoma de inibição, nos termos do artigo 1915.º CC. Numa perspectiva de aplicação prática do direito, diremos que, naqueles primeiros casos, se um pai foi inibido na sequência de uma decisão de confiança, não faz sentido chamá-los novamente para a redefinição, com estes, de um projecto de vida de um filho de que se afastaram voluntariamente ou relativamente ao qual foi decidido o seu afastamento. Contudo, e porque se trata, ao falarmos de responsabilidades parentais, de direitos, liberdades e garantias, salvaguardado que está o direito objectivo dos pais, a sua titularidade objectiva, a manutenção da inibição não pode ser automática. Primeiro, porque é um efeito reflexo do decretamento da medida de confiança e, portanto, quando esta cessa, deixa de haver fundamento para a inibição subsistir, até porque, por hipótese meramente académica, não existindo um sucedâneo da confiança, teriam de reabilitar-se os pais, agora sim automaticamente, para efeitos de representação (artigo 124.º CC). Por outro lado, e mais importante, a manutenção da inibição careceria de fundamento legal e/ou judicial, desde logo porque, como vimos, cessa o efeito reflexo, mas também porque não existe qualquer norma legal que permita a declaração *ope legis* da inibição de pleno direito.

Assim, no momento da revisão da medida de confiança, o tribunal tem não só de acautelar a definição do novo projecto de vida, mas ainda de optar por uma mera limitação nos termos do artigo 8.º ou por uma inibição, nos termos do artigo 1915.º CC, decidida no mesmo processo em que se constitui o apadrinhamento. Aliás, não teria sentido decidir, por um lado, o encaminhamento dos filhos e, por outro, totalmente díspar, a situação dos pais relativamente a estes, desde logo de acordo a regra processual de competência por conexão.

4. Processo de constituição do apadrinhamento civil

a. Iniciativa

Quanto à legitimidade para a constituição do apadrinhamento, a lei foi bastante abrangente, conforme resulta do artigo 10.º.

Todavia, embora chegue mesmo a reconhecer legitimidade processual activa aos pais e ao próprio menor, dois dos principais grupos de visados, o legislador optou por afastar os potenciais padrinhos daquele elenco, não lhes reconhecendo qualquer posição processual activa, nem em termos de impulso, nem para efeitos de recurso sobre parecer negativo ou decisão de não constituição do apadrinhamento.

Os candidatos a padrinhos não podem, antes da constituição do vínculo, impulsionar o processo verdadeiramente. Está-lhes reservada a posição de candidatos espontâneos a integrar eventualmente a lista referida no artigo 11.º, n.º1 e artigo 2.º do Regulamento. Salvo quando o candidato a padrinho seja já representante legal do menor ou seu guarda de facto, nada mais lhe é permitido. Nestes últimos casos, porém, o impulso que lhes está concedido não decorre da sua qualidade de candidatos a padrinhos, mas tão simplesmente dos efeitos jurídicos resultantes de uma relação jurídica ou de facto previamente estabelecida com o afilhado. No fundo, tudo isto vale por dizer que o estatuto jurídico de candidato a padrinho não acarreta o reconhecimento de qualquer legitimidade processual, nem estatuto de parte processual. Ou seja, a posição processual decorre da representação legal ou da guarda de facto já estabelecidas.

Uma vez constituído o vínculo de apadrinhamento, o padrinho passa a ser parte no processo relativo às vicissitudes que venham a ocorrer, porque passa a ter um interesse digno de tutela em virtude dos poderes jurídicos próprios reconhecidos. A ter de definir-se o momento de viragem, este será o acto judicial constitutivo, porque só através deste é que a pessoa adquire o estatuto jurídico de padrinho civil. Esta, aliás, não é sequer questão que mereça, em nosso entender, discutir-se, porquanto não se nos afigura como verdadeiramente pertinente atribuir posição processual a alguém que não tem ainda qualquer interesse em concreto na causa, mas apenas uma expectativa de, em virtude da habilitação conseguida, poder vir a constituir-se como padrinho civil. Sobrevém referir que a natureza do processo, de jurisdição voluntária, pressupõe que, à semelhança dos demais no âmbito de protecção de criança ou jovem, também este seja de natureza não contenciosa e se encontre adstrito e funcionalizado à protecção e concretização do superior interesse da criança ou jovem. Logo,

parece sensato que só quem tenha poderes de representação do menor tenha qualidade de sujeito processual.

A respeito da legitimidade reconhecida à criança ou jovem, a mesma terá que ser entendida como reconhecimento da capacidade de agir para decidir sobre a sua esfera pessoal (estando em consonância com o artigo 1881.º, n.º1 CC). A ser reconhecida plena capacidade de facto ao menor, caber-lhe-á ainda a correspondente capacidade judiciária (artigos 9.º e 10.º, n.º1 *in fine* CPC). Reconhecendo a lei legitimidade, a mesma pressupõe o reconhecimento da respectiva capacidade, uma vez que, tratando-se de uma lei especial, derroga a lei geral que determina uma incapacidade geral prevista no artigo 123.º CC. Até porque a adaptabilidade da criança, no seu processo de maturação a caminho da idade adulta, impõe à ordem jurídica o reconhecimento gradual de competências, conferindo, neste sentido, excepções à incapacidade geral de agir, com a conseqüente consagração de maioridades especiais. Concede-se, assim, à criança a faculdade de se emancipar parcialmente face aos pais, tanto mais que ela é o “objecto” da relação jurídica de apadrinhamento. Há, por isso, o reconhecimento de um direito de participação e audição qualificado que não parte, nem depende de outros, mas somente do principal visado e interessado: a criança ou jovem. Sendo que com isto em momento algum se prejudica o direito dos pais, pois enquanto titulares das responsabilidades parentais, continua o apadrinhamento a estar dependente do seu consentimento ou dispensa.

b. Designação e habilitação do padrinho

A designação pode acontecer previamente à habilitação, sempre que esta está já orientada para o apadrinhamento de uma criança ou jovem em concreto, por se tratar de alguém com quem o candidato já tem uma relação afectiva estabelecida. Não obstante, nos casos de candidaturas espontâneas, a designação ocorrerá em momento posterior à habilitação, uma vez que esta terá de obedecer, nestas situações, a dois momentos diferentes. Um primeiro, como habilitação em abstracto, não orientada para qualquer criança, e um segundo, após designação, em que se funcionaliza a avaliação dos factores de habilitação ao projecto de vida de uma criança ou jovem em concreto. Por isso, na habilitação em abstracto se reconhece apenas legitimidade processual ao interessado quanto ao recurso previsto no artigo 12.º, n.º4, uma vez que está somente em causa a sua faculdade de poder ser sujeito de um relação de apadrinhamento.

A habilitação dos padrinhos foi alvo de uma preocupação exaustiva por parte do legislador, que quis acautelar expressamente um elenco abrangente de factores a ponderar.

De entre todas as circunstâncias aptas a permitir a aferição da autonomia e idoneidade dos candidatos para a assumpção dos poderes funcionais inerentes à condição de padrinhos, destacam-se, naturalmente, a motivação e as expectativas dos candidatos, que deverão servir de filtro para os “falsos candidatos”, que olham para o apadrinhamento como um meio enviezado de “adoptar” uma criança e, neste enfiamento, a disponibilidade para respeitar e promover a posição dos pais na vida dos filhos, verdadeira pedra de toque do apadrinhamento civil ideal.

É no artigo 3.º do Regulamento que encontramos, mais detalhadamente, o elenco de factores a ponderar na fase de habilitação de padrinhos. Esta fase administrativa é um pressuposto essencial para que o candidato possa, no futuro, ser sujeito da relação jurídica de apadrinhamento, sendo, no limite, nesta primeira fase, admitido tão só a uma lista de potenciais padrinhos. Ou seja, como vimos, somente após a habilitação, realizada pelo Organismo de Segurança Social ou Instituição equiparada, é que a pessoa vê reconhecida a sua capacidade jurídica para vir a ser sujeito de uma relação de apadrinhamento civil.

c. Constituição

i. Pré apadrinhamento

Não se encontra previsto na lei de apadrinhamento qualquer momento processual ou procedimental de avaliação prévia da viabilidade e sucesso do vínculo de apadrinhamento a constituir. No entanto, tal necessidade está subjacente às diligências a realizar, quer em fase prévia e graciosa, junto das entidades administrativas e para-administrativas, quer na fase judicial. Constituindo pressuposto do apadrinhamento a criação de um vínculo duradouro em que se prevê a substituição dos pais no cuidado a ser prestado à criança ou jovem, a constituição do mesmo terá de ser precedida de uma comprovada viabilidade da relação de apadrinhamento a estabelecer entre padrinhos e afilhados. Ora, assim sendo, não pode cogitar-se o decretamento do apadrinhamento como *tentativa*, pois, não obstante a possibilidade de extinção (artigo 25.º), enquanto medida tutelar duradoura, tem que, à data da decisão constitutiva ou de homologação, haver um juízo de risco favorável à viabilidade e sucesso do mesmo. A existirem dúvidas, então, deverão ser esgotados outros meios de protecção ou suprimento das responsabilidades parentais, como será o caso da confiança a pessoa idónea, da tutela ou de medidas limitativas destas responsabilidades.

Neste momento do processo, há que distinguir os casos em que estejamos a falar do apadrinhamento de uma criança ou jovem com processo de promoção e protecção aberto dos casos em que isso não aconteça. Assim, nos primeiros, tem sentido acautelar esta viabilidade

do apadrinhamento recorrendo a um plano de aproximação gradual ao padrinho, plano esse definido e aprovado pela entidade titular do processo de promoção e protecção e, eventualmente, a instituição onde a criança esteja acolhida (caso se aplique) e, no limite, subsistindo dúvidas, parece-nos legítimo recorrer à aplicação provisória de uma medida de confiança a pessoa idónea, no termos normais da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo. Nos segundos casos, e uma vez que não existe qualquer situação de perigo para a criança, já, diferentemente, não nos parece conforme ao espírito da Lei de Protecção recorrer à aplicação de qualquer uma das suas medidas, razão pela qual a melhor forma de promover a viabilidade do vínculo a constituir será a aproximação entre afilhado e potencial padrinho com recurso a uma decisão provisória no âmbito do art. 157.º OTM.

ii. Acto judicial de constituição

A constituição da relação jurídica de apadrinhamento depende de uma sentença judicial ou de uma homologação judicial de um compromisso de apadrinhamento. Não obstante o acto constitutivo final depender sempre de decisão judicial, a verdade é que, no caso de constituição judicial *stricto sensu*, o tribunal, enquanto *dominus* do processo, terá que assegurar e sindicar que o projecto de vida da criança ou jovem é o apadrinhamento (primeiro momento), que os candidatos (seleccionados ou propostos) preenchem os requisitos para o decretamento da decisão constitutiva e que estão reunidos todos os requisitos formais para que a decisão possa ser tomada. Nos outros casos, cabe somente verificar estes requisitos formais e proceder a uma apreciação global do concreto interesse da criança ou jovem em causa, não se constituindo a homologação numa reapreciação dos requisitos do apadrinhamento civil.

Feita esta distinção, em todos os casos, sejam judiciais, sejam gratuitos, terão as entidades competentes que decidir em conformidade com determinados princípios, por remissão legal do artigo 147.º-A OTM (que remete para o artigo 4.º da LPCJP) . No caso do apadrinhamento civil, destacamos, como manifestamente mais importantes, de entre o elenco daquele artigo e cujo conteúdo deve ser adaptado ao instituto do apadrinhamento civil, os seguintes princípios: superior interesse da criança ou jovem, privacidade, proporcionalidade, prevalência da família, participação e subsidiariedade.

É em virtude da necessidade de adaptação dos princípios à realidade do apadrinhamento que diremos que, em nosso entender, três deles assumem, aqui, um carácter autónomo e próprio; são eles o princípio da proporcionalidade, da prevalência da família e da subsidiariedade.

A respeito do último, já referimos que o apadrinhamento constitui uma forma de integração familiar alternativa à família biológica, mas subsidiária da adopção (artigo 5.º). Há uma clara hierarquização legal do modelo a favor da intervenção e da protecção do menor que passa, quer pela família biológica (no seu núcleo restrito ou alargado), quer pela família adoptiva, surgindo o apadrinhamento como medida intermédia, na ausência de um projecto de vida duradouro realizável em qualquer um daqueles âmbitos familiares. Daqui decorre que a nova roupagem para o princípio da prevalência da família exige uma sua interpretação no sentido do desenvolvimento da criança em meio familiar, com carácter tendencialmente permanente, atribuindo à institucionalização o papel de *ultima ratio* do sistema que, ainda que necessária em algumas casos, deve ser evitada. Será, aliás, neste âmbito que se fará sentir a necessidade do princípio da subsidiariedade, enquanto contraponto entre a intervenção familiar e a intervenção em sede de instituição. Nada disto colide, por outro lado, com a medida de protecção de acolhimento familiar, que, após a sua regulamentação, deixa muito claro o carácter profissional de quem acolhe e a expectativa fundada de transitoriedade, uma vez que o projecto de vida expectável para a criança ou jovem continua a ser o regresso à família biológica (que pode, no entanto, não chegar a concretizar-se). Finalmente, ligado à subsidiariedade, mas autónomo desta, está o princípio da proporcionalidade, que regula, necessariamente, entre outros momentos do processo de decisão, a determinação do projecto de vida, a dispensa de consentimento, a determinação do conteúdo da relação de apadrinhamento, o acto de constituição e a subsistência ou modificação do vínculo.

Reforçando o carácter tutelar do apadrinhamento e com vista ao seu sucesso, concede a lei um meio de apoio e acompanhamento ao vínculo. Daqui não podem, no entanto, deixar de resultar algumas dúvidas, desde logo sobre a legitimidade e validade da obrigação de se manter este apoio. Isto porque, a entidade que procede ao apoio terá legitimidade, junto do Ministério Público, para suscitar a revogação do apadrinhamento, nomeadamente quando esse se torne contrário ao interesse do afilhado (artigo 25.º, n.º1 *al. c*)). Assim, face à obrigatoriedade e prazo de vigência do apoio, podemos concluir que este apenas se justifica como medida de avaliação do sucesso do apadrinhamento decretado.

Mais do que mero apoio administrativo, este apoio será o momento decisivo para aferir da viabilidade e manutenção do vínculo nos termos estipulados na lei, designadamente quanto aos seu carácter tendencialmente permanente (artigo 24.º, n.º1). Daí o artigo 20.º, n.º1 *al. b*) e n.º 4 fazer referência à avaliação do êxito da relação, à integração familiar do afilhado e ao facto de o apoio estar limitado no tempo, não só pelo decurso do prazo de 18 meses, mas também pela verificação dos objectivos prosseguidos com a constituição do

vínculo. Ainda a favor desta posição, temos o facto de a intervenção obrigatória no seio da vida familiar (chamamos aqui à colação a noção e evolução do que se entende por vida familiar à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³), por uma entidade administrativa, só se justificar se tiver em conta a protecção dos direitos e interesses do afilhado; caso contrário, a norma violaria o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e, por esta via, seria inconstitucional, pelo artigo 8.º CRP.

Finalmente, este entendimento relativamente à importância fundamental do papel do apoio pós apadrinhamento acaba por ser aquele que melhor acautela a posição dos padrinhos civis que, tendo já sido declarados titulares de interesse relevante para o caso concreto, não podem, a partir da constituição do vínculo, ser afastados sem mais, surgindo, como antecipámos, como verdadeiras partes no processo, com interesse relevante na causa e com interesses que não deixam de ter de ser atendidos, a par do interesse do afilhado. O facto de existir já uma decisão judicial *stricto sensu* ou homologatória garante-lhes o reconhecimento de que estes seus direitos têm de ser atendidos em qualquer fase do processo daí em diante e estando em causa seja que vicissitude for.

5. A dinâmica da relação jurídica poliédrica do apadrinhamento civil

a. Relação entre padrinhos e pais

Como já deixámos expresso, com o apadrinhamento civil reconhecem-se poderes próprios e autónomos face às responsabilidades parentais, desde logo porque aquele, por natureza e efeitos, visa suprir o exercício destas pelos pais.

Os pais do afilhado mantêm o direito objectivo de ser pais e a titularidade das responsabilidades que não sejam incompatíveis com os poderes atribuídos aos padrinhos. O remanescente a caber aos pais dependerá e será aferido de acordo com o que resultar da existência de uma inibição ou limitação pré existentes ou decididas concomitantemente ao apadrinhamento, nos termos gerais, ou por efeito legal da constituição do apadrinhamento, nos termos do artigo 8.º.

O artigo 8.º constitui a garantia do núcleo mínimo de direitos dos pais em relação ao filho apadrinhado, uma vez que não é possível, salvo por decisão judicial (artigo 8.º, n.º2), restringir os direitos prescritos no n.º1 daquele artigo, pois tal representaria uma inaceitável

³ Entre outros, ver o Acórdão Söderbäck c. Suécia, de 28 de Outubro de 2004 e, *a contrario*, ver os Acórdãos Haas c. Holanda, de 13 de Janeiro de 2004 e Boughanemi c. França, de 24 de Junho de 1996, disponíveis no sítio <http://hudoc.echr.coe.int>.

alienação das responsabilidades parentais. Por outro lado, o alargamento dos direitos dos pais também tem limites, pois não pode aquele significar um desvirtuamento do conteúdo mínimo do apadrinhamento civil e que se consubstancia na guarda e educação do afilhado caber aos padrinhos. Será, porém, naturalmente admissível a previsão de um direito de visita, ou, por exemplo, de períodos de férias da criança ou jovem a serem passados com os pais.

Na esfera de poderes pertencentes aos padrinhos, estes surgem com uma posição de soberania nas decisões a respeito do afilhado. Constituem núcleo essencial dos poderes dos padrinhos o cuidado e a representação legal do afilhado, bem como a integração deste no agregado familiar do padrinho, o que pressupõe, necessariamente, a fixação do domicílio comum. Logo, o que restará para os pais será, em primeiro lugar, o direito objectivo em si, nos termos expostos, e os efeitos jurídicos inerentes aos laços biológicos que não se quebram e que constituem o quadro legal da instituição de filiação.

Nada disto obsta, no entanto, a que relação entre pais e padrinhos deva, preferencialmente, ser estabelecida numa base de cooperação, em que estes procurem a adesão daqueles aos princípios educacionais, valores e interesses que defendem para a criança ou jovem. Isto mesmo decorre da génese deste novo instituto, em que é desejável a presença dos pais na vida do filho, ainda que se reconheça que estes não são capazes de assumir todas as responsabilidades por esse filho.

Mesmo estando limitados, o instituto de responsabilidade parental mantém-se, na sua veste de direito objectivo e de deveres remanescentes, o que significa que os pais continuam a ter responsabilidade pelo filho, responsabilidade essa transmutada, desde logo, no caso, pela legitimidade na revogação do apadrinhamento. Não se confunda, porém, a legitimidade reconhecida aos pais, directa, nas situações que ponham em causa o apadrinhamento e que podem levar à sua revogação (nos termos do artigo 25.º), com outras situações de perigo em que a criança ou jovem se encontre. Por força da limitação inerente à constituição da relação de apadrinhamento, estando em causa uma situação de perigo, designadamente à luz do artigo 3.º, n.º 2 LPCJP, cabe aos padrinhos, enquanto representantes legais, prestar os consentimentos necessários e devidos. Os pais podem intervir e ser informados nos termos gerais do apadrinhamento (artigo 9.º, n.º 2), mas deles não depende directamente a intervenção de protecção das entidades. Enquanto subsistir o apadrinhamento, os pais são substituídos pelos padrinhos, pelo que o cuidado e representação legal é um exclusivo destes. Tanto assim é que o apadrinhamento não cessa porque a criança está em perigo, mas sim atendendo à incapacidade dos padrinhos para remover esse perigo ou ao facto de serem estes a fonte de perigo (artigo 25.º, n.º1 *al.* b) e d)).

A relação entre pais e padrinhos deve, contudo, como vimos, ser estabelecida numa base de cooperação (artigo 9.º, n.º2). Ainda que caiba a estes a educação, o bem-estar e o cuidado do afilhado, na medida dos poderes de representação legal reconhecidos aos pais, e sejam eles, enquanto representantes legais dos afilhados, quem tem o poder de decisão (a ser exercido em função dos interesses do afilhado e da família dos próprios padrinhos), não podem os padrinhos excluir liminarmente, nem de forma absoluta, os pais que se mantêm na “história” do filho. Existe, pois, o dever de assegurar a participação dos pais nos processos de decisão de questões relevantes (artigo 8.º, n.º1 *al. e*). Não obstante, e dito isto, em caso de divergência entre pais e padrinhos sobre as decisões ou princípios adoptados por estes, apenas é exigível aos padrinhos a tentativa de adesão dos pais, pelo que, frustrado o acordo, cabe aos padrinhos decidir, por ser a estes que cabe, sublinhamos, o cuidado, por um lado, mas também os poderes de representação legal, por outro.

Não está prevista qualquer sanção para o caso em que os padrinhos não cumpram aquele dever de promoção da adesão. Contudo, uma actuação unilateral e através de decisões surpresa pode levar, nas situações mais graves, à revogação do apadrinhamento (artigo 25.º, n.º1 *al. b*). Nas outras, e não obstante não se prever na lei também qualquer meio processual para incidentes no incumprimento do compromisso ou da decisão, atendendo à natureza tutelar cível do apadrinhamento, é possível a sua alteração nos termos gerais (artigo 1411.º, n.º1 do Código de Processo Civil). Incumprimentos reiterados podem justificar a alteração do conteúdo da relação jurídica constituída (restrição dos direitos dos pais ou outras pessoas de referência para o afilhado quanto às alíneas d) e g) do n.º1 e n.º 3 do artigo 8.º, é certo, mas também a imposição de deveres aos padrinhos, no sentido de assegurarem aos pais ou àquelas pessoas o contacto ou informações sobre o afilhado) ou, no limite, e como referido, levar à revogação do apadrinhamento.

Uma vez que a relação aberta estabelecida entre padrinhos e pais acarreta consigo tensões e conflitos, a previsão de mediação familiar será um forte aliado na dissuasão e resolução daqueles problemas (artigo 147.º-D OTM e artigo 25.º, n.º6).

b. Relação entre pais e filhos

Conservando-se as responsabilidades parentais na esfera jurídica dos pais, mantém-se a relação entre pais e filhos, ainda que limitada em maior ou menor medida de acordo com o acto constitutivo ou o decretamento da inibição. No limite, reserva-se o conteúdo remanescente do instituto das responsabilidades parentais e o vínculo de solidariedade, nomeadamente o direito a alimentos e direitos sucessórios. Não se encontrando os pais

inibidos, eles têm os direitos elencados no artigo 8.º, n.º1, que exercem, em primeiro lugar, em função dos interesses do filho e, depois, no seu próprio interesse, enquanto titulares das responsabilidades parentais.

A relação entre pais e filhos é, pois, suposto manter-se com o apadrinhamento. Todavia, o direito dos padrinhos, enquanto poder funcional, nas situações de tensão com os pais que possam fazer periclitarem o apadrinhamento, impõe a limitação (no limite, inibição) das responsabilidades parentais. Por isso mesmo, podem, como vimos, os direitos dos pais ser limitados (artigo 8.º, n.º 2) no âmbito da relação de apadrinhamento, mas, decisivo, o apadrinhamento não pode ser revogado, mesmo perante a violação dos direitos dos pais, se a sua manutenção for imposta pelo superior interesse do menor (artigo 25.º, n.º1 *al.* b) e c), *a contrario*). Na perspectiva da relação entre pais e filhos, o apadrinhamento, ao fundamentar-se no interesse do filho, face à incapacidade, impossibilidade ou vontade dos pais, condiciona sobremaneira o direito destes, apenas se justificando o total restabelecimento das responsabilidades parentais ou a modificação do apadrinhamento em função do filho.

c. Relação entre padrinhos e afilhados

Na relação entre padrinhos e afilhados, face à descrição quanto ao conteúdo dos poderes funcionais dos padrinhos, não há muito mais a acrescentar. Cabe aos padrinhos, enquanto substitutos dos pais, no exercício, porém, de poderes jurídicos próprios, o cuidado e a representação do afilhado. A constituição da relação de apadrinhamento e os poderes reconhecidos aos padrinhos pressupõem uma limitação necessária e proporcional do conteúdo das responsabilidades parentais. Logo, os padrinhos são titulares de um dever de conteúdo jurídico que incorpora também um dever moral, numa relação que se quer afectiva, entre padrinho e afilhado, mas diferente da relação de filiação. Os afilhados, enquanto tais, devem respeito e obediência aos padrinhos, em termos análogos ao dever para com os pais e representantes legais.

Uma vez que o que resulta da relação de apadrinhamento é o reconhecimento de um poder funcional a ser titulado pelos padrinhos, o seu exercício encontra-se limitado intrinsecamente pelo interesse do afilhado, sendo em função deste que os mesmos são legitimados e pelo qual se pressupõe o seu exercício.

A respeito da administração patrimonial dos bens do afilhado, o legislador estabeleceu a equiparação dos poderes do padrinho ao tutor (artigo 7.º, n.º2 e 3). Aqui valem os argumentos que justificam um regime mais estrito face às responsabilidades parentais, isto porque, apesar do altruísmo estar subjacente à constituição do vínculo de apadrinhamento, no

que diz respeito à esfera patrimonial aceita-se uma certa dose de *desconfiança* que decorre da ausência de um *altruísmo total*, presumido na relação de filiação. Assim, são compreensíveis as limitações aos poderes dos padrinhos quanto aos bens do afilhado. Todavia, ainda a este respeito teremos que proceder a uma interpretação restritiva do artigo 7.º, n.º4, quando dispõe que a relação de bens e prestação de contas seja feita perante as entidades que constituem o vínculo de apadrinhamento. Não obstante a referência plural a *entidades*, o apadrinhamento só pode ser constituído, como vimos, pelo tribunal, pelo que a obrigação terá que ser prestada perante este.

Nas situações em que os padrinhos ou o afilhado comprometam a relação de apadrinhamento, pode este ser revogado (artigo 25.º, n.º1 *al. d*) e *e*). Não podemos, no entanto, confundir a existência de problemas na relação com a manutenção do apadrinhamento. Só nos casos em que se verifique uma situação grave, que ponha em causa a manutenção e fins do apadrinhamento de forma irreversível, é que a revogação deverá ocorrer. Em particular, quando o fundamento é o prescrito na alínea *e*) do n.º 1 do artigo 25.º. Das várias causas susceptíveis de justificarem a revogação do apadrinhamento, somente a prevista na alínea *e*) não diz respeito ao interesse do afilhado. Não podia, porém, deixar de estar prevista uma cláusula de salvaguarda a favor dos padrinhos que, ao assumirem uma responsabilidade de cuidado para com o afilhado, de forma altruísta, têm de, ainda assim, gozar da prerrogativa de protegerem a sua pessoa e a sua vida familiar.

6. Modificações da relação jurídica de apadrinhamento civil

a. Alargamento

A relação de apadrinhamento inicialmente constituída pode ser alargada. O legislador previu expressamente esta possibilidade no que concerne à adesão de novos padrinhos. O cônjuge do padrinho ou da madrinha ou a pessoa com quem este viva em união de facto pode, assim, em momento mais avançado da relação de apadrinhamento com determinada criança ou jovem, vir a integrá-la. Basta, para o afeito, que cumpra os requisitos legais de habilitação e a tramitação do processo de constituição do vínculo e que este alargamento se afigure respeitando o superior interesse do afilhado. Já não terá sentido, razão pela qual está afastada essa possibilidade, que, relativamente ao mesmo afilhado, se constituam sucessivos apadrinhamentos por pessoas que não vivam em família, até e desde logo por deixar de ser possível cumprir um dos desígnios do instituto e que é a integração da criança ou do jovem no agregado familiar do padrinho.

Por outra banda, e embora, neste particular, não se encontre disposição expressa, nada parece obstar a sucessivos apadrinhamentos pelo mesmo padrinho ou madrinha. O caso mais comum será o das fratrias, mas nada exclui que determinado padrinho ou madrinha apadrinhe crianças ou jovens sem qualquer laço prévio entre si, desde que a inserção dos novos elementos no agregado familiar comum não ponha em causa o êxito das relações de apadrinhamento civil já ali existentes.

No primeiro caso temos, pois, situações de alargamento de determinada relação de apadrinhamento civil propriamente dita, mas os segundos, independentemente da especialidade e individualidade de cada relação de apadrinhamento, focada em determinada criança ou jovem em concreto, não deixam de ser, em termos práticos, verdadeiros alargamentos das relações de cuidado e educação que determinado padrinho ou madrinha está disposto a assegurar e, por esta via, igualmente merecedores da nossa atenção.

b. Modificação do conteúdo da relação jurídica

Questão especialmente sensível tem sido a de saber em que termos podem ocorrer modificações do conteúdo da relação jurídica inicialmente constituída. Nesta sede, devemos, antes de qualquer outra coisa, deixar claro que a razão de ser e as modificações a operar podem ser distintas. Assim, tanto pode acontecer que esta modificação deva acontecer no sentido de alargar o remanescente de exercício de responsabilidades parentais pelos pais como no sentido precisamente oposto.

As formas mais invasivas de manutenção dos pais na vida dos filhos apadrinhados podem, segundo o artigo 8.º, n.º 2, ser limitadas, não estando, pois, excluída a possibilidade de pais não inibidos deixarem, por efeito do apadrinhamento, de poder contactar e/ou visitar o filho. Basta, para que tal aconteça, que o exercício destes direitos pelos pais ponha em risco a criança ou o jovem ou comprometa o êxito da relação de apadrinhamento civil que se constituiu.

Assim, independentemente da fase do apadrinhamento civil constituído em que estejamos, podem os padrinhos ou a criança ou jovem sindicar, junto do tribunal, a necessidade de limitar aqueles direitos dos pais, fundamentando, a final, no superior interesse do afilhado a sua pretensão. Para isso, e uma vez que, constituído o vínculo, deve ter-se por arquivado o processo, figura como adequada a mediação pelo Ministério Público.

Também independentemente da fase do apadrinhamento civil constituído em que se esteja, têm, por outro lado, os pais, o direito de suscitar uma modificação da relação jurídica constituída, por não subsistirem os motivos que determinaram o seu maior afastamento

relativamente aos filhos. E também nestes casos caberá ao Ministério Público o papel de mediador.

Salvo melhor opinião, estaremos perante situações próximas das que se suscitam em sede de alteração da regulação das responsabilidades parentais, motivo pelo qual, faltando normas especiais expressas, deve o regime daquelas alterações ser mobilizado, com as necessárias e imprescindíveis adaptações.

c. Extinção

Existem duas formas de extinção do vínculo de apadrinhamento: a revogação em sentido próprio e a revogação judicial.

A primeira resulta de uma decisão consensual dos interessados que pretendem pôr fim ao compromisso firmado (artigo 25.º, n.º 1 *al.* a)) ou de uma situação em que os padrinhos e o afilhado não pretendem manter a perpetuidade do vínculo (artigo 25.º, n.º 1 *al.* f)). A este respeito não surge qualquer problema, apenas devendo ser referido que deve ser aberto novo processo, nos termos gerais, pelo tribunal que proferiu a decisão final constitutiva. Vale a aplicação analógica do artigo 1920.º-A CC, atentando à natureza tutelar cível do apadrinhamento, apenas devendo ser alargada a legitimidade aos padrinhos e ao afilhado maior ou emancipado. A razão deste alargamento prende-se, primeiro, com a necessidade de adaptação da norma à relação jurídica de apadrinhamento, segundo, com o facto de os padrinhos terem poderes de representação legal próprios e, finalmente, quanto afilhado, com o interesse deste, directo, na causa. Deste modo, deve ser interpretada restritivamente a introdução do artigo 25.º, no sentido de se considerar que todas as outras entidades ali mencionadas têm apenas legitimidade para comunicar ao Ministério Público situações que entendam poder pôr em causa o apadrinhamento, mas já não para tomar iniciativa processual para a sua revogação. Esta interpretação justifica-se se pensarmos, desde logo, que estas entidades não têm interesse directo na relação que se constituiu (até porque podem ser entidades que não participaram na constituição, ou, pior, que até foram contra) e, por outro lado, que não se pode legitimar a sua actuação na vida familiar que se constituiu, a todo tempo, sob pena de violação, como antecipámos *supra*, do artigo 8.º, n.º2 CEDH, não sendo ainda despidendo pensar em como as suas atribuições e competência se cingem à intervenção em matéria de protecção de menores em perigo nos termos gerais, não se justificando já que operem em sede de fiscalização do apadrinhamento. Mais, a única entidade com legitimidade, para além dos pais e dos padrinhos (aqui representantes legais), para suprir a incapacidade

dos menores, é o Ministério Público, nos termos dos artigos 3.º, n.º1 *al.* a) e 5.º, n.º1 *al.* c) do Estatuto do Ministério Público.

7. Conclusão

De tudo quanto fica exposto, resulta, então, que o apadrinhamento civil se apresenta como uma figura com virtualidades dignas de nota e que podem bem encaminhar para o desenvolvimento num seio familiar saudável crianças e jovens que de outro modo não conheceriam essa realidade. Não somos ingénuos ao ponto de considerar que o engenho do intérprete legal não pudesse já encontrar, naquilo que eram as soluções legais previstas até agora, formas alternativas de acautelar o interesse destas crianças e jovens. Mas não nos parece que uma figura que em nada colide com as demais e que apenas se apresenta como mais uma solução deva desconsiderar-se ou menosprezar-se.

O facto de a implementação efectiva do apadrinhamento civil estar a tardar e de os números serem ainda muito inexpressivos não devem, por outro lado, desanimar quem trabalha nesta área. Afinal, todas as novidades precisam de tempo para serem suficientemente acolhidas, no sentido de se tornarem visíveis. O aumento dos casos de adopção conhecido por Portugal na última década não se confunde com a travessia no deserto que também esse instituto precisou fazer nos seus primórdios, por exemplo.

O apadrinhamento civil, esta relação jurídica que não nos contentamos em chamar de para-familiar, que preferimos acolher como quase-familiar, é, pois, uma boa nova para as nossas crianças e jovens. Assim as entidades com competência em matéria de infância e juventude, as comissões de protecção, a Segurança Social, as instituições de acolhimento e os tribunais se mobilizem para, pela *law in action*, o fazer vingar *out of the books*.

8. Bibliografia

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994.

ALFAIATE, Ana Rita, “A responsabilidade das Comissões de Protecção de Crianças e Jovens na verificação atempada da insuficiência do cuidado prestado pela família biológica”, in *Cuidado e Responsabilidade*, 1.ª edição, São Paulo, Brasil, Editora Atlas S. A., 2011.

ALFAIATE, Ana Rita e RIBEIRO, Geraldo Rocha, “Relatório da mesa temática sobre a promoção dos direitos, a protecção das crianças e jovens em perigo e processo

- tutelar educativo”, in *3.ª Bienal de Jurisprudência*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 11, Coimbra Editora, Março de 2008.
- _____, “Relatório da mesa temática sobre a promoção dos direitos, a protecção das crianças e jovens em perigo e processo tutelar educativo”, in *4.ª Bienal de Jurisprudência*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 19, Coimbra Editora, Janeiro de 2010.
- _____, “Sistema de Promoção e Protecção de Crianças e Jovens. Debate com as Comissões: Relatório (2008 e 2009)”, *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2010 .
- _____, “Relatório Final de um Estudo com as Equipas de Adopção”, *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, Julho – Dezembro de 2010.
- _____, “Acompanhamento do “Sistema de Protecção de Crianças e Jovens e Leis da Adopção”: Audições de Juízes e Magistrados do Ministério Público”, *Lex Familiae*, Ano 8, n.º 15, Coimbra Editora, Janeiro – Junho de 2011.
- ALMEIDA, Susana, *O respeito pela vida (privada e) familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: a Tutela das Novas Formas de Família*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 14, Coimbra Editora, Novembro de 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3.ª Edição, Almedina, 2004.
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil: Teoria Geral (Introdução, as Pessoas, os Bens)*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2000.
- BOLIEIRO, Helena e GUERRA, Paulo, *A criança e a família – uma questão de direito(s)*, Coimbra Editora, 2009.
- BORGES, Beatriz Marques, *Protecção de Crianças e Jovens em Perigo (Comentários e Anotações à Lei n.º 147/99 de 1 de Setembro)*, Almedina, 2007.
- CAMPOS, Diogo Leite de, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.ª edição, Almedina, 1997.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, 2003.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil: Introduction, Les Personnes, La famille, L'enfant, le couple*, Vol. I, Quadrige/PUF, 2004.
- CARVALHO, Orlando, *Os direitos do Homem no Direito Civil*, policopiado, Vértice, 1973.

- _____, *Teoria Geral do Direito Civil*, policopiado, Centelha, 1981.
- CLEMENTE, Rosa, *Inovação e modernidade no direito de menores. A perspectiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 16, Coimbra Editora, 2009.
- COELHO, Francisco Pereira, OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de direito da família, Direito da filiação, Estabelecimento da filiação, Adopção*, Volume II, Tomo I, Coimbra Editora, 2006.
- CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil Português (I Parte Geral Pessoas: Pessoas)*, Vol. III, Almedina, 2004.
- DIAS, Cristina Araújo, “Algumas notas em torno do regime jurídico do apadrinhamento civil”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012.
- DUARTE, Maria de Fátima Abrantes, *O Poder Paternal - Contributo para o Estudo do Seu Actual Regime*, AAFDL, 1989.
- GOMES, Ana Sofia, *Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, Quid Juris, 2009.
- GUIMARÃES, Maria de Nazareth Lobato, “Ainda sobre menores e consultas de Planeamento Familiar”, *RMP*, Ano 3, Vol. 10, 1982.
- MARTINS, Rosa, *Menoridade, (In)capacidade e cuidado parental*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 13, Coimbra Editora, Setembro de 2008.
- MATOS, Mafalda Francisco, “Relatório da mesa temática sobre a promoção dos direitos, a protecção das crianças e jovens em perigo e processo tutelar educativo”, in *5.ª Bienal de Jurisprudência*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro de 2013.
- MIRANDA, Jorge, “Sobre o Poder Paternal”, in *Escritos Vários sobre Direitos Fundamentais, Principia*, 2006.
- OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA ADOPÇÃO, *Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil – Anotado*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Edição Especial, Coimbra Editora - Wolters Kluwer, 2011.
- OLIVEIRA, Guilherme de, “O acesso dos Menores aos Cuidados de Saúde”, in *Temas de Direito da Medicina*, 1, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2005.

- _____, “Apadrinhamento civil: uma iniciativa portuguesa, com certeza”, *Revista do Advogado*, Ano 28, n.º. 101, Dezembro de 2008.
- PASSINHAS, Sandra, “O apadrinhamento civil: uma nova figura no Direito Português”, *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, Ano 1, n.º 1, Setembro – Dezembro de 2012.
- PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 2.ª edição, AAFDL, 2009.
- PINTO, António Clemente, *Guia de Procedimentos do Processo de Promoção e Protecção (Regime Jurídico do Apadrinhamento Civil)*, 3.ª edição, Almedina, 2011.
- PINTO, Carlos Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida, *Apadrinhamento Civil - Anotado e Comentado*, Quid Juris, 2011.
- RIBEIRO, Geraldo Rocha, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Série Monográfica do Centro de Direito da Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 24, Coimbra Editora - Wolters Kluwer, 2011.
- _____, “Quem decide pelos menores? (algumas notas sobre o regime jurídico do consentimento informado para actos médicos)”, *Lex Medicinæ*, Ano 7, n.º 14, Coimbra Editora, 2011.
- SCHWAB, Dieter, “Familienrecht II (§§ 1589-1921)” in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch* (München: de Beck im internet, 2008).
- SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito Administrativo*, policopiado, 1978.
- SOTTOMAYOR, Maria Clara, “Quem são os ‘verdadeiros’ pais? Adopção plena de menor e oposição dos pais biológicos””, in *Abandono e Adopção*, Almedina, 2005.
- _____, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio*, 4.ª edição, Almedina, 2008.
- SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995.
- _____, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, Coimbra Editora, 2003.
- VICENTE, Dário Moura, “Competência Internacional no Código de Processo Civil Revisto: Aspectos Gerais”, in *Direito Internacional Privado*, Ensaios, Volume I, Coimbra, Almedina, 2002.

Apresentação em *powerpoint*

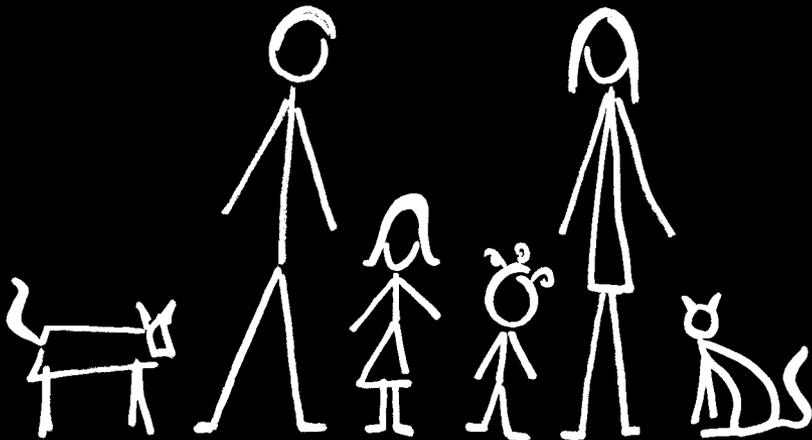
C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Centro de Estudos Judiciários

Acção de Formação Contínua

Porto, 15 de Março de 2013

Apadrinhamento civil: regime legal



Ana Rita Alfaiate
*Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra
Centro de Direito da Família
Observatório Permanente da Adopção*

O direito à família

- O direito da criança a crescer numa família
 - A Convenção sobre os Direitos das Crianças, a CRP, o CC, a LPCJP, etc.
- A institucionalização como uma saída definitiva aceite
 - A urgência de um modelo institucional reinventado
- O apadrinhamento civil como mais uma resposta
 - Os afilhados (civis)

Contributos para a noção

- Relação jurídica quase familiar
- Tendencialmente permanente
- Com integração da criança ou jovem no agregado do padrinho
- Pessoa ou *família* exerce(m) os poderes e deveres próprios dos pais
- Pressupõe ou prevê a existência de vínculos afectivos
- Medida tutelar cível
- Constitui-se por homologação ou decisão judicial
- Está sujeito a registo civil

Quem pode ser padrinho/madrinha?

Candidato espontâneo

Pessoa indicada:

Pelos pais, representante legal, guarda de facto ou criança ou jovem

Familiar, pessoa idónea ou família de acolhimento a quem a criança ou jovem esteja confiado pelo PPP

Tutor

Se maior de
25 anos

Quem pode ser padrinho/madrinha?

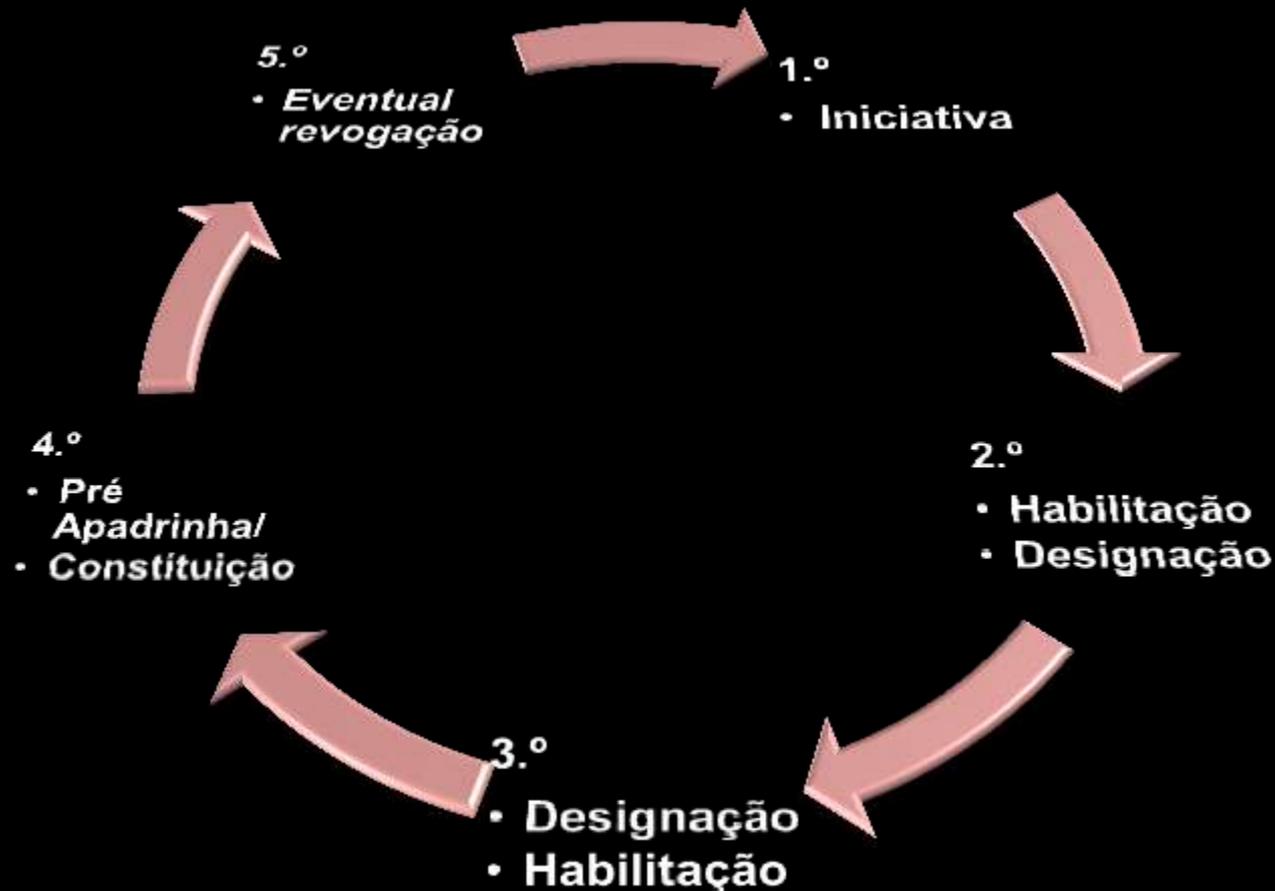
- Candidaturas singulares
- Candidaturas de família
 - Casados ou
 - Unidos de facto

Independentemente da orientação sexual dos candidatos

Quem pode ser afilhado?

- Criança ou jovem até aos 18 anos, que:
 - Está acolhida numa instituição;
 - Tem outra medida de protecção;
 - Se encontra em perigo verificado por CPCJ ou Tribunal;
 - Foi encaminhada para o apadrinhamento civil;
 - Viu reapreciada a (medida de) confiança porque a adopção se mostra inviável;
- Se:
 - Houver reais vantagens;
 - Não for possível a confiança com vista à adopção.

Vários momentos relevantes



Processo: a iniciativa

O apadrinhamento pode ser da iniciativa:

- Do Ministério Público;
- Da comissão de protecção de crianças e jovens, no âmbito dos processos que aí corram termos;
- Do organismo competente da segurança social ou de instituição por esta habilitada;
- Dos pais, representante legal da criança ou do jovem ou pessoa que tenha a sua guarda de facto (na CPCJ, na Segurança Social ou no tribunal)
- Da criança ou do jovem maior de 12 anos.

Processo: a designação

Prévia à habilitação:

- Pessoa indicada pelos pais, representante legal da criança ou do jovem ou pessoa que tenha a sua guarda de facto
- Pessoa indicada pela instituição que acolhia a criança ou o jovem

Posterior à habilitação:

- Habilitados constantes da lista regional

Processo: a habilitação

Idoneidade e autonomia de vida para a assumpção das responsabilidades próprias do apadrinhamento, segundo os seguintes factores, em concreto:

- Personalidade, maturidade, capacidade afectiva e estabilidade emocional;
- Capacidades educativas e relacionais para responder às necessidades específicas da criança ou do jovem e para promover o seu desenvolvimento integral;
- Condições de higiene e de habitação;
- Situação económica, profissional e familiar;
- Ausência de limitações de saúde que impeçam prestar os cuidados necessários à criança ou ao jovem;
- ***Motivação e expectativas para a candidatura ao apadrinhamento civil;***
- **Disponibilidade para cooperar com o apoio;**
- **Disponibilidade para receber a formação que os organismos competentes vierem a proporcionar;**
- ***Disponibilidade para respeitar os direitos dos pais ou de outras pessoas relevantes para a criança ou o jovem;***
- **Capacidade e disponibilidade para promover a cooperação com os pais na criação das condições adequadas ao bem-estar e desenvolvimento da criança ou do jovem;**
- **Posição dos membros do agregado familiar dos candidatos, e por outros familiares com influência na dinâmica da família, face ao vínculo de apadrinhamento civil;**
- **Registo criminal compatível;**
- **Não inibição ou limitação de responsabilidades por violação do art. 1918.º CC.**

Processo: a habilitação

Pelo OSS ou instituição habilitada, mediante *relatório psicossocial, em 6 meses*, depois de ouvir a entidade que aplicou a medida de confiança a pessoa idónea ou de acolhimento familiar ou avaliou o tutor quando seja alguma destas pessoas o candidato a padrinho:

- Habilitam

- Não habilitam

- Recurso em 30 dias para Tribunal

Pré - apadrinhamento

*Quando não há vinculação prévia
entre a criança ou jovem e o potencial padrinho*

Se há PPP:

1. Designação pela lista
2. Plano de aproximação de 2 meses (elaborado e aprovado pela entidade titular PPP, em articulação com a instituição de acolhimento (caso exista))

Se persistirem dúvidas:

3. Medida de confiança a pessoa idónea (máximo de 12 (18) meses, com revisões de 2 em 2 meses)

Se não há PPP:

Decisão provisória – 157.º OTM

Processo: os requisitos

Se não tiver havido uma confiança anterior, com adoptabilidade falhada;

Se não estiverem inibidos por violação culposa dos seus deveres;

Se não houver dispensa por se encontrarem privados do uso das faculdades mentais ou, por qualquer outra razão, haver grave dificuldade em os ouvir;

Se não houver dispensa por terem abandonado a criança ou o jovem;

Se não houver dispensa por terem posto em perigo grave a segurança, a saúde, a formação, a educação ou o desenvolvimento da criança ou do jovem;

Se não houver dispensa por terem manifestado desinteresse pela criança ou jovem acolhido, durante pelo menos 3 meses, comprometendo a qualidade e continuidade dos vínculos;

Se não houver dispensa por estarem inibidos

Consentimento dos pais (mesmo que sem o exercício RP e/ou menores) / representant e legal / guarda de facto:

Processo: os requisitos

O consentimento dos pais da criança ou do jovem pode ainda ser dispensado quando, tendo sido aplicada qualquer medida de promoção e protecção, a criança ou o jovem não possa regressar para junto deles ou aí permanecer por persistirem factores de perigo que imponham o afastamento, passados 18 meses após o início da execução da medida.

Processo: os requisitos

Outros consentimentos

(passíveis de dispensa se pessoas privadas do uso das faculdades mentais ou, por qualquer outra razão, há grave dificuldade em as ouvir):

Da criança ou do jovem maior de 12 anos;

Do cônjuge do padrinho ou da madrinha não separado judicialmente de pessoas e bens ou de facto ou da pessoa que viva com o padrinho ou a madrinha em união de facto;

Processo: os requisitos

Sempre que um consentimento seja dispensado, é a pessoa convidada a, em 10 dias, alegar por escrito e a apresentar prova. Semelhante convite é feito ao MP e à criança ou jovem maior de 12 anos.

Processo: a constituição

- Por decisão do tribunal, oficiosamente ou se:
 - corre um processo judicial de promoção e protecção
 - corre um processo tutelar cível
 - não se obtiveram os necessários consentimentos
 - há parecer desfavorável do conselho de família
 - houve parecer desfavorável da CPCJ, OSS ou instituição equiparada onde o processo deu início, nos termos da comunicação obrigatória das situações que não acautelem o interesse da criança ou jovem
- Com debate judicial e tribunal colectivo com dois juízes sociais se tiver sido apresentada prova**

Processo: a constituição

- Por compromisso de apadrinhamento civil homologado pelo Tribunal
 - Acautelados os requisitos gerais e o interesse da criança ou jovem (ou convite a alteração)
 - Feito na CPCJ, no OSS ou em instituição equiparada (sem que tenha havido comunicação de não satisfação dos interesses da criança ou jovem)
 - Assinado pelos padrinhos, por quem tem de prestar o consentimento, pela instituição de acolhimento promotora, pela entidade de apoio ao vínculo (CPCJ, OSS ou instituição equiparada) e pelo pró-tutor se o padrinho for o tutor
 - Acompanhado de relatório social (tendencialmente favorável)

Nota: Com a redacção final do diploma, o n.º 4 do art. 19.º deixa de fazer sentido!

Entre a tutela e a adoção restrita

Mais que tutela:

- Relação quase-familiar
- Integração do afilhado no agregado familiar do padrinho
- Vínculo afectivo
- Tendencialmente permanente
- Dever de alimentos pelos pais em condições de os prestarem
- Obrigações de relacionar os bens do afilhado e de prestar contas – que cabem sempre ao tutor – não são impostas se os pais do afilhado forem vivos e conhecidos e se não tiverem sido inibidos do exercício das responsabilidades parentais

Menos que adoção restrita:

- Requisitos de apadrinhamento civil são menos exigentes
- A dispensa do consentimento para a constituição do apadrinhamento civil é mais fácil do que para a constituição da adoção restrita
- Não se prevê a atribuição ao afilhado de apelidos do padrinho
- Não há direitos sucessórios recíprocos entre padrinho e afilhado
- Revogação do vínculo de apadrinhamento civil é mais fácil do que a revogação da adoção restrita

Efeitos

- Não há transferência da titularidade das responsabilidades parentais;
- Poderes funcionais sucedâneos das RP exercidos pelos padrinhos (caso de limitação do exercício RP pelos pais);
- Obrigação recíproca de alimentos entre padrinhos e afilhado;
- Impedimento matrimonial: impedimento impediente;
- Equiparação à relação entre pais e filhos no que respeita à lei laboral, às prestações sociais, à assistência na doença e ao IRS;
- Apoio ao êxito da relação de apadrinhamento: 18 meses; CPCJ, OSS ou instituição equiparada;
- Vínculo que não cessa com a maioridade.

Conteúdo próprio da relação jurídica de apadrinhamento civil

- Substituição dos pais no exercício do poder funcional próximo das responsabilidades parentais:
 - O cuidado enquanto actuação de promoção activa;
 - Exercício autónomo daquele poder por parte dos padrinhos: a eles é entregue o cuidado e representação do afilhado;
 - Obrigação jurídica e moral de tomar decisões em função do interesse do afilhado

Conteúdo próprio da relação jurídica de apadrinhamento civil

- A relação entre pais e padrinhos deve ser estabelecida na base da cooperação e diálogo, impondo-se a estes os deveres de:
 - promover a adesão dos pais aos princípios educacionais;
 - assegurar a participação dos pais nos processos de decisão de questões relevantes.
- Não é permitida a imposição pelos padrinhos de decisões-surpresa e tomadas unilateralmente (em silêncio)

Conteúdo próprio da relação jurídica de apadrinhamento civil

- Limite: os padrinhos violam o poder funcional que lhes está atribuído quando a sua actuação não esteja de acordo com o interesse do afilhado:
 - Os padrinhos podem estar obrigados a assegurar o contacto com os pais e com outras pessoas próximas do relacionamento da criança, como garantia de satisfação do interesse do afilhado.

Direitos dos pais

(e outras pessoas especialmente ligadas ao afilhado)

Se não estiverem inibidos por violação culposa dos deveres para com os filhos, com graves prejuízos para estes, têm direito a:

- Conhecer a identidade dos padrinhos;
- Dispor de uma forma de contactar os padrinhos;
- Saber o local de residência do filho;
- *Dispor de uma forma de contactar o filho (pode ser limitado);*
- Ser informados sobre o desenvolvimento integral do filho, a sua progressão escolar ou profissional, a ocorrência de factos particularmente relevantes ou de problemas graves, nomeadamente de saúde;
- Receber com regularidade fotografias ou outro registo de imagem do filho;
- *Visitar o filho, nas condições fixadas no compromisso ou na decisão judicial, designadamente por ocasião de datas especialmente significativas (pode ser limitado).*

Situações de conflito

- Os padrinhos são os representantes legais dos afilhados e têm o poder de decisão, a ser exercido em função do interesse destes, complementado com o interesse da família dos padrinhos;
- Em situações de divergência, apenas é exigível juridicamente aos padrinhos a tentativa de adesão dos pais;
- Frustrando-se a adesão dos pais, o poder de decisão cabe aos padrinhos por serem estes quem exerce o poder funcional sucedâneo das responsabilidades parentais (por impossibilidade, incapacidade ou vontade dos pais);
- A legitimidade de intervenção autónoma dos pais ocorre somente para as situações que ponham em causa o apadrinhamento:
 - Situação de perigo para a criança;
 - Violação grave do acordo ou da decisão.

Alargamento da relação de apadrinhamento

- Ao cônjuge
- À pessoa que viva em união de facto

Com processo de habilitação normal

A revogação

Iniciativa:

- qualquer subscritor do compromisso de apadrinhamento (???) (**pais, padrinhos e afilhado, apenas**)
- OSS ou de instituição habilitada (???)
- CPCJ (???)
- **MP**
- Tribunal (???)

Quando:

- Houver **acordo de todos** os intervenientes no compromisso de apadrinhamento;
- Os **padrinhos infringam culposa e reiteradamente os deveres assumidos** com o apadrinhamento, em prejuízo do superior interesse do afilhado, ou quando, por **enfermidade, ausência ou outras razões, não se mostrem em condições de cumprir aqueles deveres**;
- O apadrinhamento civil se tenha tornado **contrário aos interesses do afilhado**;
- A **criança ou o jovem assuma comportamentos, actividades ou consumos** que afectem gravemente a sua saúde, segurança, formação, educação ou desenvolvimento, sem que os padrinhos se lhe oponham de modo adequado a remover essa situação;
- A criança ou jovem assuma de modo persistente **comportamentos que afectem gravemente a pessoa ou a vida familiar dos padrinhos**, de tal modo que a continuidade da relação de apadrinhamento civil se torne insustentável;
- Houver **acordo dos padrinhos e do afilhado maior**.

A revogação do apadrinhamento civil cabe à entidade que o constituiu
(*que é sempre o Tribunal*).

Os padrinhos mantêm o direito a saber do afilhado e a contactarem com ele.

O presente e o futuro

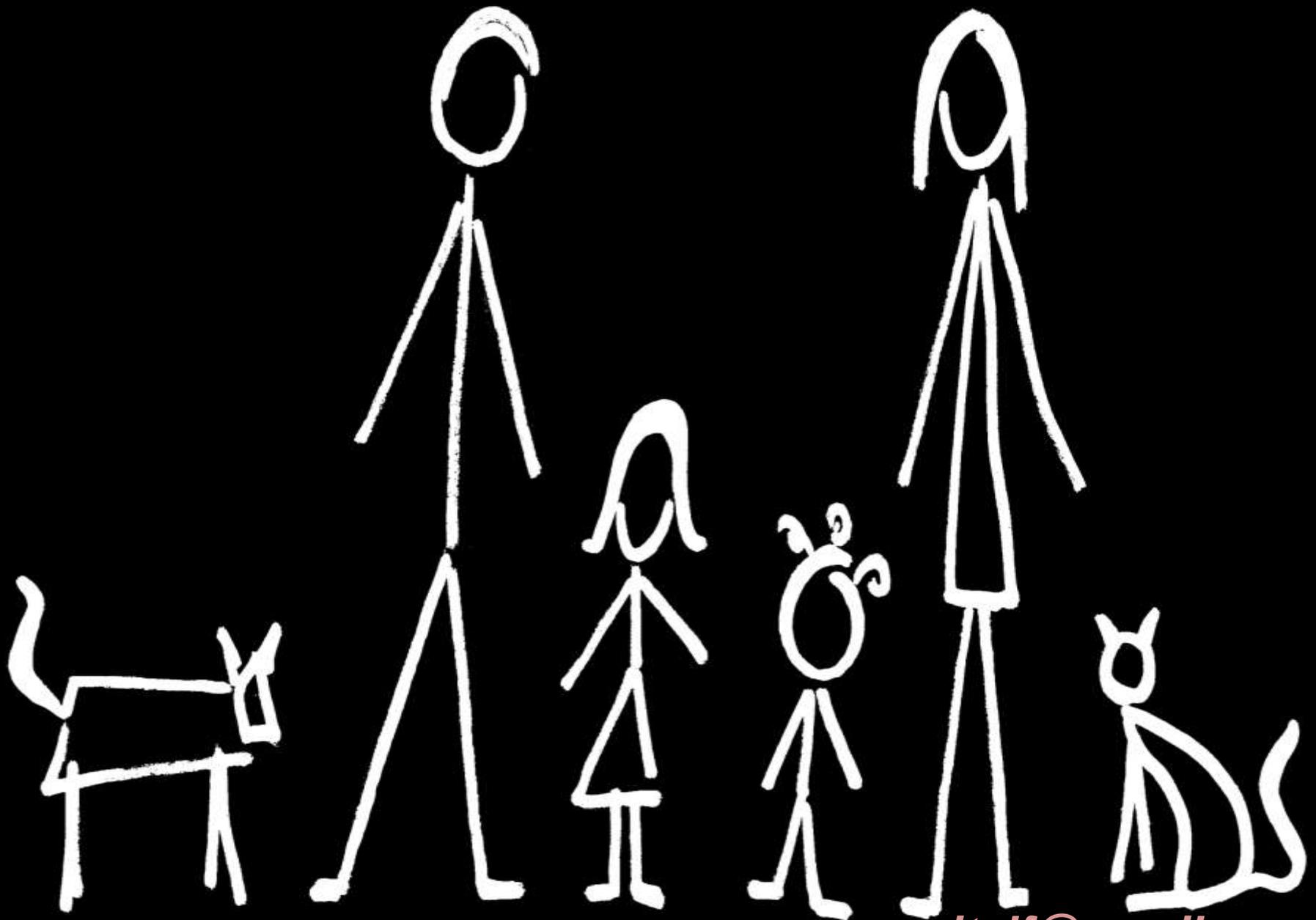
Desinstitucionalização

Escola jurídica de situações de facto

Integração familiar saudável de
crianças e jovens, estando estas ou
não em perigo à luz da LPCJP

Bibliografia

- **ALFAIATE, Ana Rita e RIBEIRO, Geraldo Rocha, *Apadrinhamento civil – algumas considerações*, Revista do CEJ, 2013, *no prelo*.**
- **Vária, aí mencionada.**



ritalf@gmail.com

Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Apadrinhamento civil



Comunicação apresentada na ação de formação “A tutela cível do superior interesse da criança – das providências tradicionais ao “novo” instituto do apadrinhamento civil”, realizada pelo CEJ no dia 31 de janeiro de 2014.

[Rui do Carmo]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e apresentação em *powerpoint*

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A apresentação que segue, da autoria de Rui do Carmo, Procurador da República, tem as seguintes linhas de força:

- O Apadrinhamento Civil assenta no reconhecimento da família como elemento fundamental da sociedade, respeitando e reforçando os princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família.
- O Apadrinhamento Civil situa-se entre a Tutela e a Adopção Restrita;
- O Apadrinhamento Civil é uma relação jurídica, tendencialmente definitiva, entre uma criança ou jovem menor de 18 anos residente em território nacional, cujo projecto de vida não seja a adopção, e uma pessoa singular ou uma família “que com ele estabeleçam vínculos afetivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento”, que passará a exercer as responsabilidades parentais sem que isso possa significar a exclusão da família de origem;
- Esta relação constitui-se pela homologação judicial de um compromisso de apadrinhamento livremente celebrado ou por decisão judicial;
- Constituição e tramitação do Apadrinhamento Civil;
- Direitos dos Pais;
- Quem pode ser padrinho - habilitação;
- Alargamento do Apadrinhamento civil: a excepção do artº 6º da Lei n.º 103/99
- Dispensa do Consentimento: de quem, em que circunstâncias e sua tramitação;
- Revogação do Apadrinhamento Civil;
- Direitos dos Padrinhos em caso de revogação da relação jurídica de Apadrinhamento Civil.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

APADRINHAMENTO CIVIL



Rui do Carmo

Procurador da República

CEJ/FORMAÇÃO – Janeiro 2014

A Família como Elemento Fundamental da Sociedade

princípio da responsabilidade parental

A intervenção deve ser efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem

princípio da prevalência da família

Deve ser dada prevalência às medidas que integrem a criança ou o jovem em família: na sua família , numa outra família ou em família adotiva

PAIS

**Confiança a
terceira
pessoa**

Tutela

**Adoção
restrita**

**ADOÇÃO
PLENA**

**APADRINHAMENTO
CIVIL**

**Família
Biológica**

Institucionalização

Adoção

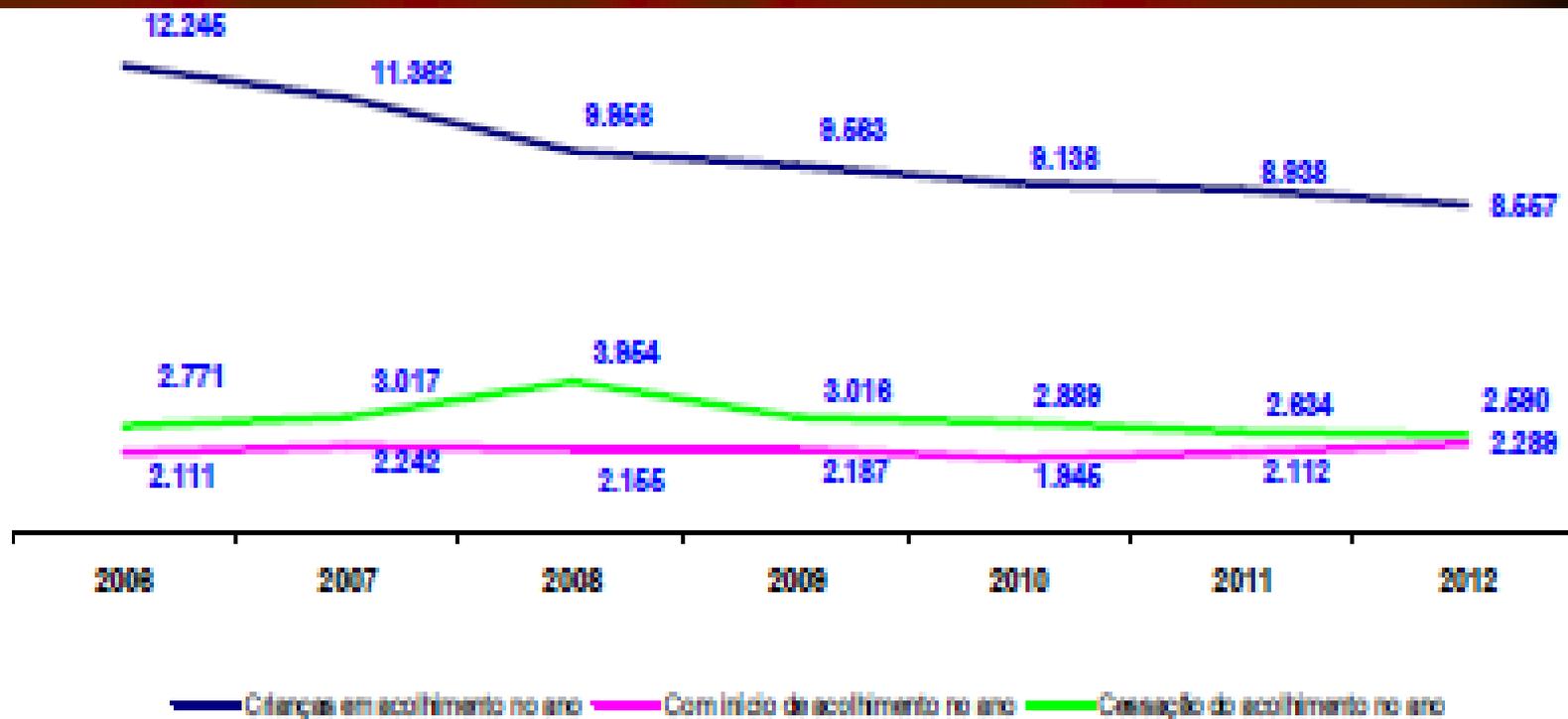


Gráfico 2: Evolução das crianças e jovens entre 2006 e 2012 (N.º)

Fonte: CASA 2012 – Relatório de Caracterização Anual da Situação de Acolhimento de Crianças e Jovens

Quadro comparativo das características das crianças disponíveis para adoção e das pretensões dos candidatos em lista de espera - dezembro 2012 (dados nacionais)

		Total de crianças em situação de adotabilidade	Total de candidatos em lista de espera
		494	1917
Características		Crianças	Pretensões
Idade (anos)	0 a 1	42	1644
	2 a 3	64	1749
	4 a 6	95	1239
	7 a 9	132	265
	10 a 12	115	45
	13 a 15	41	14
Grupos de irmãos		192	381
Situação de saúde	Sem problemas	298	1699
	Ligeiros	109	314
	Graves	87	3
	Deficiência	87	4

1. O número de candidatos em lista de espera é mais de quatro vezes superior ao número de crianças em situação de adotabilidade;
2. Até aos 6 anos o nº de pretensões é cerca de 22 vezes superior ao nº de crianças disponíveis;
3. Acima dos 7 anos o nº de pretensões corresponde a 4/5 das crianças disponíveis.
4. Só cerca de 1/5 dos candidatos em lista de espera aceita adotar irmãos;
5. As 192 crianças integradas em fratrias de adoção conjunta constituem 1 fratria de 4 elementos, 16 fratrias de 3 elementos e 70 de 2 elementos
6. O nº de crianças com problemas graves e/ou deficiências corresponde a cerca do 25 vezes o nº de candidatos que as aceitam

Caraterização do Apadrinhamento Civil

- 1. Relação jurídica, tendencialmente definitiva, entre uma criança ou jovem menor de 18 anos residente em território nacional, cujo projeto de vida não seja a adoção, e uma pessoa singular ou uma família “que com ele estabeleçam vínculos afetivos que permitam o seu bem-estar e desenvolvimento”;**
- 2. Que passará a exercer as responsabilidades parentais sem que isso possa significar a exclusão da família de origem;**
- 3. Constituída pela homologação judicial de um compromisso de apadrinhamento livremente celebrado ou por decisão judicial.**

Caso 1

A Joana tem 12 anos e é filha de Manuela. Está desde os 3 anos de idade a viver com os tios maternos Fernanda e Álvaro, casados entre si, porque a mãe a negligenciava e não mostrava ter as competências necessárias para proporcionar à filha os cuidados de que esta necessitava.

A criança está bem integrada no agregado familiar dos tios, que lhe têm proporcionado boas condições para o seu desenvolvimento e educação e com os quais criou uma forte relação afetiva.

A mãe da Joana emigrou já há algum tempo para a Alemanha, mantendo contactos frequentes com a filha, pelo telefone, internet e quando vem a Portugal. Nalgumas ocasiões dizia-lhe que a levava para a Alemanha, o que deixava a criança muito instável. A Joana verbalizava que tinha receio que a mãe a levasse com ela, que se sentia feliz com os tios, “demonstrando pouca afetividade” na relação com a mãe.

No Compromisso de Apadrinhamento Civil, judicialmente homologado, a mãe obrigou-se ao pagamento da importância mensal de duzentos e cinquenta euros a título de alimentos.

COMO SE CONSTITUI O VÍNCULO DO APADRINHAMENTO

homologação judicial de compromisso de apadrinhamento

➡ Quando for celebrado de compromisso de apadrinhamento:

- em processo de promoção e protecção a correr termos numa CPCJ;
- em dossiê de apadrinhamento iniciado na segurança social ou em instituição habilitada.

por decisão judicial

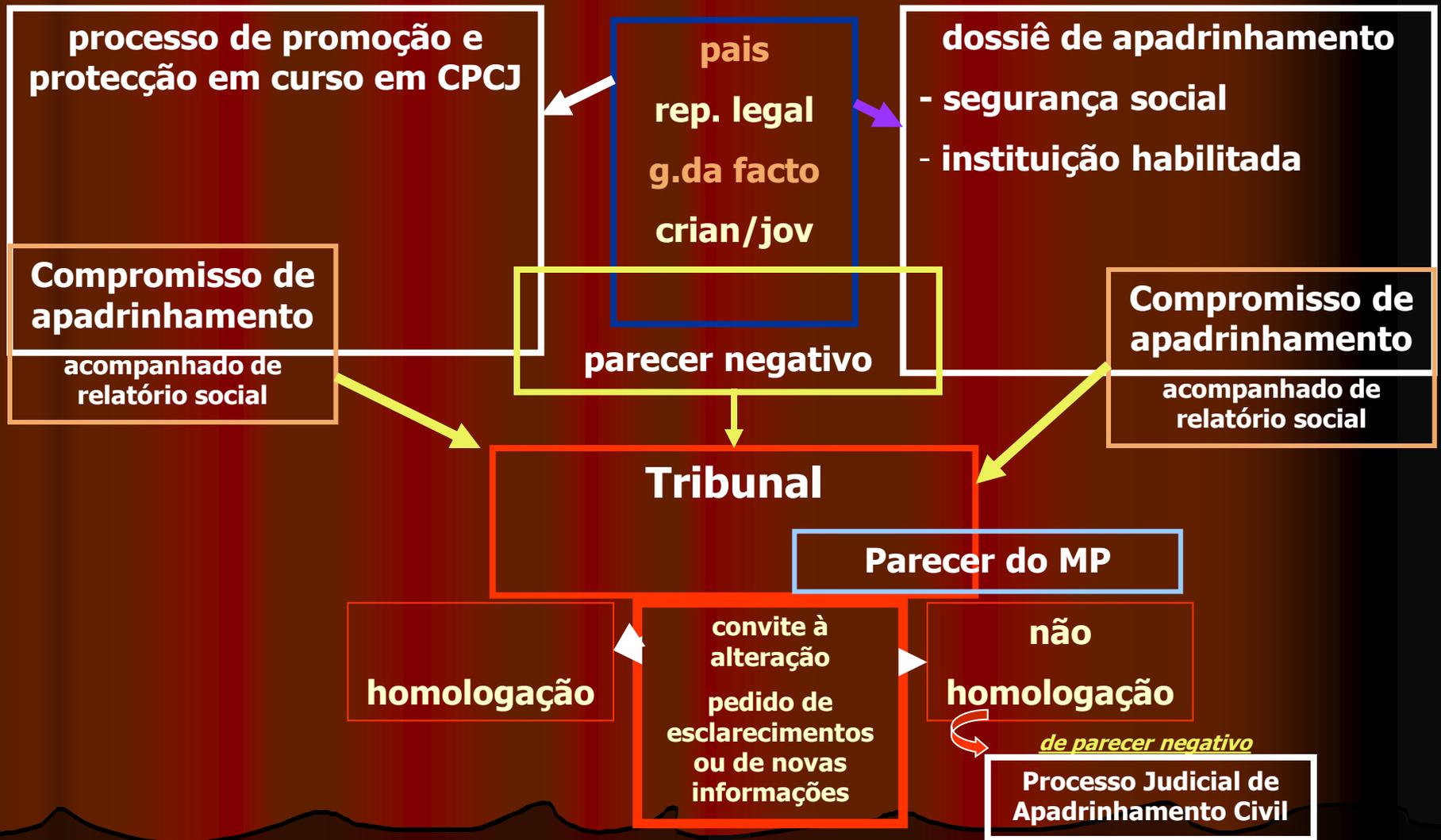
➡ Em processo judicial de promoção e protecção ou tutelar cível.

➡ Quando, tendo a iniciativa sido desencadeada em procedimento não judicial, não tiverem sido prestados os consentimentos exigidos mas se verificarem os pressupostos da sua dispensa por decisão do Tribunal.

➡ Quando, estando a criança ou o jovem sujeito a tutela, não tiver sido obtido parecer fofarável do Conselho de Família.

Apoio ao êxito da relação de apadrinhamento

TRAMITAÇÃO DO PROCESSO DE APADRINHAMENTO CIVIL



Caso 2

Alice e João são utentes da APPACDM, tendo nascido Alexandra em resultado do relacionamento entre ambos. Quer o pai quer a mãe têm limitações que não lhes permitem cuidar adequadamente com autonomia da criança.

No âmbito do processo de promoção e proteção aberto na CPCJ quando do nascimento da criança, na sequência de articulação entre esta e a maternidade, Justina, irmã da Alice, e o marido disponibilizaram-se a acolher a criança.

Foi celebrado acordo de promoção e proteção com a aplicação da medida de apoio junto de outro familiar, tendo-se aqueles candidatado a padrinhos civis na Segurança Social, que veio a emitir o respetivo Certificado de Habilitação como Padrinhos Civis.

Foi posteriormente celebrado Compromisso de Apadrinhamento, que o juiz do Tribunal de Família e Menores homologou.

DIREITOS DOS PAIS

conhecer a identidade dos padrinhos

dispor de uma forma de contactar os padrinhos

saber o local de residência do filho

dispor de uma forma de contactar o filho

ser informado sobre o desenvolvimento do filho, sua progressão escolar ou profissional, a ocorrência de factos particularmente relevantes ou de problemas graves, nomeadamente de saúde

receber com regularidade fotografias ou outro registo de imagem do filho

visitar o filho

***Caso 2:* Os pais podem visitar a criança diariamente, se assim o pretenderem, devendo no entanto comunicar aos padrinhos e ficar salvaguardado o respeito pelas rotinas diárias da criança. Nas visitas, atendendo à idade da criança (10 meses), deverá ser garantida a supervisão por um dos padrinhos.**

QUEM PODE SER PADRINHO

**peçoas maiores de 25 anos
previamente habilitadas pela segurança social**

- **Candidatos a padrinhos inscritos na segurança social.**

- **Pessoa ou família da escolha dos pais, do representante legal, do guardião de facto ou da criança ou do jovem.**

- **Familiares, pessoa idónea ou família de acolhimento - a quem a criança ou o jovem já tenha sido confiado em processo de promoção e proteção.**

- **Tutor**

HABILITAÇÃO

“A habilitação consiste na certificação de que a pessoa singular ou os membros da família que pretendem apadrinhar uma criança ou jovem possuem idoneidade e autonomia de vida que lhes permitam assumir as responsabilidades próprias do vínculo de apadrinhamento civil” (nº1 do artigo 12º da Lei nº103/2009)

“... a habilitação dos padrinhos pressupõe não só uma avaliação das capacidades dos candidatos ao apadrinhamento civil para estabelecerem relações afectivas próximas com uma criança ou jovem e para exercerem as inerentes responsabilidades parentais mas também uma avaliação das suas capacidades para estabelecerem relações de cooperação com os pais da criança ou jovem, tal como a lei exige”.

Preâmbulo do Decreto-Lei nº 121/2010, de 24 de Outubro

Artigo 6º da Lei 103/99

Proibição de vários apadrinhamentos civis

Enquanto subsistir um apadrinhamento civil, não pode constituir-se outro quanto ao mesmo afilhado, excepto se os padrinhos viverem em família.

Alargamento da relação de apadrinhamento civil

CÔNJUGE

nº1 do artº 6º do DL 121/2010, de 27 de Outubro

UNIDO DE FACTO

DISPENSA DO CONSENTIMENTO

Quando as pessoas que o devam prestar estiverem privadas do uso das faculdades mentais ou houver grave dificuldade em as ouvir.

Pais do afilhado

Em caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais, que exija consentimento.

Quando persistirem fatores de perigo que imponham o afastamento da criança decorridos 18 meses de execução de medida de promoção e proteção.

Representante legal do afilhado

Quando ponham em perigo a segurança, a saúde, formação, educação ou desenvolvimento

Quem tiver a sua guarda de facto

Quando tenham abandonado a criança ou jovem, tenham posto em grave perigo a sua segurança, saúde, formação, educação ou desenvolvimento, ou por ele tiverem revelado manifesto desinteresse.

TRAMITAÇÃO

NO CASO DE DISPENSA DO CONSENTIMENTO

cpcj
segurança social
instit. habilitada

MP

TRIBUNAL

Processo judicial
de
Apadrinhamento Civil

eventuais
diligências/recolha de informação

notificação para alegar e apresentar prova

sem apresentação de prova

com apresentação de prova

decisão judicial

debate judicial

tribunal constituído pelo juiz, que
preside, e por dois juízes sociais

Após a constituição do vínculo: período de apoio ao êxito da relação de apadrinhamento

MOTIVOS DE REVOGAÇÃO DO APADRINHAMENTO

acordo

incumprimento culposo e reiterado dos deveres assumidos pelos padrinhos, ou impossibilidade superveniente de os cumprir

existência de comportamentos do afilhado que sejam para si gravosos sem que os padrinhos consigam remover a situação de perigo

existência de comportamentos do afilhado que afetem gravemente a pessoa ou a vida familiar dos padrinhos

o apadrinhamento ter-se tornado contrário aos interesses do afilhado

DIREITOS DOS PADRINHOS QUE PODEM SUBSISTIR APÓS A REVOGAÇÃO DO APADRINHAMENTO

**saber o local de residência do ex-afilhado
e dispor de uma forma de o contactar**

**serem informados sobre os aspetos marcantes do seu
desenvolvimento e da sua vida**

**receber fotografias ou registos de
imagem e visitar o afilhado**

Para aceder à videogravação da comunicação, clique nos ícones



Vídeo 1



Vídeo 2

NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O apadrinhamento civil: as potencialidades do instituto – o caso do Bruno



Comunicação apresentada na ação de formação “A tutela cível do superior interesse da criança – das providências tradicionais ao “novo” instituto do apadrinhamento civil”, realizada pelo CEJ no dia 31 de janeiro de 2014.

[Ana Lídia Cadete]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto que segue, da autoria de Ana Lídia Cadete, Juíza de Direito, incide sobre:

- O apadrinhamento civil – potencialidades do instituto analisadas com base num caso concreto tramitado pela oradora, em termos profissionais;
- Porque razão se (deve) constitui(r) o apadrinhamento civil e como;
- Apadrinhamento Civil *versus* adoção, regulação do exercício das responsabilidades parentais e tutela;
- A possibilidade de “apoio económico” a prestar após o decretamento da providência;
- A obrigação alimentar a cargo dos pais e padrinhos;
- Possível intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menores, durante a vigência desta providência tutelar cível.

O Apadrinhamento Civil: as potencialidades do instituto – o caso do Bruno

Ana Lídia Cadete

Juíza de Direito

Presidindo a este texto o objetivo de evidenciar, no e a partir do caso concreto do Bruno (um menino, hoje, de quatro anos de idade¹), as potencialidades do apadrinhamento civil, há que iniciá-lo apelidando este caso de feliz, devendo-se isso, primeira e essencialmente, aos Pais e aos Padrinhos: àqueles por terem tido a honestidade e a coragem de reconhecer as suas incapacidades naturais e indisponibilidades temporais para cuidar do Bruno, a estes pelo altruísmo que significou (e significa) assumir esses cuidados.

O apadrinhamento civil do Bruno tem, na sua génese, e por um lado, a debilidade mental (classificada) ligeira de que padece a Mãe, associada a uma sua personalidade tendencial e cronicamente depressiva – que não lhe permitiriam, por princípio, assumir os cuidados de uma criança, o que se confirmou logo nos primeiros seis meses do Bruno, que assim cresceu com alguns problemas de saúde para a idade; por outro, a ocupação profissional do Pai, que, traduzindo-se em um elevado número de horas diárias e incluindo sábados, deixava-lhe pouco tempo para garantir os tais cuidados, até por ter que dispor desse pouco tempo para cuidar da Mãe.

Neste contexto, o Bruno veio a ser “sinalizado”, assim se iniciando o respetivo processo na Comissão de Proteção de Crianças e Jovens, no quadro do qual se constatou a existência de toda uma família alargada e, em concreto e especial, de uma Tia paterna e do Marido – hoje Padrinhos –, que, pela disponibilidade, afeto e dedicação que demonstraram e pela forma como receberam o Bruno no seu agregado familiar, sem, jamais, afastá-lo, ou sequer querer afastá-lo, dos Pais, promovendo, pelo contrário, a continuação dos contactos, permitiram, já na audição da Tia paterna e do Pai, a indicação pela Comissão de Proteção de Crianças e Jovens da solução presente. Com efeito, tendo sido acordada a aplicação da medida de apoio do Bruno junto da Tia paterna, a Comissão de Proteção de Crianças e Jovens veio a fazer o encaminhamento da mesma e do seu Marido para a candidatura a Padrinhos, seguindo-se-lhe todo um conjunto de diligências – que exigiu o contacto com e a colaboração da Creche, do Centro de Saúde, do S.N.I.P.I., bem ainda a visita domiciliária –, que, e uma vez

¹ Trata-se, naturalmente, de um nome fictício.

rececionada a decisão de habilitação, culminou na assinatura do compromisso de apadrinhamento civil.

O presente caso reconduz-se, pois, às disposições conjugadas contidas nos artigos 5.º, n.º1, alíneas c) e d), 10.º, n.º1, alínea b), 11.º, n.ºs5 e 6, 12.º, n.ºs1 a 3, 14.º, n.º1, alínea b), 16.º, 17.º, 19.º, n.º1 e 28.º, todos da Lei n.º103/2009, de 11 de Setembro, por, do mesmo passo, se ter encontrado numa situação de perigo confirmada em processo da Comissão de Protecção de Crianças e Jovens, a qual, em face dessa situação de perigo, e considerando quer a disponibilidade e afetos da Tia paterna (e respetivo agregado familiar), quer o reconhecimento pelos Pais (que, aliás, acordam na medida de promoção e proteção) encaminha o Menor e a Tia paterna e Marido para esta solução, desenvolvendo as diligências necessárias à verificação e preenchimento dos requisitos fácticos e legais necessários, aqui tendo lugar a habilitação, que, logo que certificada, é seguida da celebração do compromisso, subscrito por Pais e Padrinhos, por seu turno remetido para o Tribunal, onde, e em face, ademais, da promoção do Ministério Público, o Juiz o homologa, encontrando-se, já, averbado ao registo de nascimento do Bruno.

Assim observado o caso do Bruno, é possível detetar as vantagens do instituto sob apreço, outrossim a sua maior adequação com relação às demais providências tutelares cíveis, desde logo a adoção, com relação à qual o apadrinhamento civil se apresenta como uma (providência tutelar cível) sua subsidiária: não obstante as suas (sobreditas) incapacidades naturais e indisponibilidades temporais e emocionais, os Progenitores nunca deixaram de se preocupar e querer manter contacto com o Bruno, existindo, para além deles, na família alargada, uma tia, o marido, o filho destes e, até, a namorada do filho, que, colocando de lado sentimentos de ordem egoística, receberam e integraram o Bruno no seu agregado. Inclusivamente uma adopção restrita não acautelaria todos estes circunstancialismos fácticos e não só por, por princípio, se poder presumir mais morosa (por serem mais exigentes os requisitos da sua aplicação concreto), mas também, e sobretudo, por razões de cariz duplamente jurídico e prático que os Padrinhos e os Pais poderiam, legitimamente, ponderar, como seja as atinentes aos direitos sucessórios – no confronto com o facto de terem, já, um filho biológico, podendo ser um foco de conflitos (entre aqueles, entre si e com este seu filho) –, bem assim à atribuição ao Bruno dos apelidos dos Padrinhos, sendo, igualmente, válido especular os sentimentos de “perda” e mágoa que tal despoletaria da parte dos Pais.

Relativamente a uma regulação do exercício das responsabilidades parentais do Bruno, confiando-o àquela Tia paterna (nos termos das disposições conjugadas dos artigos 1907.º e 1918.º do Código Civil), sublinha-se não só as acrescidas exigências de estruturação e fundamentação da respetiva decisão pelo Tribunal – na definição quer do conteúdo das

responsabilidades parentais a exercer pela Tia, quer do conteúdo cujo exercício se manteria possível pelos Pais, compatibilizando-os –, como também o dever de, a todo e qualquer momento, (re) avaliar a situação, com evidentes repercussões ao nível da estabilidade para o projeto de vida do Bruno, que, naturalmente, se deseja sólido para lograr um seu são e completo desenvolvimento. Ao invés, e pela sua natureza, o apadrinhamento civil traduz-se num vínculo tendencialmente permanente, no âmbito do qual os padrinhos exercem as responsabilidades parentais que competiam ao pais (artigo 7.º, primeira parte, da Lei sob apreço); e, se é verdade que no compromisso (a homologar) ou na decisão judicial, consoante os casos, é possível limitar o conteúdo daquelas responsabilidades parentais, ora confiadas aos Padrinhos (artigo 7.º, segunda parte), assim como é possível estabelecer limitações a determinados direitos que os Pais, por princípio, mantêm, também o é que esta é, precisamente, uma possibilidade, encontrando-se já na dita Lei a enunciação daquele princípio geral (do exercício das responsabilidades parentais pelos padrinhos nos termos em que o seria pelos pais), assim como dos direitos dos pais (artigo 8.º), sem necessidade/exigência de uma concretização e fundamentação acrescidas, que surgirão, apenas, e como não poderia deixar de ser, se e na medida em que o caso concreto exigir.

Nesta ordem de ideias, reputa-se válido afirmar que à constituição do apadrinhamento civil corresponde uma tramitação, quando nos tribunais – particularmente em caso de homologação, e, segundo se crê, igualmente em caso de processo judicial, apenas se adensando quando não haja consentimento de alguém que o haja de dar –, de maior simplicidade e, por conseguinte, de maior celeridade, o que é, pois, uma mais-valia para a criança ou jovem, do ponto de vista da definição (e concretização) do seu projecto de vida, que se deseja firme e estável.

Tal afirmação apresenta-se ainda mais válida com relação à ação tutelar comum, por alusão à qual se poderia argumentar que o nosso sistema jurídico e, em consequência, os Tribunais se encontrariam, já, dotados de mecanismos/soluções que acautelassem os interesses de crianças e jovens, como do Bruno, mesmo antes e independentemente do apadrinhamento civil; tanto mais que, não obstante seja possível equacionar a hipótese de circunstâncias fáticas supervenientes geradoras de um avolumar de um processo de apadrinhamento civil ou geradoras de apensos ao mesmo – a título de exemplo, um incumprimento dos padrinhos ou dos pais, ou a necessidade, sobrevinda, de fixar alimentos a cargo dos Pais –, é razoável presumir, por princípio, que tais hipóteses são, aqui, mais reduzidas, por comparação, portanto, ao que, normal e nomeadamente, sucede em processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

Finalmente, sublinha-se que, pese embora o tutor possa desenvolver uma relação de igual afetividade e disponibilidade para realizar o projecto de vida da criança ou jovem, o apadrinhamento civil pressupõe ou exige que essa afetividade e comprometimento emergjam ou se desenvolvam, e isso é, nova e indiscutivelmente, uma mais-valia sob o ponto de vista do são e completo crescimento de uma criança ou jovem, e foi-o, aqui, no caso do Bruno.

Indubitavelmente, e tendo em consideração todo o explanado, o caso do Bruno exigia uma solução como é a do apadrinhamento civil e, felizmente, já existia no nosso ordenamento jurídico para poder ser aplicada, sendo, ademais, revelador das potencialidades deste instituto, bem mais e maiores do que daquelas que estiveram na sua génese – associadas, mormente, à necessidade de criar soluções para as crianças e jovens institucionalizados –, e permitindo afastar, ou pelo menos esbater, algumas das críticas que lhe têm sido dirigidas, por ter sido o contacto com a família biológica, e o dever de manter pelos Padrinhos, que despoletou e possibilitou, como, aliás, em outros casos, o apadrinhamento civil, para cuja constituição, de resto, não foi obstáculo nem, sequer, pressuposto a (alegada) falta de candidatos a padrinhos.

Em jeito de conclusão, e em resposta à ausência de um qualquer incentivo económico-financeiro aos candidatos a Padrinhos (ao contrário, nomeadamente, do que sucede com as famílias de acolhimento), faz-se, aqui, e na sequência dos ensinamentos doutrinários que vão emergindo a propósito, um apelo à interpretação e aplicação conjugada dos artigos 16.º, alínea f), 20.º, 21.º e 23.º: o «*apoio*», a prestar ao apadrinhamento civil, depois de constituído, pode equacionar-se em termos monetários; os pais mantêm-se obrigados a alimentos e são os primeiros responsáveis; na impossibilidade dos pais e dos padrinhos, e em último caso, sempre se poderá de ponderar da pertinência de intervenção do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menores.

Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador

Apadrinhamento civil – constrangimentos, virtualidades e consolidação do instituto



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito da Família e das Crianças”, realizada pelo CEJ no dia 15 de março de 2013, no Porto.

[Isabel Pastor]

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto e a apresentação que seguem, da autoria de Isabel Pastor, Jurista no ISS, IP, têm as seguintes ideias-força:

Apadrinhamento Civil:

I – Virtualidades

- O apadrinhamento civil promove uma integração familiar permanente, concorrendo para a desinstitucionalização de crianças, responde à transitoriedade e temporalidade das medidas de promoção e protecção em meio natural de vida colmatando a desatualização e desadequação da tutela;
- O apadrinhamento civil é uma relação jurídica assente no afecto e no reconhecimento da família como ambiente privilegiado para o desenvolvimento harmonioso da criança, constituindo um contributo inestimável para uma abordagem integrada da família e da criança que enfatiza a funcionalidade e o efeito da integração familiar;
- É uma solução para os *“esquecidos”* do sistema de protecção, *“obrigando-nos a, obstinadamente, procurar uma solução familiar permanente para crianças acolhidas em instituição sem possibilidade de retorno à família de origem e sem perfil de adoção, ou para crianças para as quais foi delineado um projeto de adoção que se veio a gorar definitivamente”*;
- O apadrinhamento civil tem ainda lugar num outro *“espaço de intervenção a que chamamos o da prevenção do perigo”*, mostrando-se como solução para as crianças em risco social, evitando-se a concretização de situações de perigo;
- O apadrinhamento civil, especialmente quando constituído por iniciativa dos pais ou com a sua concordância, contribui para a diminuição da litigiosidade no âmbito da parentalidade substitutiva.

II – O Papel dos Organismos Sociais:

- Os Organismos Sociais assumem um papel preponderante no regime jurídico do apadrinhamento civil, instituído pela Lei nº 103/2009, de 11 de setembro e complementado pelo Decreto-Lei nº 121/2010, de 27 de Outubro;
- Os Organismos Sociais exercem *“funções de motor, assessor, autor, decisor e de controlo, partilhando responsabilidades com todos os outros possíveis intervenientes ou assumindo em regime de exclusividade tarefas de importância primordial para o sucesso desta resposta”*;

- *“Sobre os organismos de segurança social recai a grande responsabilidade de promover, implementar e consolidar esta nova forma de integração familiar de crianças” e a “competência exclusiva em matéria de habilitação dos padrinhos”;*
- A iniciativa do apadrinhamento civil pode ser levada a cabo pelas equipas do terreno de ação social, pelas equipas multidisciplinares de assessoria técnica aos tribunais e pelas próprias equipas de adopção, em contraponto à adopção e à habilitação dos padrinhos que estão a cargo de equipas especializadas multidisciplinares;
- Como pode ser detectada a necessidade e adequação desta medida: situações e equipas;
- O ISS, IP elaborou um Manual de Procedimentos, divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, IP, com definição dos critérios para apreciação da situação de *“apadrinhabilidade”*, e demais pressupostos de aplicação da providência e bem assim orientações e instruções de trabalho respeitantes à habilitação dos padrinhos (realização da(s) entrevista(s) e critérios para a tomada de decisão de habilitação ou exclusão), não esquecendo a formação dos técnicos, que já se iniciou.

III – Constrangimentos:

- *Os “constrangimentos resultam essencialmente da inicial resistência e expressão pública de descrédito quanto à eficácia do novo instituto a que não foi contraposta uma campanha de informação e sensibilização do grande público”;*
- *Verificou-se alguma “deceção face a expectativas demasiado elevadas quanto à eficácia do efeito “desinstitucionalização”;*
- *Tem-se verificado a aplicação do apadrinhamento na regularização de situações de facto em que a constituição do vínculo foi precedida de períodos mais ou menos longos de convivência entre padrinhos e afilhados;*
- *A crise económica não contribuiu para a implementação deste instituto jurídico.*

APADRINHAMENTO CIVIL CONSTRANGIMENTOS, VIRTUALIDADES E CONSOLIDAÇÃO DO INSTITUTO¹

As virtualidades do apadrinhamento civil

O apadrinhamento civil, apesar do coro de vozes descrentes que se ouviram aquando da publicação da Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro, encerra numerosas virtualidades, algumas das quais, penso, não estavam talvez na mente dos autores do diploma legal.

Com efeito, correspondendo a uma procura de solução alternativa à adoção mas que promovesse uma integração familiar permanente, isto é, concorrendo para a desinstitucionalização de crianças e jovens sem retaguarda familiar segura e capaz, o apadrinhamento civil veio a configurar-se como o elemento que faltava num sistema global e coerente de proteção da infância.

Chegamos a esta conclusão após a constatação da vocação de transitoriedade e temporalidade das medidas de promoção e proteção previstas na LPCJP e a comparação com a natureza permanente e tendencialmente duradoura dos institutos tutelares cíveis, como a adoção e tutela.

O apadrinhamento civil pode ser visto como uma forma de colmatar a desatualização e desadequação, na perspetiva da promoção do direito das crianças crescerem em segurança e em clima afetivo, do velho instituto de suprimento das responsabilidades parentais – a tutela. O apadrinhamento civil permite, em meu entender, reservar a tutela para uma função residual ou transitória ou limitá-la à representação da criança ou jovem no âmbito patrimonial. O novo instituto jurídico assume-se assim como uma revisitação da tutela, na medida em que assenta no exercício das responsabilidades parentais por pessoas diferentes dos pais e quando estes não o possam fazer. Porém, o apadrinhamento civil vem atribuir uma dimensão jurídica a situações que até à data eram resolvidas com a nomeação para o cargo de tutor do padrinho ou madrinha de batismo que na ausência ou incapacidade dos pais assumiam de facto uma missão que não se esgota no elenco dos poderes atribuídos ao tutor pelos artigos 1935º e seguintes do Código Civil.

O apadrinhamento civil vem ainda sublinhar o reconhecimento da família como ambiente privilegiado para o desenvolvimento harmonioso da criança, pois a essência do apadrinhamento civil consiste justamente no facto de se tratar de uma relação jurídica assente

¹ Texto elaborado com base na apresentação no Curso de Especialização do CEJ sobre temas de direito da família e das crianças, em 15 de março de 2013.

no afeto, sentimento que brota e se desenvolve por excelência na forma primária da organização social – a família.

Consequentemente o apadrinhamento civil pode ser encarado, enquanto instituto que promove o enquadramento familiar de crianças e jovens, como o traço de união entre a adoção e o acolhimento familiar, sublinhando que, independentemente da natureza jurídica do instituto em causa, a integração familiar é o denominador comum às duas providências tutelares cíveis e a uma medida de promoção e proteção. Nessa medida, a criação do apadrinhamento civil constitui um contributo inestimável para uma abordagem integrada da família e da criança que enfatiza a funcionalidade e o efeito da integração familiar.

Mas não se ficam por aqui as virtualidades do apadrinhamento civil. É que o apadrinhamento civil veio dar nova esperança aos “esquecidos” do sistema de proteção, obrigando-nos a, obstinadamente, procurar uma solução familiar permanente para crianças acolhidas em instituição sem possibilidade de retorno à família de origem e sem perfil de adoção, ou para crianças para as quais foi delineado um projeto de adoção que se veio a gorar definitivamente porque atingidos os 15 anos ou por se apresentar com possibilidades de concretização remota.

A comparação inicial feita entre as medidas de promoção e proteção, por natureza transitórias já que o seu objetivo se esgota na remoção do perigo, e o caráter tendencialmente duradouro das providências tutelares cíveis, permite ainda assacar ao apadrinhamento civil um outro espaço de intervenção a que chamamos o da prevenção do perigo.

Com efeito, todos, magistrados, CPCJ ou organismos de segurança social, fomos algumas vezes confrontados com situações em que após a aplicação de uma medida em meio natural de vida se constata que a sua cessação fará renascer a situação de perigo que levou à sua aplicação; Quantas vezes nestas circunstâncias não se prorrogaram até à exaustão medidas que se limitam a adiar pelo tempo possível a constatação de uma necessidade de apoio suplementar que não passa todavia por um acolhimento em instituição nem justificam o corte com uma família com limitações, é certo, nas suas capacidades parentais mas com persistência de laços afetivos de qualidade. E, desenvolvendo o mesmo raciocínio, o apadrinhamento civil pode ser de imediato identificado como a resposta desejável, suficiente e eficaz a uma situação de perigo, confirmada em processo aberto numa CPCJ ou em processo judicial, constituindo-se o apadrinhamento civil como uma alternativa à aplicação de uma medida.

E o que dizer relativamente a crianças em risco social, detetado através do acompanhamento social às famílias efetuado pela segurança social, para as quais o apadrinhamento civil surge como um meio eficaz de prevenir a evolução de uma situação de risco social para uma situação de perigo no sentido da LPCJP.

Finalmente e ainda no tema das virtualidades do apadrinhamento civil não poderá deixar de referir-se que este, porque pode ser constituído por iniciativa dos pais, contribui certamente para um aprofundamento da ideia de responsabilidades parentais e para a diminuição da litigiosidade no âmbito da parentalidade substitutiva. A iniciativa de apadrinhamento civil que os pais venham a tomar traduz um desejo de partilha das responsabilidades parentais, assente numa avaliação consciente das suas limitações.

Na senda das atuais tendências da consideração da criança como ator e autor das decisões a tomar em assuntos que lhe dizem respeito, não poderia ainda deixar de relevar-se a possibilidade de a iniciativa do apadrinhamento civil surgir da própria criança ou jovem maior de 12 anos ou, nas mesmas circunstâncias, depender do seu consentimento e obrigar à sua audição.

O papel dos organismos de segurança social

Os organismos de segurança social assumem um papel preponderante no regime jurídico do apadrinhamento civil, instituído pela Lei nº 103/2009, de 11 de setembro e complementado pelo Decreto-Lei nº 121/2010, de 27 de outubro.

Com efeito, resulta da economia dos dois diplomas legais que os organismos de segurança social são, neste domínio, chamados a exercer, em simultâneo, funções de motor, assessor, autor, decisor e de controlo, partilhando responsabilidades com todos os outros possíveis intervenientes ou assumindo em regime de exclusividade tarefas de importância primordial para o sucesso desta resposta.

Bastará elencar as referências no texto da Lei ao “organismo competente da segurança social” contidas nos artigos 10º nº 1 alínea c), 11º nº 1, 12º nºs 2 e 3, 14º nº 5, 15º, 19º nºs 1 e 3, 20º, nºs 2 e 3, e 25º nº 1, para facilmente se apreender a ideia de que sobre os organismos de segurança social recai a grande responsabilidade de promover, implementar e consolidar esta nova forma de integração familiar de crianças.

Assim, os organismos de segurança social partilham a intervenção em apadrinhamento civil com o Ministério Público, os tribunais e as comissões de proteção de crianças e jovens, no que respeita à iniciativa. Assumem um papel supletivo na designação dos padrinhos já que aos organismos de segurança social compete a designação dos padrinhos sempre que os pais, o representante legal, a pessoa que tenha a guarda de facto ou a própria criança ou jovem não o tenha feito. Já a celebração do compromisso de apadrinhamento civil, sempre que este não seja promovido diretamente pelo tribunal (no caso previsto no artigo 13º nº 1 da Lei nº 103/2009, de 11 de setembro) será tarefa que recairá sobre o organismo de segurança social ou sobre a CPCJ, assumindo o organismo de segurança social competência genérica nesta

matéria e a CPCJ específica relativamente aos processos que aí corram termos. Do mesmo modo, o apoio ao apadrinhamento civil, entendido como o conjunto de atividades destinadas a criar as condições para a consolidação do vínculo afetivo e simultaneamente avaliar do êxito da iniciativa do ponto de vista da criança, competirá à CPCJ no caso dos compromissos por ela celebrados ou, nos outros casos, ao organismo de segurança social.

A finalizar esta análise das responsabilidades dos organismos de segurança social caberá referir a sua competência exclusiva em matéria de habilitação dos padrinhos. Por habilitação dos padrinhos entende-se o processo administrativo e técnico destinado a aferir e certificar que a pessoa singular ou a família que se propõem apadrinhar uma criança possui a idoneidade, a capacidade e a autonomia de vida que lhe permita assumir e exercer, com benefício para a criança ou jovem, as responsabilidades parentais. Confirmando o sistema de apreciação administrativa, se bem que sujeito a controlo judicial, das capacidades parentais ou da parentalidade substitutiva, o legislador optou por entregar esta tarefa de grande responsabilidade aos organismos de segurança social (ou a instituições por estes habilitadas) aproveitando-se também todo o trabalho que estes vêm já desenvolvendo como avaliadores dos candidatos à adoção.

Em jeito de síntese e sublinhando o papel preponderante que aos organismos de segurança social foi atribuído em matéria de apadrinhamento civil, poderemos dizer que, observando o fluxograma dos procedimentos destinados à constituição do vínculo jurídico, a intervenção real ou virtual dos organismos de segurança social só é arredada daquilo que, decididamente, constitui a área reservada da intervenção judicial – a constituição do vínculo jurídico, através de decisão ou homologação do compromisso.

Concentrando-nos agora nas competências dos organismos de segurança social há também a referir de inovador a circunstância de, ao invés do que acontece em matéria de adoção em que se optou pela organização em equipas especializadas de constituição pluridisciplinar, o apadrinhamento civil, com exclusão das tarefas de habilitação de padrinhos, poder concitar intervenções por parte de uma pluralidade de serviços da segurança social. De facto e pensando apenas nas iniciativas de apadrinhamento civil há espaço para a intervenção das equipas do terreno de ação social, para as equipas multidisciplinares de assessoria técnica aos tribunais e para as próprias equipas de adoção.

É que iniciativa do apadrinhamento civil pode surgir na sequência de um acompanhamento de uma família, no contexto de um acompanhamento de programa de RSI em que é identificada uma situação de facto que pode ser enquadrada numa relação de apadrinhamento civil ou através de uma iniciativa dos pais ou representante legal, revelada no contexto do acompanhamento social às famílias.

Por outro lado a iniciativa do apadrinhamento pode surgir de uma equipa de crianças e jovens no contexto do acompanhamento de uma medida de promoção e proteção ou por iniciativa da equipa de assessoria técnica aos tribunais no âmbito de um processo tutelar cível.

Por fim, a função que o apadrinhamento civil pode desempenhar como válvula de escape para as situações de adotabilidade decretada mas sem probabilidade de concretização, atribui às próprias equipas de adoção um papel não negligenciável na identificação de crianças para quem urge tomar medidas que as retirem da invisibilidade que a colocação institucional acarreta.

Por tudo isto constituiu-se também como um desafio para os organismos de segurança social a tarefa de criar as estruturas organizativas e os mecanismos e instrumentos que lhes permitam levar a bom porto tantas e tão diversas responsabilidades e tarefas.

Assim, foi elaborado um Manual de Procedimentos, divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, I.P. que integra, a par da definição dos critérios para apreciação da situação de “apadrinhabilidade”, instruções e instrumentos de trabalho, informação sobre as situações suscetíveis de dispensar o consentimento, minutas de comunicações com o tribunal e de compromisso de apadrinhamento civil, critérios para escolha de padrinho da lista regional e para a aferição de compatibilidade entre criança e padrinho a designar, bem como os critérios de avaliação do êxito da iniciativa, em orientação à intervenção no âmbito do apoio ao apadrinhamento civil.

Já no que à habilitação de padrinhos diz respeito foram definidos e divulgadas orientações e instruções de trabalho para a realização da(s) entrevista(s), das quais uma decorrerá no domicílio do(s) candidato(s), bem como os critérios para a tomada de decisão de habilitação ou exclusão.

Finalmente, a formação aos técnicos do ISS, I.P. foi iniciada e continuará durante os próximos anos a ser um importante veículo para o sucesso da figura, pretendendo-se através da sensibilização de todos os prováveis intervenientes conseguir a inclusão do apadrinhamento civil no leque das respostas para situações de crianças privadas de família.

Os constrangimentos

A escassa dimensão atingida durante os dois primeiros anos de vigência é indiciadora da existência de constrangimentos à consolidação do instituto.

Esses constrangimentos resultam essencialmente da inicial resistência e expressão pública de descrédito quanto à eficácia do novo instituto a que não foi contraposta uma campanha de informação e sensibilização do grande público.

A este estado de coisas não é também estranha alguma decepção face a expectativas demasiado elevadas quanto à eficácia do efeito “desinstitucionalização”. Com efeito, a curta experiência dos anos de vigência do apadrinhamento civil permitiu identificar o principal nicho de relevância da providência na regularização de situações de facto em que a constituição do vínculo foi precedida de períodos mais ou menos longos de convivência entre padrinhos e afilhados.

Outro fator dificultador da maior dificuldade de implantação do instituto resulta, em meu entender, da não identificação pelo próprio legislador, da entidade a quem seriam cometidas as principais responsabilidades de implementação da nova figura jurídica. Essa circunstância gerou algum embaraço pois a uma interpelação geral não correspondeu uma resposta organizada sucedendo-se apenas iniciativas por parte dos eventuais intervenientes mas sem a visão coordenada que a dificuldade inerente à própria construção do sistema exigiria.

Finalmente não poderá ainda deixar de referir-se a inclusão da providência no contexto solidário, circunstância que, coincidindo temporalmente com a crise económica e financeira, contribuiu certamente para o reduzido número de manifestações espontâneas de vontade de apadrinhar.

Em conclusão

A atribuição de competências a diversos intervenientes num esquema que não sendo sempre sequencial e podendo ser concorrencial levanta particulares dificuldades de organização do processo de apadrinhamento civil.

No entanto, a multiplicidade de intervenções contribui para uma abordagem integrada da problemática da criança e do jovem e sublinha a necessidade, já sentida noutras áreas, de uma cada vez maior articulação entre as entidades judiciais, para-judiciais e extrajudiciais.

Com efeito, o regime do apadrinhamento civil é talvez a resposta em matéria de infância e juventude que exige a maior coordenação e articulação entre uma pluralidade de intervenientes.

Com o objetivo de permitir uma cada vez maior desinstitucionalização de crianças e jovens privados de família cuidadora, a implementação do apadrinhamento civil contribuirá ainda e certamente para reforçar o percurso de convergência das intervenções dos tribunais, da segurança social e das CPCJ em todas as outras áreas da proteção da infância e juventude.

Isabel Pastor

Chefe de Setor da Adoção, Apadrinhamento Civil e Acolhimento Familiar

Instituto da Segurança Social, I.P.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Apresentação em *powerpoint*

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

APADRINHAMENTO CIVIL CONSTRANGIMENTOS, VIRTUALIDADES E CONSOLIDAÇÃO DO INSTITUTO

Curso de Especialização do CEJ
sobre temas de direito da família e
das crianças

15 de março de 2013

Isabel Pastor



Relação jurídica assente no afeto



VIRTUALIDADES DO APADRINHAMENTO CIVIL

- ▶ O apadrinhamento civil como o elemento que faltava num sistema global e coerente de proteção da infância:
 - ▶ A vocação de transitoriedade e temporalidade das medidas de promoção e proteção da criança previstas na LPCJP
 - ▶ A natureza permanente e tendencialmente duradoura dos institutos tutelares cíveis: adoção e tutela
 - ▶ O apadrinhamento civil como a revisitação da tutela.

VIRTUALIDADES DO APADRINHAMENTO CIVIL

- ▶ O sublinhar do reconhecimento da família como ambiente privilegiado para o desenvolvimento harmonioso da criança
- ▶ O traço de união entre a adoção e o acolhimento familiar
- ▶ Um contributo para uma abordagem integrada da família e da criança que enfatiza a funcionalidade e o efeito da integração familiar.

VIRTUALIDADES DO APADRINHAMENTO CIVIL

- ▶ Resposta aos “esquecidos” do sistema de proteção:
 - ▶ Criança acolhida em instituição, sem possibilidade de retorno à família e sem perfil de adoção;
 - ▶ Criança a beneficiar de uma medida de promoção e proteção em meio natural de vida por natureza temporária cuja cessação fará renascer a situação de perigo que levou à sua aplicação;
 - ▶ Criança com medida de confiança administrativa, confiança judicial ou medida de promoção e proteção de confiança a instituição com vista a futura adoção ou a pessoa selecionada para a adoção quando atinja a idade de 15 anos sem integração ou quando a adoção se mostre inviável.

VIRTUALIDADES DO APADRINHAMENTO CIVIL

- ▶ A prevenção do perigo e a partilha das responsabilidades parentais:
 - ▶ Crianças que ainda sem medida aplicada, estejam numa situação de perigo confirmada em processo de uma CPCJ ou em processo judicial – o apadrinhamento civil como alternativa à aplicação de uma medida;
 - ▶ Crianças em risco social detetado através do acompanhamento social às famílias efetuado pela segurança social;
 - ▶ Iniciativa dos pais;
 - ▶ Iniciativa das próprias crianças e jovens;

VIRTUALIDADES DO APADRINHAMENTO CIVIL

- ▶ A formalização e proteção jurídica para situações de facto reconhecidas como vantajosas para a criança
- ▶ A tendência para uma diminuição da litigiosidade no âmbito da parentalidade substitutiva
- ▶ Um contributo para a construção de uma visão de parentalidade positiva

A CONSOLIDAÇÃO DO INSTITUTO

O papel dos organismos de segurança social:

O regime jurídico do apadrinhamento civil atribui aos organismos de segurança social um papel preponderante pois este é chamado, em simultâneo, a exercer uma função de:

- ▶ Motor
- ▶ Assessor
- ▶ Autor/Decisor
- ▶ Controlo

Os intervenientes no apadrinhamento civil

- ▶ Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro que aprovou o regime jurídico do apadrinhamento civil - atribui competências em matéria de apadrinhamento civil a diversas entidades entre as quais os organismos de segurança social.
- ▶ Os organismos de segurança social partilham assim a intervenção em apadrinhamento civil com:
 - ▶ Ministério Público
 - ▶ Comissões de Proteção de Crianças e Jovens
 - ▶ Tribunal

A Lei nº 103/2009 e as competências atribuídas à Segurança Social

- ▶ Ao longo do texto da Lei encontramos diversas referências a “organismo competente da segurança social”:
 - ▶ Artigo 10º nº 1 alínea c);
 - ▶ Artigo 11 nº 1;
 - ▶ Artigo 12º nºs 2 e 3;
 - ▶ Artigo 14º nº 5;
 - ▶ Artigo 15º;
 - ▶ Artigo 19º nºs 1 e 3;
 - ▶ Artigo 20º, nºs 2 e 3;
 - ▶ Artigo 25º nº 1.

O Decreto-Lei nº 121/2010, de 27 de Outubro

- ▶ Tem um duplo objecto: (artigo 1º)
 - ▶ definir os procedimentos para a habilitação de padrinhos;
 - ▶ regulamentar a Lei nº 103/2009, de 11 de Setembro.
- ▶ Regula o exercício das competências atribuídas exclusivamente à segurança social:
 - ▶ Habilitação de padrinhos (artigos 2º, 3º, 4º, 5º e 7º);
 - ▶ Habilitação de instituições para a habilitação e designação de padrinhos (artigo 8º nº 1);
 - ▶ Criação e disponibilização de referenciais de formação para técnicos das instituições habilitadas (artigo 6º nº 2);
 - ▶ Prestação de informações para a realização de uma candidatura consciente e formação aos candidatos habilitados (artigo 9º).

Competências atribuídas à Segurança Social

- ▶ Atribuição à Segurança Social de competências :
 - ▶ Próprias ou exclusivas
 - ▶ Concorrentes ou partilhadas

Competências próprias/partilhadas

▶ Competências próprias da Segurança Social:

- ▶ Habilitação de padrinhos ;
- ▶ Habilitação de instituições para a habilitação e designação de padrinhos;
- ▶ Criação e disponibilização de referenciais de formação para técnicos das instituições habilitadas;
- ▶ Informação e formação de candidatos a padrinhos.

▶ Competências partilhadas com outros intervenientes:

- ▶ Iniciativa { Ministério Público
CPCJ
Tribunal
- ▶ Designação
- ▶ Compromisso - CPCJ
- ▶ Apoio - CPCJ

Dificuldades e Vantagens

A atribuição de competências a diversos intervenientes num esquema que não sendo sempre sequencial e podendo ser concorrencial levanta particulares dificuldades de organização do processo de apadrinhamento civil

A multiplicidade de intervenções contribui para uma abordagem integrada da problemática da criança e do jovem e sublinha a necessidade já sentida noutras áreas de uma cada vez maior articulação entre as entidades judiciais, para-judiciais e extrajudiciais.

Iniciativas de apadrinhamento

A constituição de uma bolsa de crianças em situação de poderem ser apadrinhadas:

▶ Os prováveis intervenientes:

- ▶ Equipas do terreno de ação social
- ▶ EMAT- equipas multidisciplinares de assessoria técnica aos tribunais
- ▶ Equipas de adoção

Intervenção no âmbito da ação social

- ▶ A iniciativa do apadrinhamento civil pode surgir na sequência de um acompanhamento de uma família:
 - ▶ No contexto de um acompanhamento de programa de RSI é identificada uma situação de facto que pode ser enquadrada numa relação de apadrinhamento civil;
 - ▶ Os pais ou o representante legal da criança podem no contexto do acompanhamento feito pela segurança social vir a propor o apadrinhamento civil

Intervenção no contexto da Assessoria Técnica aos Tribunais

- ▶ A iniciativa do apadrinhamento pode surgir de uma equipa de crianças e jovens no contexto do acompanhamento de uma medida de promoção e proteção;
- ▶ Ou por iniciativa da equipa de assessoria técnica aos tribunais no contexto de um processo tutelar cível.

Intervenção da equipa de adoções

- ▶ A iniciativa do apadrinhamento civil pode resultar ainda de proposta da equipa de adoções após ter sido reapreciada a viabilidade da adoção no contexto de uma medida de confiança judicial ou de promoção e proteção de confiança a instituição com vista a futura adoção ou a pessoa selecionada para adoção.

As iniciativas tomadas em 2011 e 2012

Iniciativas de apadrinhamento civil

	2011	2012
Ministério Público	3	1
Tribunal	11	17
CPCJ	3	4
OSS	12	55
Pais, representante legal ou pessoa que tem a guarda de facto	6	4
Criança ou jovem maior de 12 anos	0	0

Local onde se encontram as c/j com possibilidades de apadrinhamento

Acolhimento institucional	70	61
Acolhimento familiar	2	1
Meio Natural de Vida	4	5
Coabitação prévia com os padrinhos civis	4	12

Procedimentos para a criação da bolsa

- ▶ Elaborado Manual de Procedimentos
- ▶ Divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, I.P.
- ▶ Integra:
 - ▶ Critérios para a apreciação da situação de “apadrinhabilidade”
 - ▶ Instrumentos de trabalho

Organismo de segurança social como assessor num processo de apadrinhamento civil

- ▶ Na comunicação ao tribunal do seu parecer negativo sobre uma iniciativa de apadrinhamento civil que lhes seja proposta pelos pais, representante legal, pessoa que tem a guarda de facto ou pela própria criança ou jovem maior de 12 anos.
- ▶ Na comunicação ao tribunal das situações em que entendam dever haver lugar a dispensa do consentimento.

Procedimentos

- ▶ Elaborado Manual de Procedimentos
- ▶ Divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, I.P.
- ▶ Integra:
 - ▶ Informação sobre as situações suscetíveis de dispensar o consentimento
 - ▶ Instruções de trabalho e minutas de comunicações com o tribunal

O organismo de segurança social como Autor/Decisor

- ▶ Celebração do compromisso de apadrinhamento civil e sua revogação:
 - ▶ Quer o apadrinhamento seja da iniciativa do organismo de segurança social, quer da iniciativa de outra entidade ou pessoa sem competência para a celebração do compromisso.
- ▶ Designação do padrinho :
 - ▶ De entre uma lista regional (bolsa de padrinhos habilitados pela segurança social)
 - ▶ Sempre que essa designação não seja efetuada pelos pais, representante legal, pessoa que tenha a guarda de facto, promotores do apadrinhamento
 - ▶ No respeito pelo princípio da audição obrigatória e da participação dos interessados.

Procedimentos

- ▶ Elaborado Manual de Procedimentos
- ▶ Divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, I.P.
- ▶ Integra:
 - ▶ Minuta de compromisso de apadrinhamento civil
 - ▶ Critérios para escolha de padrinho da lista regional
 - ▶ Critérios para aferição de compatibilidade entre criança e padrinho a designar

O organismo de segurança social como órgão de controle

- ▶ No apoio ao apadrinhamento civil:
 - ▶ Conjunto de atividades destinadas a criar ou intensificar as condições necessárias para o êxito do apadrinhamento;
 - ▶ Avaliação do sucesso do apadrinhamento na ótica do interesse do afilhado.

- ▶ Acompanhamento da evolução da integração do afilhado na família do padrinho com a duração máxima de 18 meses.
 - ▶ Acompanhamento a prestar sob a forma de visitas domiciliárias, reuniões e atendimento no serviço.

Procedimentos

- ▶ Elaborado Manual de Procedimentos
- ▶ Divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, I.P.
- ▶ Integra:
 - ▶ Orientações para o apoio ao apadrinhamento civil;
 - ▶ Critérios de avaliação do êxito da iniciativa
 - ▶ Instrumentos de trabalho e minutas das comunicações a fazer ao tribunal

As competências próprias dos organismos de segurança social

▶ A habilitação de padrinhos:

- ▶ Certificação de que uma pessoa singular ou os membros da família que pretendem apadrinhar possuem idoneidade e autonomia de vida que lhes permitam assumir as responsabilidades próprias do vínculo do apadrinhamento civil;
- ▶ Decisão fundada na verificação dos requisitos de ordem objectiva:
 - ▶ Idade superior a 25 anos;
 - ▶ Ausência de condenação por qualquer dos crimes previstos na alínea a) do nº 3 do artigo 2º da Lei nº 113/2009, de 17 de Setembro quer do candidato a padrinho quer das pessoas que com ele coabitem;
 - ▶ Não estar inibido ou limitado no exercício das responsabilidades parentais;

Habilitação de padrinhos

- ▶ Decisão fundada na ponderação dos seguintes fatores de ordem geral:
 - ▶ Personalidade, maturidade, capacidade afetiva e estabilidade emocional;
 - ▶ Capacidades educativas e relacionais;
 - ▶ Condições de higiene e habitação;
 - ▶ Situação económica, profissional e familiar;
 - ▶ Situação de saúde;
 - ▶ Motivação e expectativa;

Habilitação de padrinhos

- ▶ E nos seguintes factores específicos:
 - ▶ Disponibilidade para aceitar o acompanhamento/apoio;
 - ▶ Disponibilidade para receber formação;
 - ▶ Disponibilidade para respeitar os direitos dos pais ou de outras pessoas relevantes na vida do afilhado;
 - ▶ Disponibilidade e capacidade para cooperar com os pais

Habilitação de padrinhos

- ▶ A avaliação da idoneidade e autonomia de vida é efetuada por uma equipa pluridisciplinar que integra obrigatoriamente as valências da psicologia e do serviço social;
- ▶ Recorrendo a:
 - ▶ Entrevistas sociais e psicológicas;
 - ▶ Visitas domiciliárias.
- ▶ No prazo de seis meses
- ▶ Decisão fundamentada em relatório psicossocial
- ▶ Proporcionando informação e formação

Habilitação de padrinhos em casos especiais

- ▶ Avaliação simplificada no caso de habilitação a padrinhos de:
 - ▶ Familiar da criança ou jovem;
 - ▶ Pessoa idónea;
 - ▶ Família de acolhimento;
 - ▶ Tutor.
- ▶ Em que se presume que os fatores de ordem geral foram analisados no âmbito da medida de promoção e proteção ou no processo tutelar cível pelo que só serão analisados os fatores específicos do apadrinhamento – motivação e disponibilidade para cooperar com os pais.

Habilitação de padrinhos em casos especiais

- ▶ Com audição obrigatória da entidade que aplicou a medida ou realizou a avaliação prévia à aplicação da medida ou instauração da tutela.



Que pode revelar a necessidade de uma avaliação global

Procedimentos

- ▶ Elaborado Manual de Procedimentos
- ▶ Divulgado por todas as equipas dos Centros Distritais do ISS, I.P.
- ▶ Integra:
 - ▶ Orientações e instruções de trabalho para a realização da(s) entrevista(s), das quais uma decorrerá no domicílio do(s) candidato(s);
 - ▶ Critérios para a decisão de habilitação;
 - ▶ Minutas das comunicações necessárias.

Competências que podem ser exercidas por Instituições

- ▶ As competências atribuídas aos organismos de segurança social:
 - ▶ Iniciativa, designação e habilitação de padrinhos, apoio ao apadrinhamento civil e revogação do compromisso
- ▶ Podem ser delegadas em Instituições que disponham de meios adequados:
 - ▶ Mediante a celebração de acordos de cooperação

Requisitos

- ▶ Instituições na área da infância e juventude;
- ▶ Que ao abrigo de acordo de cooperação desenvolvem respostas sociais no âmbito da proteção de crianças e jovens em perigo;
- ▶ Que dispõem de equipa técnica multidisciplinar composta por profissionais com formação na área da capacitação das famílias e do desenvolvimento integral da criança e do jovem;
- ▶ Que comprovem dispor da logística necessária;

Situação atual

- ▶ Não há ainda nenhuma instituição autorizada a intervir em apadrinhamento civil sendo que também não houve qualquer pedido ou manifestação de interesse nesse sentido.
- ▶ Todas estas competências continuam a cargo exclusivamente dos organismos de segurança social

Conteúdos formativos

- ▶ Cabe ainda à segurança social a preparação e divulgação de instrumentos de referência para a formação inicial e contínua, supervisão e avaliação das equipas técnicas das instituições a quem vier a conferir legitimidade para designar e habilitar padrinhos no âmbito de acordos de cooperação já existentes ou de outros a celebrar .

Habilitação de padrinhos

Bolsa de padrinhos civis

	2011	2012
Entrevistas informativas	11	23
Candidaturas formalizadas	6	16
Padrinhos habilitados no prazo legal	1	8
Padrinhos inscritos em bolsa	0	2

Apadrinhamentos civis concluídos

Compromissos homologados	1	3
Sentenças judiciais	0	0

CONSTRANGIMENTOS

- ▶ A escassa dimensão atingida durante os dois primeiros anos de vigência é indiciadora da existência de constrangimentos à consolidação do instituto.
- ▶ Esses constrangimentos resultam:
 - ▶ De resistência inicial e expressão pública de descrédito quanto à eficácia do novo instituto;
 - ▶ Ausência de campanhas de informação e sensibilização do público;
 - ▶ Alguma decepção face a expectativas demasiado elevadas quanto à eficácia do efeito “desinstitucionalização”;
 - ▶ Não identificação no momento da aprovação dos diplomas legais de uma entidade responsável pela implementação da figura;
 - ▶ A inclusão da providência no contexto solidário que em momento de crise se torna particularmente sensível.

CONSTRANGIMENTOS

- ▶ A comparação impõe-se:
 - ▶ O número de candidaturas espontâneas a padrinhos civis/ano (6) e o número de novas candidaturas/ano à adoção (cerca de 600).
 - ▶ O número de crianças efetivamente acolhidas em famílias de padrinhos civis (3), o número de crianças em acolhimento familiar (550) e o número de crianças em acolhimento institucional (8000).
 - ▶ O número de crianças em situação de adotabilidade (500) versus o número de candidatos adotantes (1500) e o número de candidatos a padrinhos (16) versus o número de crianças e jovens que poderiam ser afilhados (79)

CONCLUSÃO

- ▶ O regime do apadrinhamento civil é talvez a resposta em matéria de infância e juventude que exige a maior coordenação e articulação entre uma pluralidade de intervenientes;
- ▶ Com o objectivo de permitir uma cada vez maior desinstitucionalização de crianças e jovens privados de família cuidadora, a implementação do apadrinhamento civil contribuirá ainda e certamente para reforçar o percurso de convergência das intervenções dos tribunais, da segurança social e das CPCJ em todas as outras áreas da protecção da infância e juventude.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Parte III – As relações da criança com terceiros de referência

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O direito da criança à convivência com familiares e outras pessoas de referência



Comunicação apresentada na ação de formação “A tutela cível do superior interesse da criança – das providências tradicionais ao “novo” instituto do apadrinhamento civil”, realizada pelo CEJ no dia 31 de janeiro de 2014.

[Paula Távora Vítor
Rosa Cândido Martins]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e apresentação em *powerpoint*

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A apresentação que segue, da autoria de Rosa Cândido Martins e de Paula Távora Vítor, Docentes Universitárias, incide sobre a seguinte temática:

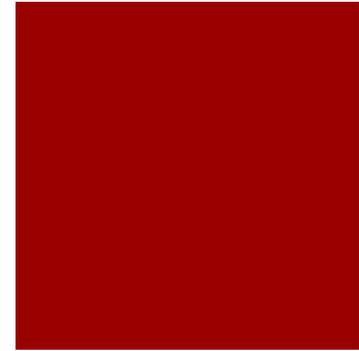
- O direito da criança à convivência com familiares e outras pessoas de referência: fundamentos;
- Quem são os “*familiares e outras pessoas de referência*” – “*third party visitation*”: os tios, os primos e os padrastos (pai psicológico);
- Um direito diferente do direito de visita do progenitor não residente;
- O caso português – o artº 1887º-A do Código Civil – a sua amplitude;
- A relevância legal expressa das pessoas de referência – terceiros – na Lei nº 147/99 de 1 de Setembro (Lei de Promoção e Protecção) e na Lei nº 103/2009 de 11 de Setembro (Lei do Apadrinhamento Civil) – cfr. artºs 53º, nº3 e 57º, al. b) da LPCJP e 16º, al. e) e 26º, al. e) da LAC;
- Fundamento do direito da criança à convivência com outros familiares e terceiros (figuras de referência): o superior interesse da criança e o direito à historicidade pessoal e ao livre desenvolvimento da personalidade (artº 26º da CRP);
- O superior interesse da criança como critério de resolução em caso de conflito entre os interesses dos pais e os do filho.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



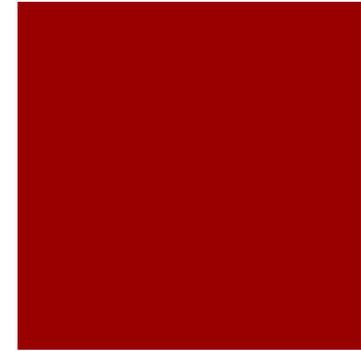
O Direito da Criança à Convivência com Família e outras Pessoas de Referência

Enquadramento sociológico



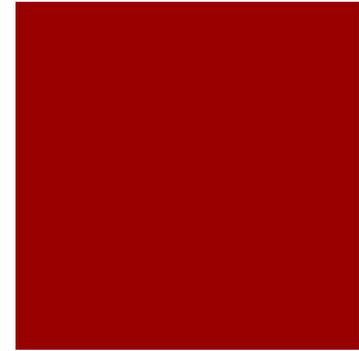
- Mudanças demográficas na família nuclear
- Novas estruturas familiares
- Crise familiar
- Redescoberta das funções da família alargada
- Diálogo intergeracional e transmissão da cultura
- Novo paradigma de entendimento da velhice
- Criança sujeito de direitos

Familiares e outras pessoas de referência



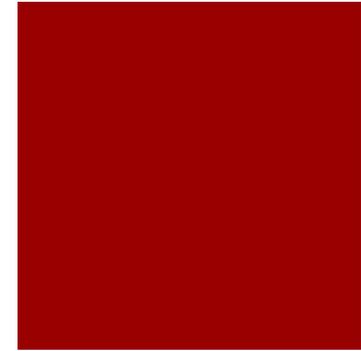
- Quem são os “familiares e outras pessoas de referência”?
- Terceiros — “third party visitation”
- Terceiros face aos pais
- Um direito de contacto diferente do “direito de visita” do progenitor não residente: menor amplitude, finalidade e fundamentos diferentes

Quem são os “terceiros” relevantes?



- Avós, bisavós, tios, primos..., padrastos, madrastas...?
- “attachment figures” – “figuras de referência”

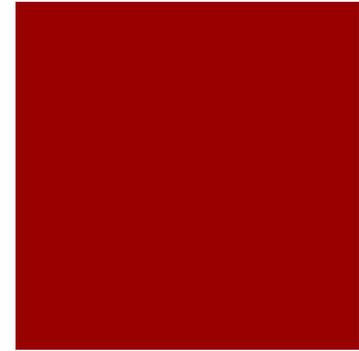
Quem são os “terceiros” relevantes?



- Diferentes ordenamentos jurídicos optam por diferentes aproximações:
- Não consagração legislativa
- Consagração legislativa de alguns terceiros
- Consagração de alguns casos completada por uma cláusula geral
- Cláusula geral (Estado de Washington) – “qualquer pessoa” “a qualquer momento”

(Troxel vs. Granville)

O Caso Português



Artigo 1887.º - A CCiv

(Convívio com irmãos e ascendentes)

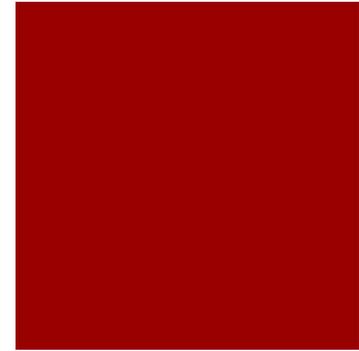
Os pais não podem injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes.

Lei 84/95, de 31 de Agosto

O Caso Português

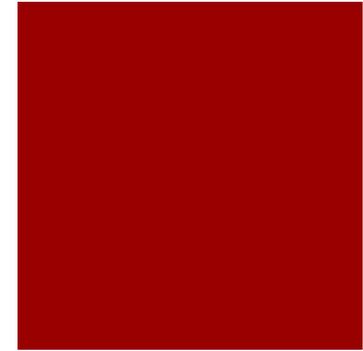
- Categoria previstas:
- Ascendentes e irmãos
- Fundamento: relação de parentesco
- Benefício
- Conteúdo análogo
- Irmãos menores de idade?

O Caso Português



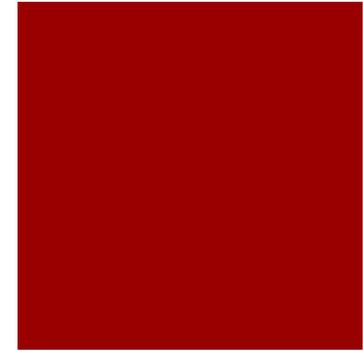
- A consagração legislativa destas duas categorias no Código Civil leva à exclusão de outros?
- Abertura do legislador a **outros terceiros** na *Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo* (artigo 57.º b), na *Lei do Apadrinhamento* (artigos 16.º e) e 26.º e))

Um direito da criança



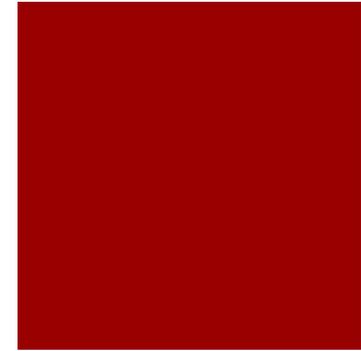
- Um direito **da criança** à convivência com terceiros, figuras de referência
- Ancorado no seu **superior interesse**
- Caso Anayo vs. Germany

Interesse da Criança



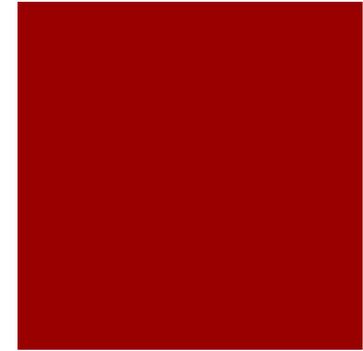
- enorme dificuldade em definir os seus contornos
- “noção mágica” (Carbonnier)
- conteúdo fluído e variável
- só susceptível de ser concretizado quando referido ao interesse de cada criança

Interesse da Criança



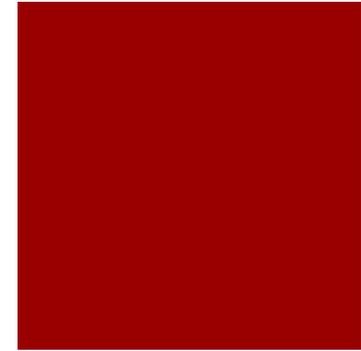
- carácter evolutivo
- determinação mostra-se fortemente influenciada por um sistema de representações sobre a criança
- conceito indeterminado — núcleo identificável com os direitos fundamentais de que a criança é titular
- criança sujeito de direitos: direito à historicidade pessoal e direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26.º CRP)

Interesse da Criança



- São os pais quem, no exercício das responsabilidades parentais interpreta este interesse
- Conflito: pais/filho — critério → interesse do filho
- Casos Anayo vs. Germany e Zaunegger vs. Germany

Interesse da Criança e Direito à Convivência com os Avós e Irmãos



- Pais não podem ***injustificadamente*** privar os filhos do convívio com ascendentes e irmãos (art. 1887.º - A, CCiv)
- Os pais têm que alegar uma ***causa justa*** para impedir o convívio
- Interesse do filho

Outros familiares ?

- Tios? Primos?
- Padrastos?
- Os padrastos: especial visibilidade social e correspondente reconhecimento na legislação de outros países
- Não são titulares das responsabilidades parentais

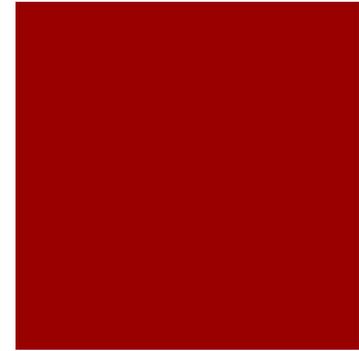
Outros familiares ?

- Assumem muitas vezes o papel de “pais psicológicos” (psychological parents).
- Doutrina in loco parentis
- Crítica

Padrastos

- Divórcio do padrasto-pai psicológico
- Cessação da relação de afinidade com o divórcio (Reforma de 2008) – artigo 1585.º CCiv
- Posição exterior à família
- Stepparents as “Legal strangers”

“Padrastos” e outras pessoas de referência?



- “Guarda de facto” da criança (Artigo 53.º, n.º 3, LPCJP)

Há abertura do nosso ordenamento jurídico?

- TEDH – a importância do contacto com outras pessoas que não os progenitores com filiação juridicamente estabelecida
- Mesmo na ausência de relação prévia
- “intended family life” (artigo 8.º da CEDH)
- “private life” (artigo 8.º da CEDH).

Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Parte IV – Mediação familiar e conciliação judicial

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4.1. A negociação na mediação familiar



Comunicação apresentada na ação de formação “Técnicas de Negociação em Direito da Família”, realizada pelo CEJ no dia 05 de maio de 2013.

[Anabela Quintanilha]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto que segue, da autoria de Anabela Quintanilha, Advogada e Mediadora familiar, tem as seguintes ideias-força:

- Importância da negociação enquanto processo de obter soluções satisfatórias em situações, aparentemente, antagónicas – sua relevância enquanto fase integrante e fundamental do processo de mediação familiar.
- Saber negociar é uma competência social necessária ao nosso quotidiano e tanto mais indispensável quanto maior o grau de desacordo e das tensões dos intervenientes. Se nas famílias funcionais estes mecanismos são tão espontâneos, que não nos apercebemos do quanto negociamos, já nas famílias mais disfuncionais é bem perceptível a cautelosa escolha do momento mais oportuno, do local, da presença ou ausência de terceiros, etc.
- É importante percebermos qual o conceito de **negociação**, enquanto meio autónomo de resolução alternativa de litígios, elencado que é, a par da arbitragem, da conciliação e da mediação.
- A negociação poderá definir-se como um processo de comunicação, em que fazendo uso de técnicas idênticas às da Mediação, são as próprias partes envolvidas num conflito, ou quem as representa, que tentam encontrar uma solução que as satisfaça.
- Na pirâmide dos métodos de resolução de conflitos, que vai desde a autocomposição dos mesmos, até à decisão pelos tribunais, a negociação e a mediação, enquanto meios independentes, situam-se sensivelmente a meio da mesma, sendo certo que no presente contexto nos importa salientar a negociação como uma fase processual da mediação.
- No contexto da mediação as suas fases processuais organizam-se da seguinte forma: 1- Acolhimento das partes; 2- Recolha de informação; 3- Criação de opções; 4- Negociação; 5- Eleição da melhor opção; 6- Redacção da cláusula nos termos alcançados e aceites pelos interessados.
- Da utilização de técnicas de negociação no direito da família, nomeadamente através do recurso à mediação familiar, podemos concluir que se retiram incontornáveis vantagens ao nível de cada família em concreto, como sejam a responsabilização pelo cumprimento das decisões alcançadas, a maior satisfação com os resultados e a promoção da autonomia da vontade das partes.



Técnicas de Negociação em Direito da Família

A Negociação na Mediação Familiar

Buscando em cada gesto a pacificação e a felicidade do outro e do nós.

*“LET US NEVER NEGOTIATE OUT OF FEAR,
BUT LET US NEVER FEAR TO NEGOTIATE” – John F. Kennedy*

Pretendemos neste breve texto dar uma panorâmica da importância da negociação enquanto processo de obter soluções satisfatórias em situações, aparentemente, antagónicas. Iremos restringir a nossa abordagem ao conceito de negociação e à sua relevância enquanto fase integrante e fundamental do processo de mediação familiar.

Antes de mais interiorizemos que, no quotidiano de qualquer um de nós, mais de 50% do nosso tempo é, consciente ou inconscientemente, empregue em situações de negociação. Questionamos um colega sobre o local onde iremos almoçar e logo aí poderemos ser confrontados com vontades diferentes. “Vamos ao snack da esplanada, é rápido e apanhamos sol”. “Eu prefiro aquele cantinho agradável de comida caseira”. Assim se pode iniciar um processo de negociação simples, para se alcançar a solução de um almoço em conjunto. Podemos desde já imaginar várias soluções para a questão, como por exemplo: “vamos lá hoje e amanhã vamos ao snack”, ou “comemos lá e tomamos o café na esplanada ao sol”.

Negociações semelhantes acontecem quando uma família projecta as suas férias, colocando em discussão qual o local, qual o período mais favorável a todos os elementos do agregado familiar e qual a duração das mesmas.

O mesmo acontecerá quando escolhermos o colégio para os filhos, quando pretendemos chegar a um acordo quanto ao passar no hipermercado antes de chegar a casa ou se guardamos as compras para o fim-de-semana, equacionando os argumentos/vontades de um e de outro, fazendo cedências recíprocas ou validando o peso dos argumentos mais fortes.

Saber negociar é, pois, uma competência social necessária ao nosso quotidiano e tanto mais indispensável quanto maior o grau de desacordo e das tensões dos intervenientes. Se nas famílias funcionais estes mecanismos são tão espontâneos, que não nos apercebemos do quanto negociamos, já nas famílias mais disfuncionais é bem perceptível a cautelosa escolha do momento mais oportuno, do local, da presença ou ausência de terceiros, etc...

É importante percebermos, agora, qual o conceito de **negociação**, enquanto meio autónomo de resolução alternativa de litígios, elencado que é, a par da arbitragem, da conciliação e da mediação.

A negociação poderá definir-se como um processo de comunicação, em que fazendo uso de técnicas idênticas às da Mediação¹, são as próprias partes envolvidas num conflito, ou quem as representa, que tentam encontrar uma solução que as satisfaça.

Salientamos o facto de se afirmar que serão as partes, ou quem as representa, quem procura as soluções, ou seja, não há um terceiro profissional envolvido com essa função. Imaginemos as situações em que o advogado, representando o cliente, procura em conjunto com a seguradora, uma solução indemnizatória para o seu constituente. Ambos são partes interessadas no desfecho do processo, o advogado age como se fosse o próprio cliente e aqui se distingue da situação de mediação, porquanto nesta última, o profissional envolvido não tem interesse na causa.

Outra diferença a salientar na negociação tem a ver com o valor da decisão alcançada. Estamos perante um processo que por si só não tem força vinculativa, embora as partes possam acordar na transformação do acordo por essa via obtido, num verdadeiro contrato vinculativo.

O modelo de negociação, cujo resultado mais se aproxima da satisfação dos interesses de todos os intervenientes, é a negociação cooperativa desenvolvida em Harvard por Roger Fisher e William Ury e com clareza, apresentada no seu livro “Getting to yes”².

¹ Não faremos aqui referência a essas técnicas, uma vez que serão abordadas, detalhadamente, por colega que de tal se encarregou, no âmbito deste mesmo trabalho.

Esta forma de negociar é de grande utilidade no processo de mediação e por isso mesmo utilizada na fase desse processo em que, uma vez alcançadas várias propostas de solução, as partes as devem negociar para, por eliminação das menos viáveis ou menos vantajosas, chegarem à melhor solução negociada.

Esta situação levou a que, no início, a mediação fosse designada de *negociação assistida* ou *negociação alargada*. Na verdade a mediação é diferente e no nosso entender já ganhou autonomia, que não se compadece com qualquer confusão com a negociação enquanto método de resolução de litígios.

Como se afirmou, o ser humano gere no seu quotidiano situações de conflito, sem perceber que está a utilizar conceitos e estratégias estudadas. Para Jesuíno *“a negociação é, essencialmente, um processo de tomada de decisão num contexto de interação estratégica ou de interdependência”*³.

Na negociação há uma interação dos protagonistas que constata a divergência das suas posições, a interdependência da resolução e o desejo de alcançar uma solução satisfatória para ambos, num quadro de ganhos recíprocos, com a consciência de que não se fazem meras concessões perdendo de vista os interesses de cada um.⁴

Conferimos a esta forma de estar na resolução de litígios, uma estreita ligação com a atitude assertiva dos intervenientes e uma equilibrada auto-estima, caso contrário perder-se-ão em concessões que não lhes permitirão ver as suas necessidades satisfeitas.⁵

Na pirâmide dos métodos de resolução de conflitos, que vai desde a autocomposição dos mesmos, até à decisão pelos tribunais, a negociação e a mediação, enquanto meios independentes, situam-se sensivelmente a meio da mesma, sendo certo que no presente contexto nos importa salientar a negociação como uma fase processual da mediação. No contexto da mediação as suas fases processuais organizam-se da seguinte forma: 1- Acolhimento das partes; 2- Recolha de informação; 3- Criação de opções; 4- Negociação; 5-

² Obra publicada em 1981, pela Penguin Group, U.K. e reimpressa em 1991

³ JESUÍNO, Jorge Correia, *A Negociação: Estratégias e Táticas*, 1992, Texto Editora, Lisboa, p. 7.

⁴ URY, William, *O Poder de um NÃO Positivo, Como dizer NÃO e mesmo assim chegar ao Sim*, 2008, Livros de Hoje, Publicações D. Quixote, Lisboa, p. 21, neste sentido afirma ser *“...premente poder dizer Não de um modo positivo, que permita às pessoas defenderem o que valorizam sem destruir as suas relações”*

⁵ URY, William, *ibidem*, op. cit., p. 270, *“O último passo no processo - negociar para chegar ao Sim – conduz-nos ao Sim. Começamos a viagem dizendo Sim aos nossos interesses intrínsecos e terminamo-la ajudando o outro a dizer Sim a um resultado positivo que satisfaz esses interesses. A chave está em construir uma ponte dourada, facilitando ao outro dizer Sim a uma relação mais saudável.”*

Eleição da melhor opção; 6- Redacção da cláusula nos termos alcançados e aceites pelos interessados.

Atendendo à especificidade do contexto dos conflitos familiares, onde a carga emocional é dominante, devemos proporcionar aos mediados condições promotoras de um ambiente securizante, onde as partes sintam que podem partilhar as suas crenças, interesses e necessidades mais genuínas. Ao mediador cabe transmitir toda a informação adequada, como sejam a confidencialidade e voluntariedade no processo, princípios que promovem a motivação para trabalhar consensos. Neste sentido é essencial a assistência, no processo negocial, de um profissional neutral, papel que só o mediador, enquanto terceiro com nenhuma outra função, que não a condução do processo e manutenção do diálogo pode assegurar. É fundamental a inexistência de poder decisório ou de aconselhamento.

Uma vez que nos ocupamos aqui de técnicas de negociação em direito da família, entendemos oportuno e curioso registar algumas questões de género, que podem emergir no processo negocial e que devemos escutar activamente, no respeito pelas técnicas usadas em mediação. Falamos, por exemplo, do facto de os homens se mostrarem mais preocupados com o seu estatuto social, por comparação com os grupos em que estão inseridos e com os comportamentos padronizados, enquanto as mulheres são mais propensas a comparações com alguém em particular. Assim é importante termos em conta esses modelos trazidos pelas partes, para conseguirmos um equilíbrio e um respeito recíproco, que permita avançar no trabalho.

Algumas estratégias que podemos definir para facilitar esta etapa negocial, serão desde logo o registo de padrões de referência reais e claros. Será desperdício de tempo e energias, trabalhar sobre padrões irreais, pelo que nos devemos centrar nas especificidades do caso concreto, atenta a própria natureza personalizada do processo de mediação. É, igualmente, útil definir balizas de expectativas elevadas mas razoáveis, só assim obteremos uma margem de manobra para a negociação, que se situa entre o elevado e o possível.

Da utilização de técnicas de negociação no direito da família, nomeadamente através do recurso à mediação familiar, podemos concluir que se retiram incontornáveis vantagens ao nível de cada família em concreto, como sejam a responsabilização pelo cumprimento das decisões alcançadas, a maior satisfação com os resultados e a promoção da autonomia da vontade das partes.

Claramente estes resultados se reproduzirão ao nível da intervenção geral proporcionando uma menor intervenção do Estado na esfera privada, e, a final, a mudança

cultural desejada ao nível do enfrentamento e resolução dos conflitos familiares pelos próprios protagonistas.

“Onde quer que veja uma solução de sucesso, pode acreditar que ali houve, um dia, uma decisão corajosa” – Peter Drucker

*Anabela Quintanilha
Advogada e Mediadora*

Para aceder à videogravação da comunicação, clique nos ícones



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicativ.com/>), com os dados constantes no separador "ARQUIVO GRATUITO".

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Técnicas aplicadas em mediação familiar – a “caixa de ferramentas do mediador” e a fase de negociação



Comunicação apresentada na ação de formação “Técnicas de Negociação em Direito da Família”, realizada pelo CEJ no dia 05 de maio de 2013.

[Isabel Oliveira]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto que segue, da autoria de Isabel Oliveira, Mediadora Familiar, incide sobre: Técnicas aplicadas em Mediação Familiar: a “caixa de ferramentas do mediador” e a fase da negociação – e tem as seguintes linhas de força:

- A “caixa de ferramentas do mediador” é ampla e cheia de diferentes opções. O seu saber fazer não se pode desligar do seu saber estar e saber ser. A mediação familiar, como alguém disse e aqui reproduzo *“É um processo imperfeito, que inclui uma terceira pessoa imperfeita, para ajudar duas pessoas imperfeitas, com o fim de concluir um acordo imperfeito num mundo imperfeito.”*
- No entanto, face aos instrumentos de que dispõe, pode ser um meio apropriado para gerir e resolver conflitos familiares, quebrando o paradigma da adversariedade e promovendo um novo paradigma de cooperação e diálogo positivo, tão importante quando as relações de parentalidade permanecem, apesar da crise e da mudança.

“O que as partes em disputa precisam que os mediadores de conflitos lhes dêem é mais do que um processo: necessitam de compreensão, compromisso, criatividade, força, sabedoria, pensamento estratégico, confrontação, paciência, encorajamento, humor, coragem e um sem número de outras qualidades que não têm apenas a ver com processo e substância.” (Mayer, 2004:146).

Introdução

Nas palavras de Marinés Suares a mediação é um meio não adversarial de resolução de conflitos, no qual intervém um terceiro “neutral”, cuja função é ajudar as pessoas que estão “bloqueadas” no conflito a negociar de uma forma colaborativa, de modo a encontrarem em conjunto uma resolução para o mesmo. Chama deste modo a atenção para o facto de esta definição encerrar em si um conjunto de ideias ou pressupostos e até mesmo valores e crenças sobre os *seres humanos, o conflito e a sociedade*.

Implica de alguma forma, para aquele que se atreve a utilizar a *caixa de ferramentas* do mediador, ser capaz de acreditar que os seres humanos têm em si a capacidade de resolver os seus próprios conflitos eficientemente. E, se assim é, o papel do mediador traduz-se na procura e no desenvolvimento destas capacidades, para que aqueles que estão em conflito tenham a oportunidade de por em prática as suas habilidades negociadoras.

Por outro lado, sendo certo que todo o conflito traz alguma dor, o que na ruptura conjugal é mais evidente, e que tendemos socialmente a atribuir-lhe uma forte carga negativa, em mediação tende-se a trabalhar o conflito como uma oportunidade para a mudança, o desenvolvimento pessoal e a aprendizagem.

Em suma, o que a mediação traz de mudança ao paradigma adversarial que nos domina, é a possibilidade de uma forma colaborativa, criativa, ponderada, baseada nos interesses e no respeito pela individualidade de cada um, construir soluções para futuro, baseadas no compromisso e na responsabilidade.

O mediador é neste contexto um verdadeiro *catalizador*, utilizando a *comunicação* e as suas técnicas como instrumentos de empoderamento das partes, para que estas construam o seu caminho para uma decisão com base nos seus interesses e motivada pelo respeito mútuo.

“A caixa de Ferramentas do Mediador”

Descrito o campo de trabalho, que *instrumentos* (técnicas) pode conter a *caixa de ferramentas* do mediador?

Desde logo temos de distinguir entre ferramentas (qualidades) pessoais e ferramentas (técnicas) profissionais.

“As ferramentas pessoais”

Pois como afirma (Cloke, 2003:51) estas qualidades (pessoais) são importantes para a prática da mediação. E vai mais longe quando afirma que *“a orientação dos mediadores – isto é, a sua visão, paradigmas, comportamentos e a forma como conduzem o processo – tem impacto na dinâmica da mediação. Pode constituir um exemplo para o comportamento dos participantes, pode influenciar o conteúdo da agenda e afectar o tipo de opções de solução a serem tidas em conta na mesa da mediação”*.

Ora se entendermos que a mera presença do mediador altera a dinâmica da comunicação e o comportamento dos mediados, a sua forma de “estar” e de “ser” podem constituir instrumentos fundamentais na realização do seu papel mediador.

Que qualidades podem, então, fazer a diferença?

Um conhecido mediador, William Simkin (1971) descrevia assim, de modo anedótico, as qualidades que acreditava um mediador deveria possuir:

“1. A paciência de Job; 2. A sinceridade e a tenacidade dos Ingleses; 3. O humor dos Irlandeses; 4. A resistência física dos corredores de maratona; 5. A habilidade para esquivar o contrário de um jogador de futebol americano; 6. A astúcia de Maquiavel; 7. A habilidade de um bom psiquiatra para sondar a personalidade; 8. A capacidade de um mudo para guardar segredos; 9. A pele de um rinoceronte; 10. A sabedoria de Salomão.”:

Não é difícil, para um mediador identificar em si mesmo algumas destas características. Umhas que faziam já parte de si e da sua forma de estar, outras que foi adquirindo e treinando ao longo da sua prática, e ainda outras a necessitarem de aperfeiçoamento. Mas a paciência, a persistência e a resiliência, bem assim como a autenticidade e a capacidade de escuta terão de fazer parte da sua *“caixa de ferramentas”* pessoais.

Entre estas, gostaríamos de realçar três que nos parecem importantes: a **empatia**, a **autenticidade** e a **presença**.

Empatia

Em que consiste ser empático? A empatia é a capacidade de estar com o outro, de sentir com o outro, “*de ir ao encontro de outro indivíduo e de ver o mundo com os seus olhos e o seu coração*” a capacidade de o aceitar como ele é, dentro do seu mapa de valores e de convicções, sem pré-juízos.

Simon Baron-Cohen (2003) refere que: “*para se sentir empatia é necessário um certo grau de envolvimento, para reconhecer que se está a interagir com uma pessoa e não com um objecto; uma pessoa com sentimentos e cujos sentimentos afectam os seus*”.

O mediador terá de desenvolver a sua capacidade de empatia e de aprender a difícil arte de gerar este envolvimento e ligação interpessoal, mantendo a sua neutralidade e imparcialidade. E poder-se-á mesmo discutir se este tipo de envolvimento põe em causa a sua neutralidade; se essa “proximidade” o envolve no conflito.

Claro que, a resposta a estas e a outras questões determinará que tipo de mediação preconizamos e praticamos.

Mas, mais importante ainda, o mediador deverá de ser capaz de gerar empatia entre as partes em conflito, que cada uma delas olhe para o outro reconhecendo-o, legitimando-o nos seus papéis e respeitando-o tal como ele se apresenta.

Autenticidade

Estar com o outro e estabelecer com ele uma relação empática implica “*ser autêntico*”, no sentido de ser congruente. E ser congruente é aceitar ser tal como se é e sentir o que se sente e como se sente. Ser congruente é ser consciente do seu ser e do seu sentir e do modo como se comunica este “*ser*” e este “*sentir*” ao outro. Quando o mediador transmite incongruência, deixa de ser autêntico, despertando a desconfiança dos mediados. Quando tenta ser alguém que não é, desempenhando um mero papel que não faz parte da sua identidade, do seu “*ser*”.

A capacidade de construir uma relação e um espaço de confiança é essencial para uma mediação efectiva. A confiança é a primeira grande perda numa situação de conflito, e não é possível construir acordos, comprometidos e responsáveis, com base na desconfiança.

Autenticidade e congruência implicam, assim, auto-confiança: “*estou bem comigo, com quem eu sou; estou bem com a minha experiência, esta faz parte de mim e de quem eu sou*”. Poder transmitir isto aos mediados em mediação é o primeiro passo para uma boa gestão emocional do espaço do conflito.

Permitamo-nos sentir a “*Congruência*” na voz de Virgínia Satir:

“Cambiar es aceptar com franqueza nuestros sentimientos; Un paso esencial, / para comunicarnos com lo que nos rodea./ A esta actitud de apertura / con el universo de los sentimientos / la denomino congruencia. Para mal de la / humanidad, sin embargo, la mayoría de / nosotros prefiere cierto grado de / deshonestidad emocional que reaccionar / de manera clara y abierta ante lo que surge / en la vida. Sentimos que realmente estamos / haciendo lo que deberíamos y luego sufrimos / innecesariamente por nuestras acciones. La congruencia, no obstante, es posible; lo es para la vida racional como para la vida / emocional de todos los seres humanos. / Implica, eso sí, asumir riesgos: hacer lo que nunca antes se ha hecho o hacer lo mismo de manera diferente ...

Presença

Definir a “presença” não é fácil, mas cada vez mais é indicada como uma qualidade essencial do profissional de resolução de conflitos. Gerzon (2006:103) conta a seguinte história.

No seu regresso à cidade, Buda encontrou-se com um transeunte que, impressionado pela luz e energia que aquele irradiava, o questionou:

“- Você é um Deus? – Não, respondeu Buda. - Você é um santo? - Não, respondeu Buda novamente.

- Então, você é um príncipe? - Não, - respondeu Buda sem parar de andar. – Só estou acordado.”

Estar presente é estar acordado, consciente, atento, focado. Para o mediador a presença determina a sua capacidade de se orientar no conflito, de saber como e quando agir, que “instrumentos” utilizar. É ser capaz de, em primeiro lugar, compreender o que se está a passar consigo, dentro de si. É ter a capacidade de se aceitar a si mesmo, para aceitar o outro.

“É a habilidade ‘mais difícil’ e mais tangível. É a ferramenta do coração, invisível e imensurável, e ao mesmo tempo um instrumento da mente, com todo o poder de discernimento de uma espada”.

A presença, a autenticidade e a empatia são qualidades pessoais cujo treino e desenvolvimento exigem ao mediador uma prática contínua de auto-reflexão e auto-consciência. É importante que o mediador seja consciente da sua percepção e das suas próprias convicções sobre o conflito, de como lida com ele na sua vida, no seu dia-a-dia; do modo como gere as suas emoções em situações de conflito e como o resolve. Este auto-conhecimento é essencial para que possa no contexto da mediação assumir uma posição pedagógica na condução do processo de gestão e resolução do conflito. Mas também é

importante para a identidade do mediador, pois permitirá fazer a diferença entre ser um profissional que exerce a função de mediador e perceber que “*eu sou um mediador*”; entre ver a mediação como um trabalho que realiza e ver a mediação como algo que faz parte integrante da sua identidade (parafraseando Bowling & Hoffman, 2003:28): Ser Mediador.

Estas três capacidades/habilidades pessoais permitem ao mediador e em especial ao mediador familiar desenvolver um sentido mais apurado da utilização e aplicação da sua “*caixa de ferramentas profissionais*”.

“As Ferramentas profissionais”

Entre estas, o instrumento mais ousado é **a pergunta**. Mas porque é que perguntamos e para quê perguntamos? As perguntas têm funções específicas, permitem obter informação e proporcionar informação, pois quando o mediador questiona, a sua intenção é a de permitir uma maior clarificação do problema de modo a que os mediados possam abandonar a sua perspectiva “única” do conflito e passarem a partilhar uma história alternativa do conflito. Permitem explorar o problema, clarificando-o. Neste sentido, para Marinés Suares (2003) perguntar é uma das técnicas mais privilegiadas em mediação, pois permite criar diferenças e proporcionar através de “novas” perguntas opções de resolução do conflito.

Para além de terem como objectivo clarificar a história do conflito e a percepção que cada uma das partes tem do mesmo, as perguntas permitem ainda despertar a atenção e levar os mediados a reflectir (ou seja, fazem pensar). Possibilitam, assim, a transformação da história do conflito e, conseqüentemente a transformação da forma como cada um dos mediados vê o outro.

Parece que as perguntas mais adequadas para permitir chegar aos interesses dos mediados e encontrar opções para a resolução do problema serão as perguntas abertas e directas, feitas de forma objectiva mas dando espaço à contextualização da resposta. Só assim elas serão geradoras de diferença e propiciadoras de novas soluções. Mas a utilização de perguntas focalizadas, segundo Lisa Parkinson, permite que os mediadores mantenham a estrutura e o controlo do processo de mediação. Não devemos esquecer que os mediados chegam, muitas vezes, à mediação extremamente nervosos e uma pergunta aberta pode ser um convite a falar livremente, que pode colocá-lo num dilema: por onde começar. Ou, então, pode levar a um longo discurso, normalmente acusatório, numa tentativa de auto-legitimação e subsequente deslegitimação do outro.

Parkinson refere que Kressel *et al* descobriram que os mediadores com mais experiência tendem a utilizar uma estrutura identificável do tipo de perguntas que fazem e do momento em que as usam, semelhante a uma pirâmide: à medida que avança a mediação, as perguntas, que inicialmente são mais amplas com o objectivo de recolher informação, vão-se tornando gradualmente mais precisas, culminando em questões “subtilmente afinadas”.

A importância de formular adequadamente uma pergunta é claramente demonstrada na seguinte história. Um membro do clero perguntou ao seu superior - “*Posso fumar enquanto rezo?*”. A autorização para fumar foi enfaticamente negada. Em outra ocasião, aproximando-se do mesmo superior, perguntou-lhe - “*Posso rezar enquanto fumo?*”. A autorização, desta vez; foi concedida.

O que perguntar, como perguntar e quando perguntar nem sempre é uma decisão fácil para o mediador, pois o efeito das perguntas sobre as partes é importante. Floyer Acland aconselha por isso o mediador a questionar as suas próprias perguntas, a por sistematicamente os seus pressupostos em causa.

Outra ferramenta essencial ao mediador é a **escuta activa**. Esta pode definir-se como “*Esforço físico e mental de querer captar com atenção a totalidade da mensagem que se emite, tratando de interpretar o significado correcto da mesma, através do comunicado verbal e não verbal que o emissor faz e indicando-lhe através do feedback o que pensamos ter compreendido.*” (Van-Der Hofstandt: 1999) Significa, assim, entender “*o que nos dizem*” (conteúdo) e “*como nos dizem*” (sentimentos e emoções), para dar significado ao conteúdo. Implica uma especial atenção ao verbal e ao não verbal, percebendo na sua coincidência a congruência ou a incongruência da mensagem.

Para os mediados é importante sentirem-se escutados e não apenas a um nível superficial (factual), mas também a um nível mais profundo (emocional). É importante a forma como e a frequência com que o mediador dá feedback, através de resumos que permitem a organização de acontecimentos, ideias e opções, bem como a análise das semelhanças e das dissimelhanças de interesses e opções dos mediados; parafraseando, ao repetir com palavras diferentes, de uma forma simples e objectiva o que os mediados disseram; ordenando as questões a negociar; etc. A escuta activa permite a descodificação da mensagem para os mediados e a sua legitimação perante o outro, na medida em que o outro aprende a escutá-lo.

Marinés Suares (2003:101) vai mais longe, ao propor **observação activa**, em vez de escuta activa, pois não se trata apenas de escutar o que é dito. Se considerarmos, afirma esta autora, que num processo de diálogo, no qual estamos como mediadores, constantemente alternamos a nossa posição de receptor e emissor e de alguma forma estamos envolvidos

nesse diálogo sobre o conflito enquanto seres humanos e totais, isto é, com o nosso *pensar, ser, sentir e dizer*, as reacções corporais (gestos e paralinguística), até as mais viscerais, são parte deste processo. O nosso corpo reage às acções e às diferentes sensações que o outro provoca em nós, enquanto mediadores, para além daquilo que diz e como o diz. E o mesmo se aplica à comunicação estabelecida entre mediados, da qual o mediador praticando a observação activa não pode estar alheado.

Uma ferramenta importantíssima que deve constar da “caixa de ferramentas profissionais” do mediador é a **gestão de emoções**. E a Mediação Familiar é, sem dúvida, um contexto de mediação onde esta gestão ganha maior relevância. A frustração, a ira, a dor, o medo, a tristeza, a culpa, são emoções que surgem frequentemente em mediação familiar. A ruptura de uma relação a dois é uma das experiências mais dolorosas e stressantes na vida de uma pessoa. Implica todo um processo de mudança, não apenas a nível pessoal, mas também patrimonial. Exige, quando há filhos uma capacidade de dissociação entre a dissolução do casamento e a manutenção da relação de parentalidade. Quando o casal não é capaz de gerir as suas emoções, tomar as decisões que a dissolução do casamento exige e programar uma relação futura de parentalidade positiva, cooperativa e respeitadora torna-se difícil.

Aqui a mediação pode ter um papel fundamental. É natural que os mediados tragam para a mediação a sua zanga e o seu receio pelo facto de se irem encontrar com o outro, de terem de o enfrentar. O tipo de espaço que a mediação proporciona, mais informal e cómodo, bem como o diálogo e a intervenção do mediador permitirão criar o clima adequado para mediar e, nesse sentido, para gerir as emoções observadas.

É natural que numa mediação familiar, num momento de crise e mudança da estrutura da família, a tristeza esteja patente. A procura de acontecimentos positivos, a conotação positiva e a técnica do reenquadramento, permitem ao mediador proporcionar algum optimismo aos mediados. O reforço positivo sempre que alcançam um acordo em alguma das questões em negociação na mediação ou sempre que são capazes de ultrapassar obstáculos e encontrar opções e soluções alternativas, propicia uma mudança emocional e ajuda os mediados a ganharem auto-confiança e capacidade de decisão. O mediador, através de perguntas e resumos, facilmente amplifica as emoções positivas que vai descobrindo no diálogo entre mediados. Outras vezes, pode ser importante, quando há medo ou tristeza, proporcionar um espaço privado para que o(a) mediado(a) que manifesta essa emoção possa ter o seu tempo de reflexão (o mediador pode optar por reuniões privadas com cada um dos mediados para gerir emoções e os ajudar a mudar esse estado emocional).

Conclusão

A “caixa de ferramentas do mediador” é ampla e cheia de diferentes opções. O seu saber fazer não se pode desligar do seu saber estar e saber ser. A mediação familiar, como alguém disse e aqui reproduzo “*É um processo imperfeito, que inclui uma terceira pessoa imperfeita, para ajudar duas pessoas imperfeitas, com o fim de concluir um acordo imperfeito num mundo imperfeito.*” No entanto, face aos instrumentos de que dispõe, pode ser um meio apropriado para gerir e resolver conflitos familiares, quebrando o paradigma da adversariedade e promovendo um novo paradigma de cooperação e diálogo positivo, tão importante quando as relações de parentalidade permanecem, apesar da crise e da mudança.

Bibliografia

- Acland, A. F., & López, B. (1997). *Cómo utilizar la Mediación para resolver Conflictos en las organizaciones*. Paidós Empresa (p. 344). Buenos Aires: Paidós.
- Bernal Samper, T. (2006). *La Mediación, una solución a los conflictos de pareja*. Madrid: Colex.
- Bowling, D., & Hoffman, D. (2003). *Bringing Peace into the Room*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Gerzon, M. (2006). *Liderando pelo Conflito*, Elsevier.
- Mayer, B. (2004). *Beyond neutrality: Confronting the crisis in conflict resolution*. San Francisco: Jossey-Bass.
- Nadja, A. (2008). "The mediation Metamodel: Understanding practice." Conflict Resolution Quarterly **26**(1): 97-123
- Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar, Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*. Editorial Gedisa.
- Pink, D. H. (2009). *A Nova Inteligência*, Academia do Livro.
- Simkin, W. E. (1971) . *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*
- Suares, M. (2003). *Mediando en Sistemas Familiares*. Buenos Aires: Paidós.

Para aceder à videogravação da comunicação, clique nos ícones



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicativ.com/>), com os dados constantes no separador "ARQUIVO GRATUITO".

4.2. Os poderes de conciliação do tribunal em direito da família e das crianças



Comunicação apresentada na ação de formação “Técnicas de Negociação em Direito da Família”, realizada pelo CEJ no dia 05 de maio de 2013.

[António José Fialho]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto e a apresentação que seguem, da autoria de António José Fialho, Juiz de Direito, incidem sobre:

- Conciliação em tribunal: modelo processual orientado para a composição dos interesses – os vários exemplos legais;
- O que faz um Juiz para a obtenção de um acordo?
- O exercício da Justiça pelo Estado e os mecanismos de resolução alternativa de litígios – a Mediação Familiar versus Processo Judicial;
- O que nos oferece a mediação familiar?
- A autonomia da vontade dos interessados e a definição consensual dos seus interesses - «os melhores juízes» dos interesses dos filhos devem ser os seus pais;
- O papel do Advogado
- O papel do Tribunal face à Mediação Familiar.

OS PODERES DE CONCILIAÇÃO DO TRIBUNAL EM DIREITO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS

“A verdadeira pacificação ocorre quando todos ganham.”

Roberto Portugal Bacellar

(Juiz Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná)

1. UM MODELO PROCESSUAL ORIENTADO PARA O CONSENSO

No âmbito da competência material exclusiva dos tribunais, juízos ou secções de família¹ estão definidos três conjuntos de matérias:

- a) A competência relativa a cônjuges ou a ex-cônjuges ou ao estado civil das pessoas e família (artigos 81.º da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, 114.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, e 122.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto);
- b) A competência relativa a menores e filhos maiores (artigos 82.º da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, 115.º da Lei n.º 52/29098, de 28 de agosto, e 123.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto);
- c) A competência em matéria tutelar educativa e de proteção (artigos 83.º da Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro, 116.º da Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, e 124.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

Por outro lado, no âmbito dos institutos jurídicos próprios da jurisdição da família e das crianças, encontra-se definido um modelo processual específico que, entre outras coisas, apresenta como um dos seus traços essenciais a resolução consensual das questões que devam ser apreciadas e julgadas pelo tribunal.

Deste modo, o juiz deve procurar obter uma solução consensual sobre a questão, desempenhando uma função conciliadora ou de composição de interesses com vista a sugerir uma solução e a dialogar com aqueles sobre a natureza do conflito para que, com a sua ajuda, possa ser alcançado o acordo que, por si só, os diversos intervenientes não foram capazes de encontrar.

¹ Adota-se esta tripla designação já que a mesma corresponde às soluções preconizadas nas diversas leis da organização judiciária que são referidas, designadamente o conceito de tribunais (Lei n.º 3/99, de 13 de janeiro), de juízos (Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto) e de secções (Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto).

É por isso que, nas diversas intervenções processuais que o juiz da família e das crianças conduz ou preside, estão presentes diversas soluções normativas que apelam à necessidade de obtenção de uma solução consensual, designadamente:

- a) Na tentativa de conciliação realizada no âmbito da ação de divórcio sem consentimento do outro cônjuge (artigo 931.º, n.º 1 do Código de Processo Civil);
- b) Na conferência realizada no âmbito da ação de divórcio por mútuo consentimento requerido no tribunal (artigos 1776.º e 1778.º-A do Código Civil e 995.º do Código de Processo Civil);
- c) Na conferência de pais realizada no âmbito da providência tutelar cível de regulação do exercício das responsabilidades parentais (artigos 175.º, n.º 1 e 177.º, n.º 1, ambos da Organização Tutelar de Menores);
- d) Na conferência de pais realizada no âmbito da providência tutelar cível de alteração do exercício das responsabilidades parentais (artigos 182.º, n.º 4 *ex vi* artigo 175.º, n.º 1, ambos da Organização Tutelar de Menores);
- e) Na conferência de pais realizada no âmbito do incidente de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais (artigos 181.º, n.º 2 *ex vi* artigo 175.º, n.º 1, ambos da Organização Tutelar de Menores);
- f) Na tentativa de conciliação no início da audiência de julgamento (artigo 158.º, n.º 1, alínea *a*) da Organização Tutelar de Menores);
- g) No adiamento da audiência de julgamento por falta de qualquer dos pais ou dos seus mandatários (artigo 158.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores);
- h) Na conferência de pais realizada no âmbito da providência tutelar cível para resolução de questão de particular importância (artigos 184.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores e 1901.º, n.º 2 do Código Civil);
- i) Na conferência de pais realizada no âmbito da providência tutelar cível para a atribuição de alimentos devidos a menores (artigo 187.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores);
- j) Na conferência realizada no âmbito do procedimento para atribuição de alimentos a filhos maiores (artigo 989.º, n.º 1 do Código de Processo Civil);
- k) Na tentativa de conciliação realizada no âmbito do procedimento para atribuição do uso da casa de morada de família (artigo 990.º, n.º 2 do Código de Processo Civil);
- l) Na conciliação no âmbito do procedimento para resolução de desacordo entre os cônjuges (artigo 991.º, n.º 3 do Código de Processo Civil);

- m) Na tentativa de obtenção de acordo no âmbito do procedimento cautelar de alimentos provisórios (artigo 385.º, n.º 2 do Código de Processo Civil);
- n) Na tentativa de obtenção de acordo no âmbito do procedimento relativo à contribuição para as despesas domésticas (artigo 992.º, n.º 2 do Código de Processo Civil);
- o) Na conferência com vista à obtenção de acordo de promoção e proteção (artigo 110.º, alínea b) da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo);
- p) Na audiência preliminar para aplicação de medida tutelar educativa não institucional (artigo 93.º da Lei Tutelar Educativa).

Deste modo, em boa parte dos processos ou procedimentos da competência dos tribunais, juízos ou secções de família e menores, não cabe ao juiz avaliar ou decidir se a conciliação é adequada para o caso, tendo essa decisão já sido determinada pela lei, o que se compreende na medida em que estão em causa relações de proximidade, nas quais estão envolvidas emoções, considerando o legislador (e bem) que se justifica sempre tentar a resolução da questão de forma consensual.

Fomenta-se a obtenção de uma solução que as partes considerem adequada antes de se passar à solução jurídica da questão a qual não tem em causa as especificidades do caso e, nalgumas situações, limita-se a discricionariedade do juiz em convocar ou não a conciliação.

2. A CONCILIAÇÃO JUDICIAL

Este poder de composição de interesses por parte do juiz não se deve confundir com a função de mediação de conflitos no âmbito dos processos ou procedimentos relativos a questões de família e das crianças já que esta é realizada por quem tem o poder de decidir: o juiz.

Nestas circunstâncias, é mais correto falar-se de uma conciliação jurisdicional a qual é conduzida pelo juiz mas com algumas diferenças de métodos e fins uma vez que o juiz pode expressar a sua opinião sobre o caso, os seus pontos fortes e fracos, podendo mesmo sugerir uma decisão final para a questão.

Quando o juiz procura obter acordos nos casos que lhe estão atribuídos para julgamento, seja qual for a técnica utilizada para conduzir a essas tentativas e a eventual aproximação que estas tenham relativamente às técnicas de mediação, estará sempre a fazer conciliação.

A conciliação é desenvolvida por profissionais com conhecimentos técnicos (normalmente jurídicos) sobre o assunto em disputa. O terceiro conduz o processo conjuntamente com as partes, propondo soluções para o conflito.

Estes procedimentos distinguem-se da mediação facilitadora na medida em que, primeiro, não se limitam a facilitar a comunicação entre as partes, fazendo avaliações do caso e propostas de acordo; segundo, não se baseiam necessariamente nos interesses, mas nos direitos; terceiro, e talvez mais determinante, não têm de ser conduzidos por um mediador habilitado para o efeito.

A conciliação realizada pelo juiz comporta em si uma característica que faz toda a diferença: as partes ou os interessados estão perante aquele que decide.

Esta posição dos sujeitos processuais modifica a sua postura já que é muito diferente o comportamento das pessoas quando estão perante alguém que pode decidir ou alguém que não tem qualquer poder de decisão sobre o litígio.

Assim, esta diferença implica a não aplicação de um dos princípios fundamentais da mediação, **o princípio do pleno domínio do processo pelas partes.**

Por outro lado, o juiz tem um interesse direto na obtenção do acordo, na medida em que o liberta de mais um processo.

Ao contrário do mediador, que não tem qualquer interesse direto na resolução do litígio, o juiz, por regra, quer que os interessados alcancem um acordo, porque isso o liberta de um processo e do trabalho a ele inerente.

Sentindo este interesse, as partes podem sentir-se pressionadas, ainda que subtilmente, a chegar a acordo. Mas é o próprio juiz que deve estar atento a este problema procurando não exercer, ainda que inconscientemente, qualquer pressão para a obtenção do acordo já que o juiz é parte interessada nesta solução, não no seu conteúdo, mas na sua existência.

Também a conciliação não consegue garantir a confidencialidade já que este princípio - essencial na mediação - existe precisamente para evitar que informações veiculadas nas sessões para obtenção de acordo possam ser utilizadas no processo judicial pelo que, se quem preside à conciliação é quem decide, tal confidencialidade é em absoluto inexistente.

O juiz deve igualmente ter essa consciência quando exerce os seus poderes de conciliação para que esta circunstância não afete o seu juízo prévio ou a sua imparcialidade².

² Um juiz que participa em tentativas de resolução do litígio por acordo deve evitar ser influenciado por aquilo que se passou nas sessões com vista à obtenção do acordo; não obstante, a prática judiciária tem demonstrado que a participação ativa de um juiz na prossecução da conciliação não põe em causa a sua imparcialidade.

A conciliação define-se, portanto, como o conjunto de diligências promovidas e conduzidas pelo juiz para tentar resolver o litígio por acordo das partes sendo assim um meio adjudicatório da resolução dos conflitos ou de litígios.

Normalmente, o conciliador pode ir além de uma facilitação do diálogo, fazendo propostas e apresentando soluções para o caso, colaborando com os interessados para a obtenção de um acordo, não se limitando a fomentar a busca desse acordo.

Alguns autores defendem que o conciliador deve empenhar-se verdadeiramente na obtenção do acordo, negociando e fazendo proposta, elaborando no final uma solução que os interessados podem aceitar ou não, caracterizando-se esta modalidade por uma maior intervenção do terceiro face à mediação ou numa diferença do grau de intervenção desse terceiro.

Deste modo, o juiz deve estar atento ao risco dos interesses dos interessados não serem inteiramente satisfeitos já que o acordo pode ser construído por concessões mútuas, alcançando-se uma solução de compromisso que pode não ser a ideal nem conter a necessária agilidade e flexibilidade para que acautele as relações duradouras que se pretendem estabelecer³.

A conciliação é o objetivo do processo enquanto que a mediação é a ação tendente à obtenção desse objetivo o que significa que a mediação tem êxito quando obtém conciliação ao passo que o conciliador, para ter êxito, tem de realizar mediação.

Assim, a conciliação é a atividade do magistrado que convoca as partes ou interessados com vista à obtenção da autocomposição do litígio sendo realizada pela pessoa que o poder de posterior decisão.

Para além da obtenção de acordo, uma das funções da conciliação consiste em permitir ao juiz contactar com a versão dos interessados de uma forma mais aprofundada, permitindo-se estabelecer uma relação mais próxima com eles e enquadrar os factos alegados no seu contexto, possibilitando-lhes alcançar uma maior correspondência entre realidade intraprocessual e extraprocessual.

Como se disse, o objetivo da conciliação judicial é o de encontrar uma solução consensual para a questão, devolvendo-se aos interessados a responsabilidade para que a resolvam, sendo auxiliadas pelo juiz nessa tarefa.

Assim, a postura do juiz e as técnicas que este deve usar são muito próximas daquelas que são utilizadas na mediação uma vez que o resultado a alcançar é idêntico, privilegiando-se

³ É por isso que alguns autores referem que a mediação é mais adequada a situações em que as partes desejam manter um relacionamento futuro e a conciliação é mais adequada a situações circunstanciais.

a informalidade, a satisfação dos verdadeiros interesses dos interessados e do superior interesse da criança quando estejam em causa conflitos que lhe digam respeito.

Numa **primeira fase**, ao iniciar a conciliação, o juiz deve explicar-lhes o objetivo da diligência (conferência ou tentativa de conciliação), explicitando o que está em causa e a forma como a questão poderá ser resolvida.

Numa **segunda fase**, o juiz deve perceber e analisar as questões que estão em discussão, dando a palavra a cada uma das partes para que possa expressar a sua intenção, utilizando, se necessário, a técnica da reformulação⁴, ou seja aproveitando o que um dos interessados disse e repetindo-se de forma mais clara e menos emotiva para que a outra parte compreenda e para que o seu autor sinta que está a ser escutado e compreendido.

Compreendido o problema e a posição de cada um dos interessados, pode-se passar para a **terceira fase**, ou seja, para a pesquisa dos objetivos e dos interesses comuns por forma a encontrar uma solução satisfatória, sem necessidade de cedências⁵. Nesta fase, o juiz deve estar particularmente atento à linguagem corporal na medida em que uma adequada interpretação dos sinais poderá conduzir a discussão na direção adequada.

A **quarta fase** é a do trabalho das emoções e valores em jogo procurando explorar e resolver as questões emocionais, designadamente através das perguntas cruzadas em que o juiz tenta que um dos interessados perceba como se sentiria se estivesse do outro lado, levando-o a analisar de fora os comportamentos que teve para com o outro e procurando explorar os sentimentos de empatia que existem entre ambos.

Numa **quinta fase**, procuram-se criar hipóteses em alternativa, ou seja, procurar levar os interessados a pensar em todas as formas possíveis de resolver a questão para que depois possam escolher a melhor, incentivando-os a que possam ir além das soluções óbvias para buscar outras mais criativas nas quais nunca tinham pensado.

Finalmente, numa **sexta fase**, passa-se à avaliação e escolha dessas hipóteses, analisando a sua exequibilidade e se satisfazem os interesses em presença, podendo ser efetivamente implementada, concluindo-se pela redação do acordo.

Sem prejuízo dos interesses que devam ser acautelados, o juiz não deve preocupar-se com a procura da verdade já que tem que garantir que os interessados obtenham, através do diálogo orientado, a melhor solução para o seu problema.

⁴ Esta técnica caracteriza-se normalmente pela expressão “se bem compreendi, o que disse foi ...”.

⁵ Costuma utilizar-se aqui a metáfora do limão e que se traduz no seguinte: dois cozinheiros disputavam um limão mas, efetuada uma verdadeira avaliação dos seus interesses, um pretendia utilizar a casca e o outro pretendia apenas o sumo pelo que não fazia sentido discutir a propriedade de todo o limão quando ambos poderiam satisfazer os seus interesses através do uso da parte que pretendiam.

A postura assumida pelo juiz nesta fase (de conciliação) é assim diferente da postura do juiz julgador.

Contudo, deve ter uma especial preocupação em manter a imparcialidade pois, devido à informalidade da diligência, não deve correr o risco de exprimir opiniões ou sugestões que uma das partes compreenda como sendo a favor da outra parte ou mesmo a seu favor⁶. Deve manter sempre a necessária equidistância, não cedendo a simpatias ou antipatias, procurando sempre acautelar os interesses em jogo, colocando de lado preconceitos ou convicções pessoais, não tentando influenciar o acordo.

A verdade é que boa parte dos juízes conduz a conciliação de uma forma intuitiva ou casuística, reproduzindo muitas vezes o que aprendeu com o formador, de acordo com os estilos e vivências próprias de cada juiz, sendo rara a utilização de técnicas ou ferramentas específicas, o que pode tornar este meio de resolução de litígios pouco eficaz.

É importante que o juiz domine os fenómenos comunicacionais, saiba as técnicas a utilizar e a melhor forma de intervenção para que o diálogo seja mais produtivo e construtivo, podendo ser igualmente útil ter algum domínio das técnicas de mediação, embora adaptando-as às especificidades da conciliação.

⁶ Qualquer procedimento que coloque pressão sobre os interessados para a obtenção de um acordo não é admissível e uma das técnicas habitualmente usadas em mediação pode ser suscetível de prejudicar a credibilidade e a imparcialidade do juiz.

Estamos a falar do *caucus* ou da técnica de audição separada em que um dos interessados pode revelar factos que o outro não tem oportunidade de refutar, ocorrendo uma violação do princípio contraditório.

É por isso que a regra 8.^a das *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* determina que o tribunal arbitral pode fazer proposta de acordo, mas sempre em simultâneo às duas partes, aconselhando-se ainda aos árbitros que expliquem às partes que não é desejável a discussão dos termos do acordo sem a presença da outra parte.

O problema do *caucus* relaciona-se com a confiança depositada no juiz: o fluxo e refluxo da informação, não controlada por ninguém sem ser o juiz, cria uma enorme possibilidade de desconfiança em relação aquilo que o juiz possa retransmitir. Mesmo que o faça com a maior das cautelas, sem qualquer intenção de manipulação, as partes terão sempre dúvidas sobre a sua igual oportunidade de expor e refutar factos e argumentos.

Se na mediação o *caucus* é arriscado, muito maior é o seu perigo na conciliação, onde o papel do terceiro (o juiz) é bem mais interventivo e assume a possibilidade de decisão influenciado pela informação a que uma das partes pode não ter tido acesso.

Em conclusão, perante um ordenamento jurídico como o nosso, em que o juiz está obrigado a conciliar, é recomendável a maior das prudências no momento de realizar estes procedimentos.

3. A MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES

Por vezes, na comparação entre a mediação (mecanismo de resolução de alternativa de litígios) e o recurso aos mecanismos formais de resolução dos conflitos (processos judiciais) existe a tendência em apresentar a mediação como a “boa solução” e os processos judiciais como “os maus da fita”.

Este julgamento simplista não é justo para nenhum dos sistemas uma vez que a mediação sem sempre é possível e, mesmo que o seja, não é garantido que conduza sempre a um acordo.

Na verdade, como vimos, os tribunais e muitas formas processuais exigem a atuação do juiz segundo princípios orientados para conseguir um acordo⁷ e, por outro lado, existem situações em que a mediação, pelas suas limitações, não consegue garantir a obtenção de um acordo sendo necessário e conveniente o recurso à via judicial.

O que é, então, a mediação?

A mediação familiar é o processo no qual os cônjuges, em instância de divórcio, pedem voluntariamente a ajuda de uma terceira pessoa neutra e qualificada, para resolver os seus conflitos, de maneira naturalmente aceitável, o que lhes permitirá estabelecer um acordo durável e equilibrado, que tomará em linha de conta as necessidades de todos os membros da família, especialmente as das crianças (Meyer Elkin, *The Missing Links in Divorce Law: A Redefinition Of Process and Practice*, *Journal of Divorce*, v6 nr. 1-2, Fall-Win 1982, pp. 37-63).

A palavra mediação deriva do latim “medius” ou “medium” que significa “no meio” e, por isso, é tradicionalmente definida na doutrina como “um processo de colaboração para a resolução de conflitos” no qual duas ou mais partes em litígio são ajudados por um terceiro imparcial com o fim de comunicarem entre eles e de chegarem à sua própria solução mutuamente aceite, acerca da forma como resolver os problemas em disputa, ajudando-os a explorar as opções disponíveis e, se possível, a atingir decisões que satisfaçam os interesses de todos os envolvidos.

Assim, a mediação familiar pode ser definida como uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, informal, confidencial e voluntária, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um terceiro (mediador) a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe, podendo o processo ser iniciado por iniciativa das partes ou sugerido por um tribunal.

⁷ Esta realidade não ocorre apenas na jurisdição da família e das crianças já que é igualmente notória na jurisdição laboral e mesmo na jurisdição cível.

Com a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, foi introduzida uma alteração ao artigo 1774.º do Código Civil determinando que, antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar.

Por seu turno, no âmbito das questões relativas à regulação do exercício das responsabilidades parentais⁸, a mediação familiar encontra-se estabelecida no artigo 147.º-D da Organização Tutelar de Menores (na redação introduzida pela Lei n.º 133/99, de 20 de agosto⁹) segundo a qual, em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, designadamente em processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, oficiosamente, com o consentimento dos interessados, ou a requerimento destes, o juiz pode determinar a intervenção dos serviços públicos ou privados de mediação, homologando o acordo obtido por esta via se o mesmo satisfizer o interesse da criança.

A filosofia subjacente à mediação é a de que as pessoas envolvidas num conflito são as que melhor sabem como resolvê-lo na medida em que o mediador não impõe às partes a obtenção de um acordo ou o seu conteúdo; a sua função é a de esclarecer as partes acerca dos seus direitos e deveres face à mediação e de as aproximar, facilitando a obtenção de um acordo, sem o impor.

Deste modo, a Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar (adotada em 21 de janeiro de 1998) reconhece as características específicas dos litígios familiares, designadamente o envolvimento de pessoas que irão manter relações interdependentes que se irão prolongar no tempo, o contexto emocional penoso em que surgem os conflitos familiares e a circunstância da dissociação familiar ter impactos sobre todos os membros da família, em particular sobre as crianças.

Também a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008 relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial refere a vantagem no estabelecimento de mecanismos que preservem uma relação amigável e estável entre as partes com vista ao seu cumprimento voluntário.

Finalmente, os Princípios de Direito da Família Europeu Relativo a Responsabilidade Parentais (§ 3.36) estabelecem que nos conflitos relativos ao exercício das responsabilidades

⁸ O § 3.36 dos Princípios de Direito da Família Europeu Relativos a Responsabilidades Parentais prescreve igualmente a faculdade dos Estados poderem optar por mecanismos alternativos de resolução de litígios no âmbito dos conflitos parentais.

⁹ Esta disposição normativa foi introduzida na sequência da Recomendação n.º R (98) 1 do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar.

parentais os mecanismos de resolução alternativa de litígios devem estar ao alcance dos interessados.

Os **princípios fundamentais da mediação familiar** são os seguintes:

1 – Participação voluntária

A mediação é um processo voluntário em que os que nela tomam parte precisam de participar livremente, sem serem forçados e sem terem medo; devem ter a liberdade de abandonar a mediação em qualquer fase da mesma e, por seu lado, o mediador pode também dar por terminada a mediação se a mesma deixar de ser útil ou não se vislumbrar qualquer possibilidade de progresso (artigo 4.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril);

2 – Imparcialidade do mediador

O mediador não é parte interessada, devendo assumir uma atitude equidistante e gerindo o processo numa maneira equilibrada e imparcial (não significa neutralidade) (artigo 6.º da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril);

3 – Capacitar as partes para tomarem as suas próprias decisões

A capacitação é um princípio fundamental da mediação na medida em que o mediador deve ajudar as partes a tomar as suas próprias decisões, baseadas em informação e ponderação; o pleno conhecimento da situação dos interessados é essencial à mediação, devendo a mesma cessar quando algum deles se recusar a fornecer as informações ou se fornecer informações que sejam deliberadamente incompletas ou falsas (artigo 4.º, n.º 1 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril).

Também devem estar protegidos contra pressões um do outro ou do próprio mediador;

4 – Atenção focada no futuro e não no passado

O litígio tem tendência a centrar sobre os erros e ofensas passadas. A mediação foca o presente e o futuro, muitas vezes sem se deter na história passada.

A informação sobre o passado só deve ser necessária quando seja relevante para as decisões correntes e para o planeamento futuro;

5 – Maior ênfase nos interesses comuns do que nos indivíduos

Os mediadores ajudam as partes a reconhecer os seus interesses e preocupações mútuas e a chegarem a decisões que incorporam essas preocupações partilhadas, em vez de insistirem em argumentos baseados nos seus direitos.

6 – Consideração sobre todos os interesses envolvidos

Os mediadores ajudam os pais a ter em consideração as necessidades e os sentimentos dos seus filhos, bem como os seus próprios. Não está no papel do mediador aconselhar os pais

a considerar a posição, as necessidades e os sentimentos de cada um dos filhos, ao procurarem soluções para que eles que sirvam também para todos os que estão envolvidos.

Para se compreender em que medida a mediação pode ser importante como instrumento de resolução alternativa dos conflitos familiares, importa ter presente que a complexidade destes conflitos torna inadequada uma resposta parcelar ou uma perspectiva exclusiva ou estritamente jurídica, exigindo novos meios de resolução e de abordagem.

Por outro lado, são princípios constitucionais do direito da família o direito à reserva da vida privada (artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa) e o direito prioritário dos pais de educação e de manutenção dos filhos, sem interferência injustificadas de terceiros ou do Estado (artigo 36.º, n.ºs 5 e 6 da Constituição).

Este reconhecimento da autonomia da vontade dos interesses e da sua capacidade de resolução das questões familiares encontram correspondência na afirmação do papel subsidiário que o Estado deve assumir face a elas e na tendência de desjudicialização dessas questões.

A mediação familiar facilita a busca de soluções criativas adaptadas à situação específica dos interessados e da família, dentro do amplo leque de soluções legalmente admissíveis, especialmente quanto à residência da criança, ao regime de contactos com o progenitor não residente e ao regime de prestação de alimentos.

A facilitação da comunicação entre ambos os progenitores em fase de dissociação familiar viabiliza o estabelecimento de acordos conformes aos “interesses da criança” ou ao “interesse de cada um dos membros do casal”, a partir da ponderação dos interesses, desejos e necessidades mútuas.

A mediação familiar permite que os membros do casal, em fase de separação, possam reorganizar a vida familiar da melhor maneira, em atenção à idiosincrasia de cada um e à dinâmica do grupo familiar.

A mediação familiar é ainda propícia à identificação e ao estabelecimento de conceitos jurídicos indeterminados como o “interesse da criança”, “questões de particular importância”, “atos da vida corrente” ou “orientações educativas mais relevantes”, de cuja salvaguarda se mostra dependente a desjudicialização de conceitos internos da família.

Contribui para a promoção da família, ainda que em situação de dissociação familiar, e para a efetivação do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.

Para o sistema tradicional de justiça, o recurso à mediação poderá significar uma importante redução dos processos judiciais e a diminuição da sobrecarga de trabalho existente nos tribunais, permitindo uma maior atenção sobre outros casos mais complexos que não

podem ser resolvidos por aquela via; por outro lado, verifica-se uma maior garantia de efetivo cumprimento das decisões tomadas ativamente pelas partes, e tendência para os casos não retornarem ou não perdurarem¹⁰.

Ao contrário da conciliação, a mediação exige o pleno domínio do processo pelas partes, princípio que é, simultaneamente, o seu fundamento e, naturalmente, uma característica permanente pois assenta na ideia de que é nos sujeitos envolvidos que reside a solução adequada ao litígio¹¹.

O mediador auxilia, assiste e não dirige nem impõe qualquer acordo, sendo a sua função simplesmente a de ajudar as partes a, primeiro, (re)estabelecer a comunicação e, segundo, a encontrarem, por si, a solução adequada.

O mediador não pode fazer sugestões sobre o conteúdo do litígio, não devendo de todo intervir quanto ao mérito, limitando-se a conduzir as partes no caminho do diálogo e da mútua compreensão, com o fim de que estas reúnam as condições para encontrarem, por si, esse acordo.

Por outro lado, a mediação dá preferência à pacificação social, isto é, tem como objetivo sanar o problema, restabelecendo a paz social entre os litigantes, não importando saber quem tem razão mas antes resolver os problemas subjacentes ao aparecimento do litígio.

Trata-se, deste modo, de um método de resolução dos litígios assente nos interesses e não nos direitos.

Como metáfora do litígio, costuma utilizar-se a imagem do “iceberg” em que as posições das partes estão na ponta visível deste e os interesses na base, submersos. É ao fundo, à base, que a mediação pretende chegar, porque só a composição de interesses permitirá a duração do acordo e a manutenção do entendimento entre as partes.

A mediação é um processo voluntário em que os que nela tomam parte precisam de participar livremente, sem serem forçados e sem terem medo; devem ter a liberdade de abandonar a mediação em qualquer fase da mesma e, por seu lado, o mediador pode também dar por terminada a mediação se a mesma deixar de ser útil ou não se vislumbrar qualquer possibilidade de progresso.

A par desta participação voluntária, a capacitação das partes para tomarem as suas próprias decisões implica que o mediador deve ajudá-las a decidir, com base em informação e

¹⁰ Reivindicada como forma privilegiada de superação de conflitos familiares, a mediação continua permeável a críticas que insistem em considerá-la como uma ilusão normativa ou inadequada a determinadas situações de conflito parental, suscitando dúvidas se, no momento atual, se mostra, de facto, implementada como cultura de normalização da falta de consenso familiar.

¹¹ Designado por “empowerment” ou o controlo da mediação pelas partes.

ponderação; o pleno conhecimento da situação dos interessados é essencial à mediação, devendo a mesma cessar quando algum deles se recusar a fornecer as informações ou quando forneça informações deliberadamente incompletas ou falsas.

Os tribunais (e os juízes e magistrados do Ministério Público) têm que acreditar na mediação, sem pré-conceitos ou preconceitos, não obstaculizando ou destruindo a sua implementação, mercê de uma desastrosa intervenção.

Perante a sugestão do juiz com vista ao recurso à mediação, a parte pode não se sentir completamente livre para recusar liminarmente a remessa do processo na medida em que pode entender que essa sua atitude contraria a vontade do juiz.

O receio de que tal contrariedade traga dissabores à pessoa que recusa a mediação é imaginável.

Num mundo perfeito, inteiramente racional, estes receios não seriam, sequer, objeto de ponderação. Mas sabemos que no mundo real, feito de emoções, tais medos podem ser legítimos.

O juiz (ou o magistrado do Ministério Público) terá, pois, de ter enorme cautela na sua ponderação e na forma de colocar a opção aos interessados. O juiz faz aqui o papel de “pré-mediador na mediação”, explicando o procedimento, as suas vantagens e desvantagens, o modo como funciona¹².

¹² A atividade do Sistema de Mediação Familiar (SMF) encontra-se regulamentada no Despacho n.º 18778/2007, de 13 de julho (publicado no Diário da República II.ª série de 22 de agosto de 2007).

O Sistema de Mediação Familiar tem competência para mediar conflitos, nomeadamente¹², nas seguintes matérias:

- a) Regulação, alteração e incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais;
- b) Divórcio e separação de pessoas e bens;
- c) Conversão da separação de pessoas e bens em divórcio;
- d) Reconciliação dos cônjuges separados;
- e) Atribuição ou alteração de alimentos provisórios ou definitivos;
- f) Privação do uso dos apelidos do outro cônjuge ou alteração do uso dos apelidos do ex-cônjuge;
- g) Autorização do uso da casa de morada de família.

A mediação pode realizar-se independentemente da existência, ou não, de um processo em curso no tribunal ou na conservatória mas, neste caso, caso tal se verifique, é conveniente que a instância fique suspensa, pelo prazo que o juiz ou o conservador entendam adequado, enquanto se realizar a mediação e sem prejuízo de eventual prorrogação (artigo 273.º, n.º 3 do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 161.º da Organização Tutelar de Menores).

Terminando o processo de mediação com um acordo, este deverá ser submetido para homologação no âmbito do processo judicial já que, no âmbito das relações familiares, o mesmo só produz efeitos jurídicos

Não deve utilizar a sua influência, pressionando de forma abusiva, nem deve utilizar a mediação como um modo de se libertar dos processos. A sua preocupação deve centrar-se no esclarecimento dos interessados e na garantia de que há condições, ainda que mínimas, para a realização da mediação.

4. O PAPEL E A FUNÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Para que a mediação possa basear-se nos interesses, em princípio não deverão existir intermediários, embora as partes possam estar assistidas.

Esta circunstância suscita uma das importantes questões da mediação e a que, porventura, tem dificultado a sua inserção na nossa prática judiciária, ou seja, qual é o papel e a função dos advogados na mediação.

A este propósito, há três questões a abordar:

- a) A presença dos advogados nas sessões de mediação;
- b) O papel dos advogados nas sessões de mediação;
- c) A possibilidade de representação das partes por advogado (a sua substituição).

Em tese geral, é referido que os advogados devem ter acesso à mediação, assistindo o seu cliente.

O tipo de intervenção deve, porém, ser encarado de forma diferente do tradicional já que o advogado não representa a parte e deve atuar de acordo com o espírito de colaboração e procura do consenso adequado ao caso.

O papel do advogado numa sessão de mediação é muito diferente daquele que desempenha em tribunal judicial ou arbitral.

Dissemos que a mediação é um método de resolução dos litígios assente nos interesses e não nos direitos.

Constitui dever deontológico do advogado agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente e aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa (artigo 95.º, alíneas a) e c) do Estatuto da Ordem dos Advogados) o que significa que, através do recurso a mecanismos de composição do litígio, o advogado estará a defender melhor os interesses do seu cliente.

Por outro lado, na mediação não é necessário convencer ninguém quanto aos factos ou ao direito: são as partes que têm o papel principal, não o advogado.

com a respetiva homologação pelo juiz ou pelo conservador (e com a intervenção do Ministério Público no âmbito da respetiva tramitação processual).

É também admissível que os advogados representem, substituam as partes. A representação é necessária quando se trata de pessoas coletivas e não se vê razão para impedir que haja também representação quando falamos de conflitos interpessoais (artigo 18.º, n.º 1 da Lei n.º 29/2013, de 19 de abril). Mas, em representação, os advogados devem agir na lógica da mediação, evitando uma postura competitiva e procurando focar o desenrolar do processo na procura do melhor consenso, de acordo com os interesses em causa.

É claro que em conflitos pessoais a representação pode impedir a negociação dos interesses porque o advogado pode, pura e simplesmente, não os conhecer. O ideal é, portanto, a presença das partes e, quando tal não se mostre possível, o seu representante (seja ou não advogado) deve preparar a mediação investigando os interesses do seu representado.

É importante ganhar os advogados para a causa da mediação. Quando se conseguir essa adesão (e só então) a mediação terá condições para ser bem-sucedida em Portugal.

O cidadão comum não sabe o que é a mediação. Se tiver um problema, recorrerá a um advogado, não a um mediador.

O advogado é, por isso, a pessoa ideal para aconselhar o método mais adequado ao caso concreto. Sugerir a intervenção de um mediador não implica a diminuição de trabalho (e remuneração) para o advogado. Pelo contrário, a satisfação do cliente implica a médio prazo o seu retorno para a resolução de outros problemas, dos quais desistiria se o método judicial fosse o único disponível.

A advocacia deve pensar em termos macro, de médio/longo prazo, de satisfação dos clientes e de rapidez e eficiência na resolução dos seus litígios. Não deve ter medo de perder clientes (e remuneração). Existirão sempre litígios pois estes são um efeito automático da vida em sociedade.

Por exemplo, nos Estados Unidos da América, os advogados começaram por opor-se aos meios de resolução alternativa de litígios, essencialmente por dois motivos: em primeiro lugar, porque não sabiam o que era mediação, não a tinham estudado na faculdade e, o que é natural, sentiam-se desconfortáveis em envolver-se em algo que desconheciam e, em segundo lugar, porque temiam perder dinheiro.

Os advogados norte-americanos estavam firmemente convencidos que poderiam ganhar mais se patrocinassem ações “duradouras”, ao contrário do que aconteceria se chegassem a acordo através da mediação.

Contudo, foi possível ultrapassar a oposição por parte dos advogados.

O primeiro passo traduziu-se na introdução do ensino da mediação, quer nas escolas de direito, quer na formação contínua e permanente dos advogados. Esta formação eliminou ou atenuou o medo do desconhecido.

Depois, revelou-se importante fazer sentir aos juízes o valor da mediação, para que estes encorajem os advogados a optar por este meio de resolução de litígios.

Por último, os clientes devem ser também ser informados sobre meios rápidos e baratos de resolver os seus casos. Assim que estes estiverem convencidos destas características pressionarão os advogados para a utilização destes mecanismos.

Desta forma, os advogados norte-americanos rapidamente passaram a aceitar a mediação, adotando um *slogan* ilustrativo: “Happy clients pay their bills” de tal forma que, hoje, é reconhecida a importância que a mediação tem no sistema norte-americano e o apoio a ela dado pelos advogados.

São apontadas algumas vantagens da utilização da mediação pelos advogados:

- a) Uma boa reputação profissional em virtude da satisfação dos clientes;
- b) Maior eficiência na gestão do tempo;
- c) Desafio profissional pela utilização de novas técnicas e competências;
- d) Criatividade na resolução dos conflitos;
- e) Eliminação da tensão inerente aos tribunais;
- f) Satisfação pessoal por oferecer aos clientes a melhor solução para o seu caso;
- g) Melhor conhecimento dos interesses e expectativas dos clientes;
- h) Eliminação do risco de uma decisão desfavorável em tribunal;
- i) Possibilidade de escolher um mediador;
- j) Contribuição para o interesse da comunidade na criação de um sistema de justiça mais eficaz.

Por outro lado, a presença do advogado é essencial ao desenvolvimento correto e sustentado da mediação.

A intervenção na assistência ao cliente é em muito casos fundamental para garantir o seu efetivo interesse e direito. A função mais importante do advogado na mediação é de consulta, independentemente de essa consulta ocorrer antes, durante ou depois da mediação.

Por último, a presença do advogado pode ser importante para controlar a atividade do mediador, do ponto de vista da competência e da deontologia.

Consideramos relevante a ideia de que a mediação necessita da advocacia para se integrar plenamente no sistema de Justiça embora seja natural que haja resistência à mudança.

O advogado pode, ainda, ter formação como mediador e exercer em simultâneo estas duas profissões mas não poderá, porém, ser mediador de casos em que tenha intervenção como advogado ou nos quais haja um conflito de interesses.

BIBLIOGRAFIA

- BISCAIA, Pedro Tenreiro, *O Sistema Tradicional de Justiça e a Mediação Vítima-Agressor: o Papel dos Advogados*, A Introdução da Mediação Vítima-Agressor no Ordenamento Jurídico Português, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 85-94
- BOLIEIRO, Helena/GUERRA, Paulo, *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s), Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009
- CAMPOS, Joana Paixão, *A Conciliação Judicial*, policopiado, 2009, disponível em http://laboratorioral.fd.unl.pt/media/files/A_Concili...pdf (consulta efetuada em 24/04/2014)
- CARVALHO, Jorge Morais, *A Consagração Legal da Mediação em Portugal*, Revista Julgar, n.º 15, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 271-290
- CASTELA, Susana, *Mediação em Processo Tutelar Educativo*, Revista Sub Judice n.º 37, 2007, pp. 93-107
- CORDEIRO, António Menezes, *A Decisão segundo a Equidade*, Revista O Direito, 1990, Ano 122.º, pp. 261-280
- CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar - Limites Materiais dos Acordos e o seu Controlo pelas Autoridades*, Centro de Direito da Família, n.º 25, Coimbra, Coimbra Editora, 2011
- ELKIN, Meyer, *The Missing Links in Divorce Law: A Redefinition Of Process and Practice*, Journal of Divorce, v6 nr. 1-2, Fall-Win 1982, pp. 37-63
- FARINHA, António H.L./LAVADINHO, Conceição, *Mediação Familiar e Responsabilidades Parentais*, Coimbra, Almedina, 1997
- FARINHA, António, *Direito Tutelar de Menores - O Sistema em Mudança, A mediação no processo tutelar educativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- FIALHO, António José Fialho, *Da Abordagem Jurídica da Mediação à expectativa*, Revista Lex Familiae, Ano 8, n.º 14, 2011, pp. 123-137
- FIALHO, António José Fialho, *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 2013 (disponível em http://http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/guia_pratico_divorcio_responsabilidade_s_parentais.pdf - consulta efetuada em 24/04/2014)

- GOUVEIA, Mariana França, *Meios de resolução alternativa de litígios. Negociação, Mediação e Julgados de Paz*, Livro comemorativo dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa - Volume II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 728-758
- GOUVEIA, Mariana França Gouveia, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, Coimbra, Almedina, 2011
- LÚCIO, Álvaro Laborinho, *O Advogado e a Lei Tutelar Educativa*, Revista do Ministério Público n.º 104, outubro/dezembro 2005, pp. 45-77
- MELO, Helena Gomes de/RAPOSO, João Vasconcelos/CARVALHO, Luis Batista/BARGADO, Manuel do Carmo/LEAL, Ana Teresa/D'OLIVEIRA, Felicidade, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição (revista, atualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2010
- PEREIRA, Albertina, *A mediação e a (nova) conciliação*, Resolução Alternativa de Litígios - Coletânea de Textos publicados na Newsletter DGAE, Lisboa, Agora Publicações, 2006, p. 188-196
- PEREIRA, José Alves, *Mediação voluntária, sugerida ou obrigatória ?*, Resolução Alternativa de Litígios - Coletânea de Textos publicados na Newsletter DGAE, Lisboa, Agora Publicações, 2006, p. 151-153
- RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada*, 10.ª edição (atualizada), Lisboa, Quid Juris, 2010
- RAMIÃO, Tomé d'Almeida, *O Divórcio e Questões Conexas - Regime Jurídico Atual*, 3.ª edição (atualizada e aumentada), Lisboa, Quid Juris, 2011
- RIBEIRO, António da Costa Neves, *Processo Civil da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- RIOS, Paula Lucas, *Mediação Familiar: Estudo preliminar para uma regulamentação legal da mediação familiar em Portugal*, Revista On-Line Verbo Jurídico, 2005 (disponível em <http://www.verbojuridico.com/doutrina/familia/mediacaofamiliar.pdf> - consulta efetuada em 24/04/2014)
- SILVA, Paula Costa e, *A Nova Face da Justiça - Os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Lisboa, Coimbra Editora, 2009
- SIMAC, Srdan, *Attorneys and mediation, A Mediação em ação*, Coimbra, Mediarcom/Minerva, 2008, pp. 15-69
- VARGAS, Lúcia Dias, *Julgados de Paz e Mediação - Uma Nova Face da Justiça*, Coimbra, Almedina, 2006
- VEZZULLA, Juan Carlos, *Mediação - Teoria e Prática*, Lisboa, Agora Publicações, 2001

VICENTE, Dário Moura, *A Diretiva sobre a mediação em matéria civil e comercial e a sua transposição para a ordem jurídica portuguesa*, Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação, 2009, pp. 125-148

WILDE, Zulema D./GAIBROIS, Luís M., *O que é a mediação*, Lisboa, Agora Publicações, 2003

António José Fialho

Juiz de Direito

Apresentação em *powerpoint*

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

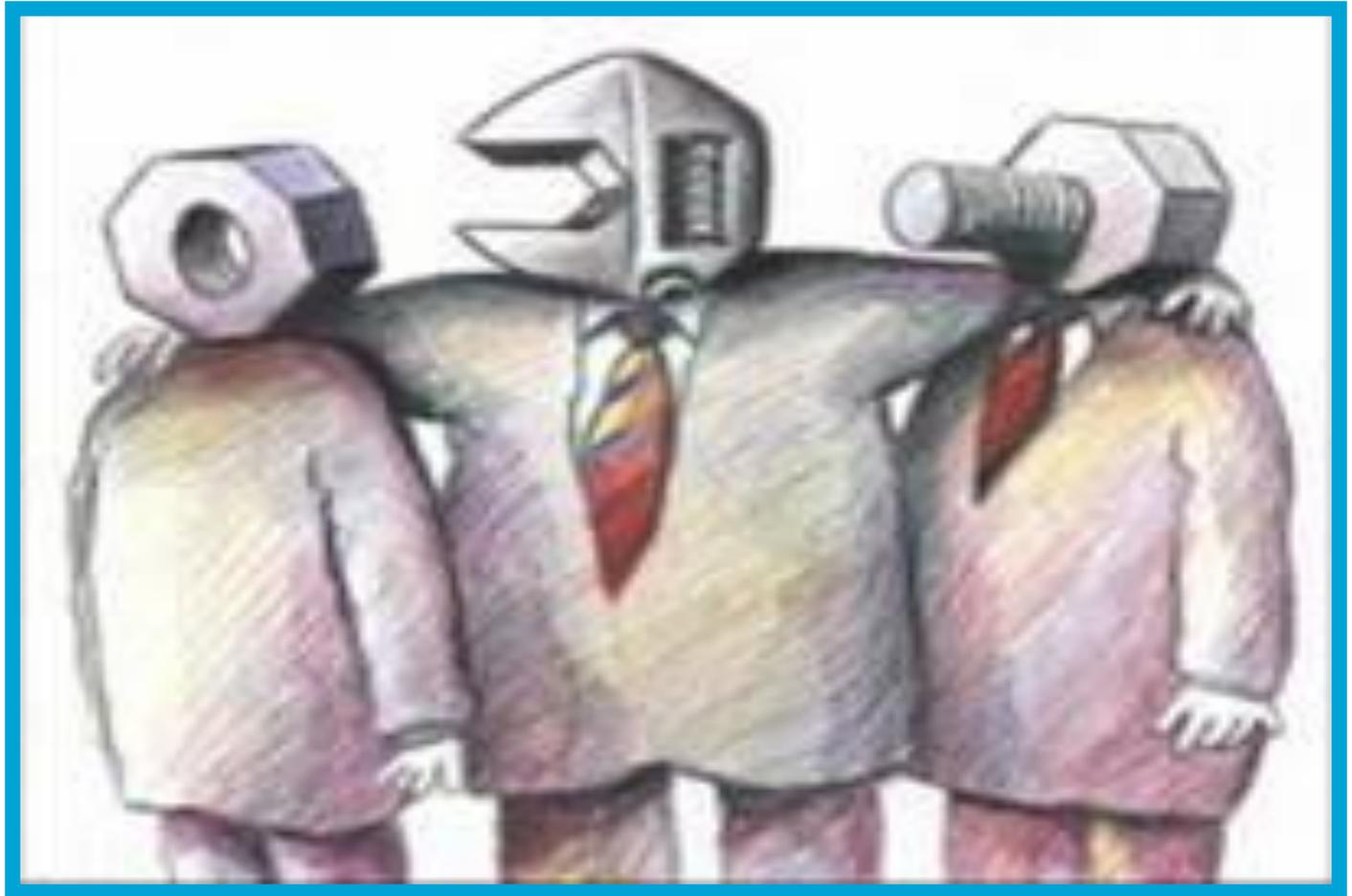
OS PODERES DE CONCILIAÇÃO DO TRIBUNAL EM DIREITO DA FAMÍLIA E DAS CRIANÇAS



ANTÓNIO JOSÉ FIALHO

Lisboa - 3 de Maio de 2013

MODELO PROCESSUAL ORIENTADO PARA A COMPOSIÇÃO DOS INTERESSES



MODELO PROCESSUAL

Artigos 175.º, n.º 1 e 177.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores

Conferência de pais (RERP)

Artigo 182.º, n.º 4 da Organização Tutelar de Menores
Conferência de pais (Alteração RERP)

Artigo 181.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores
Conferência de pais (Incumprimento RERP)

Artigo 158.º, n.º 1, alínea a) da Organização Tutelar de Menores

Tentativa de conciliação no início do julgamento

Artigo 158.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores
Adiamento da audiência por falta da parte ou mandatários

MODELO PROCESSUAL

**Artigos 184.º, n.º 2 da Organização Tutelar de Menores
Conferência de pais (resolução de questão de
particular importância)**

**Artigo 187.º, n.º 1 da Organização Tutelar de Menores
Alimentos devidos a menores**

**Artigo 110.º, alínea b) da Lei de Protecção de Crianças e
Jovens em Perigo**

**Conferência para obtenção de acordo de promoção
e protecção**

Artigo 93.º da Lei Tutelar Educativa

**Audiência preliminar para aplicação de medida
tutelar educativa não institucional**

MODELO PROCESSUAL

Artigos 1407.º, n.º 1 do Código de Processo Civil e 1779.º, n.º 1 do Código Civil

Tentativa de conciliação (Divórcio sem consentimento)

Artigos 1776.º e 1778.º-A do Código Civil

Conferência (Divórcio por mútuo consentimento)

Artigo 1412.º, n.º 1 do Código de Processo Civil

Alimentos a filhos maiores

Artigo 1413.º, n.º 2 do Código de Processo Civil

Tentativa de conciliação (Atribuição do uso da casa de morada de família)

O QUE FAZ O JUIZ PARA A OBTENÇÃO DE ACORDO ?

**A CONCILIAÇÃO JURISDICIONAL É REALIZADA POR
QUEM TEM O PODER DE DECIDIR**

**É NORMALMENTE REALIZADA COM RECURSO A
TÉCNICAS PRÓPRIAS DA MEDIAÇÃO**

BASEIA-SE NAS SEGUINTEs TÉCNICAS:

- . IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA**
- . NOVA FORMULAÇÃO DO PROBLEMA**
- . CONOTAÇÃO POSITIVA DO CONFLITO**
- . CONCENTRAÇÃO POSITIVA NOS INTERESSES**
- . ENCONTRO DE CRITÉRIOS OBJECTIVOS (CLAREZA DA LINGUAGEM)**
- . BUSCA DE OPÇÕES MÚTUAS DE FÁCIL APLICAÇÃO E DE GESTÃO
ÁGIL**

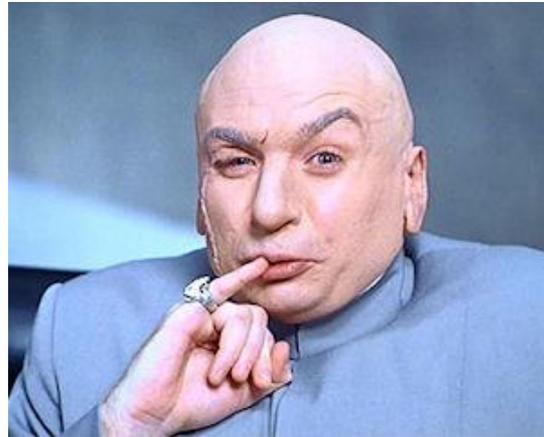
O EXERCÍCIO DA JUSTIÇA PELO ESTADO E OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE LITÍGIOS



MEDIAÇÃO FAMILIAR



VS



PROCESSO JUDICIAL

INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

⇒ Recomendação n.º R (98) do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Mediação Familiar

- **Relações interdependentes que se irão prolongar no tempo**
 - **Litígios familiares num contexto familiar penoso**
 - **Efeitos da separação e do divórcio sobre as crianças**

⇒ Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de Maio de 2008

⇒ Princípios de Direito da Família Europeu Relativos a Responsabilidades Parentais (§ 3.36)

MEDIAÇÃO FAMILIAR

“Processo no qual uma **terceira pessoa imparcial** ajuda os que estão envolvidos numa ruptura familiar, e em especial, casais em vias de separação ou de divórcio, a **comunicar** melhor entre eles e a **atingir de comum acordo** e com base em informação atempada as suas próprias decisões sobre alguma ou todas as questões relativas a separação, divórcio, filhos ou propriedades” (Colégio de Mediadores Familiares do Reino Unido).

MEDIAÇÃO FAMILIAR

“Processo no qual os cônjuges, em instância de divórcio, pedem **voluntariamente** a ajuda de uma terceira **pessoa neutra e qualificada**, para resolver os seus conflitos, de maneira naturalmente aceitável, o que lhes permitirá estabelecer **um acordo durável e equilibrado**, que tomará em linha de conta as **necessidades** de todos os membros da família, especialmente as das crianças” (Meyer Elkin, The Missing Links in Divorce).



PRINCÍPIOS

- PARTICIPAÇÃO VOLUNTÁRIA
- IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR
- CAPACITAR AS PARTES PARA TOMAREM AS SUAS PRÓPRIAS DECISÕES

PRINCÍPIOS

- ATENÇÃO FOCADA NO FUTURO E NÃO NO PASSADO
- MAIOR ÊNFASE NOS INTERESSES COMUNS DO QUE NOS INDIVÍDUOS
- CONSIDERAÇÃO SOBRE TODOS OS INTERESSES ENVOLVIDOS

MEDIAÇÃO FAMILIAR

Artigo 1774.º do Código Civil

(Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro)

Antes do início do processo, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objectivos dos serviços de mediação familiar.

“Should I stay or should I go now

Should I stay or should I go now

If I go there will be trouble

An’ if I stay it will be double

So come on and let me know”

The Clash

MEDIAÇÃO FAMILIAR

**Artigo 447.º-D do Código de Processo Civil
(Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de Fevereiro)**

O autor que, podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso à via judicial, suporta as suas custas de parte, independentemente do resultado da acção, salvo quando a parte contrária tiver inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa de litígios.

**“Tenho maneira de te convencer
Tenho modo e jeito para te prender”
Clã**

MEDIAÇÃO FAMILIAR

Artigo 147.º-D da Organização Tutelar de Menores

Em qualquer estado da causa e sempre que o entenda conveniente, o juiz pode, oficiosamente e com o consentimento dos interessados ou a requerimento destes, determinar a intervenção de serviços públicos ou privados de mediação.



**AUTONOMIA DA VONTADE DOS
INTERESSADOS E A DEFINIÇÃO
CONSENSUAL DOS SEUS
INTERESSES**

**«OS MELHORES “JUÍZES”
DOS INTERESSES DOS
FILHOS DEVEM SER OS
SEUS PAIS»**



**FACILITA A BUSCA DE
SOLUÇÕES CRIATIVAS
ADEQUADAS À SITUAÇÃO
ESPECÍFICA DOS
INTERESSADOS**



**FACILITA A BUSCA DE SOLUÇÕES
PERMITINDO QUE OS MEMBROS
DO CASAL EM FASE DE
SEPARAÇÃO POSSAM
REORGANIZAR A SUA VIDA DA
MELHOR MANEIRA, EM ATENÇÃO
À DINÂMICA FAMILIAR E À
IDIOSSINCRASIA DE CADA UM**

**É que “cada família tem um segredo e esse segredo é o facto de não
ser como as outras famílias”**



**É PROPÍCIA À IDENTIFICAÇÃO
DOS CONCEITOS
INDETERMINADOS DE QUE
DEPENDE A REGULAÇÃO DO
EXERCÍCIO DAS
RESPONSABILIDADES PARENTAIS**

- INTERESSE DA CRIANÇA**
- QUESTÕES DE PARTICULAR IMPORTÂNCIA**
 - ACTOS DA VIDA CORRENTE**
 - ORIENTAÇÕES EDUCATIVAS MAIS RELEVANTES**

O PAPEL DO ADVOGADO



Nem do
direito
de conciliar.

O advogado tem o dever de agir de forma a defender os interesses legítimos do cliente (...) e aconselhar toda a composição que ache justa e equitativa (artigo 95.º, alíneas *a*), e *c*), do Estatuto da Ordem dos Advogados)

O PAPEL DO TRIBUNAL

- O juiz deve acreditar na mediação, sem pré-conceitos ou preconceitos, não obstaculizando ou destruindo a sua implementação
- Perante a sugestão do juiz, a parte não se pode sentir constrangida a aceitar a mediação
- O juiz deve explicar o procedimento, as vantagens e desvantagens e o modo como funciona
- Não deve pressionar de forma abusiva nem deve utilizar a mediação como uma forma de se libertar dos processos
 - A sua preocupação deve estar centrada no esclarecimento dos interessados e na garantia de que há condições mínimas para a realização da mediação



**“Fica sempre um pouco de perfume
Nas mãos que oferecem rosas
Nas mãos que sabem ser generosas”**

**Desembargador Orlando Adão Carvalho
Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Para aceder à videogravação da comunicação, clique nos ícones



NOTA IMPORTANTE:

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador "ARQUIVO GRATUITO".

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Parte V – As responsabilidades parentais no quadro da violência doméstica – a articulação entre os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e o processo criminal

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

As responsabilidades parentais no quadro da violência doméstica – a articulação entre os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais e o processo criminal



Comunicação apresentada na ação de formação “Responsabilidades Parentais”, realizada pelo CEJ no dia 05 de abril de 2013.

[Fernanda Alves]

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Sumário e texto da intervenção

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

O texto que segue, da autoria de Fernanda Alves, Procuradora da República, tem as seguintes ideias-força:

- Caracterização da Unidade contra a Violência Doméstica, Maus Tratos em Menores, Idosos e Pessoas com Deficiência (UCVD) para a investigação dos crimes previstos nos artºs. 152º e 152º A do Código Penal, a funcionar no DIAP de Lisboa – 7ª secção, desde 01-03-2010, na sequência do Provimento da Direcção do DIAP nº 2/2010 de 26-02-2010;
- A importância da implementação do Gabinete de Informação e Atendimento à Vítima – GIAV, nas instalações da referida 7ª secção do DIAP, visando a aplicação do disposto no artº 27º n.ºs. 1 a 3 da Lei 112/2009 de 16 de Setembro;
- Tramitação dos inquéritos na UCVD – as vantagens da criação de uma unidade especializada; a recolha de prova em estreita colaboração com a PSP e a articulação com outras entidades, designadamente nas áreas sociais e de apoio à vítima;
- Ainda no âmbito da tramitação dos Inquéritos por crime de violência doméstica, a necessária adopção de procedimentos conjugados entre a área criminal e a área da família e das crianças nos casos em que estão envolvidas crianças ou jovens, vítimas directas ou indirectas da violência intra-familiar, tendo sempre em vista a salvaguarda do seu superior interesse;
- A articulação dos magistrados da 7ª secção do DIAP de Lisboa com o Tribunal de Família e Menores de Lisboa e com as Comissões de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, em observância das diversas orientações emanadas da Direcção do DIAP, bem como da Circular PGR nº 3/06; da Directiva Conjunta da PGR/CNPCJR e da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa;
- As Directivas Europeias e Convencionais relativas à necessidade de conjugação das decisões em processos diversos quando está em causa o respeito pela defesa dos interesses da criança ou jovem envolvido;
- Caracterização da criança vítima (directa ou indirecta) de violência doméstica;
- As repercussões da violência doméstica na futura regulação das responsabilidades parentais referentes à criança ou jovem e a necessidade de tal situação vir a ser ponderada pelo Tribunal para a não fixação do regime-regra (exercício conjunto), bem como para a fixação de um adequado regime de visitas/contactos entre a criança e o progenitor agressor;
- A importância da formação específica nesta matéria, incluindo as consequências da violência doméstica intra-familiar no desenvolvimento da criança ou jovem, e a

necessidade de permanente colaboração/articulação entre os magistrados e os profissionais ligados ao acompanhamento e protecção das vítimas, nelas se incluindo a criança ou jovem.

AS RESPONSABILIDADES PARENTAIS NO QUADRO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – a articulação entre os processos de RERP e o processo criminal

Fernanda Alves, Procuradora da República no DIAP - Lisboa

Desempenho funções como Procuradora da República no DIAP de Lisboa e desde Março de 2010 que coordeno a secção semi especializada da Violência Doméstica

Começaria por lhes dar conta de como funciona a nossa secção, mais precisamente a Unidade contra o Crime de Violência Doméstica – UCVD e em que consiste a nossa prática judiciária.

Desde 1 de Março de 2010 que funciona no DIAP de Lisboa, mais precisamente na 7ª secção, uma Unidade contra a Violência Doméstica, Maus Tratos em Menores, Idosos e Pessoas com deficiência, com competência para a investigação dos crimes previstos nos art. 152º e 152-A, do Código Penal (Provimento da Direcção do DIAP de Lisboa nº2/2010 de 26.2.2010).

A criação desta unidade teve em consideração e como finalidade:

- proteger célere e eficazmente os direitos das vítimas;
- prevenir, evitar e punir a violência doméstica;
- assegurar a aplicação de medidas de coacção tempestivas e dissuasoras;
- efectivar a acção penal adequada e proporcionada à gravidade das condutas lesivas dos bens jurídicos protegidos; e,
- fomentar modelos de investigação em coordenação com as polícias e com as instituições sociais de apoio às vítimas, com capacidade de resposta em tempo útil.

Foi possível assim, e para além de mais, investir-se na uniformização dos procedimentos, na especialização das técnicas de investigação, obter-se um melhor controlo do tempo de duração de processos e melhorar-se a qualidade da investigação Criminal.

Para tanto, têm contribuído a rede de contactos sociais que se estabeleceu entre o Ministério Público da Unidade e as instituições vocacionadas para o apoio da vítima, as ONGs, Santa Casa da Misericórdia, Segurança Social, o Instituto de Medicina Legal (os exames periciais designadamente os médico-legais são um dos elementos de prova mais importantes, a par com as avaliações psicológicas, e estas visando a identificação das lesões causadas pela

violência psicológica exercida sobre as vítimas, sendo aptas à prova dos maus-tratos psíquicos a que se refere o tipo legal).

Em matéria de psicologia forense e no âmbito do Protocolo com o Instituto Superior de Ciências da Saúde Egas Moniz que o DIAP celebrou, em 29.10.2010, Adenda de 24.10.2011, encontra-se em funcionamento o Gabinete de Informação e Atendimento à Vitima – GIAV, nas instalações da 7ª secção, desde Outubro de 2011, visando a aplicação do disposto no art. 27º, nº1 a 3 da Lei nº 112/2009, de 16 de Setembro (Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica, Protecção e Assistência às suas Vítimas)

Este Gabinete tem como Objectivos Gerais:

A) Proceder a um atendimento adequado às vítimas de crime que necessitem de apoio imediato e/ou avaliação da situação de risco;

B) Desenvolvimento de estudos de cariz científico que permitam expandir os conhecimentos relativos à problemática das vítimas de crime.

Como Objectivos Específicos:

- Atendimento a vítimas directas, indirectas e sinalizadas e comunicadas, relativamente a situações de violência doméstica, maus-tratos e crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.
- Acolher e Informar as vítimas dos seus direitos e deveres.

O GIAV é neste momento composto por quatro estagiários do Instituto Egas Moniz, dois em estágio académico e dois em estágio profissional, os quais de acordo com o protocolo assinado e os objectivos definidos, contribuem activamente para as finalidades de avaliação psicológica das vítimas de violência doméstica, avaliação do risco, atribuição do estatuto de vítima, contribuição para medidas de coacção adequadas contra o autor destes crimes, numa efectiva protecção das vítimas, num processo penal que se pretende mais célere e mais justo.

O GIAV tem vindo a representar um excepcional progresso nas metodologias de abordagem da vítima e avaliação do risco.

A nossa Unidade tem turnos diários que garantem pronta resposta a qualquer hora, nos casos de manifesta gravidade, fazendo o Gabinete o atendimento das vítimas em situação de crise e procedendo ao seu encaminhamento para as instituições de apoio ou para as instituições de saúde, se for o caso.

As situações urgentes são comunicadas à 7ª secção pela PSP, via correio electrónico, registando-se o expediente como Inquérito que é concluído de imediato ao Magistrado titular, com vista à aplicação de medidas de apoio à vítima, recolha de prova e detenção do agressor,

se for o caso, para apresentação ao Tribunal de Instrução Criminal com vista à aplicação de medidas de coação.

Estas podem passar, dependendo da gravidade da situação, pela prisão preventiva do agressor, afastamento do agressor da residência, proibição de contactos com a vítima, com recurso aos meios de controlo à distância, nos termos do Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica, Protecção e Assistência às suas Vítimas (cfr. Lei nº 112/09, de 16 de Setembro).

Para protecção da vítima os magistrados podem recorrer à aplicação da medida de teleassistência e em situações muito graves às "Casa Abrigo" – art. 20º, nº 4 e art. 60º, 63º da Lei nº 112/09, de 16 de Setembro.

Com a criação da UCVD assistiu-se progressivamente a um aumento da sujeição dos agentes do crime (nos casos graves) às medidas de coação mais severas, como a prisão preventiva e à obrigação de permanência na habitação, afastamento da residência e proibição de contactos, com vigilância electrónica, medidas estas que aplicadas em estrita observância do quadro legal, se afiguram como as que melhor protecção conferem às vítimas.

Do ponto de vista da "pedagogia social" (ou prevenção geral) estas medidas constituem importantes "sinais" à sociedade de que o que antes era entendido como um crime menor, hoje é uma conduta merecedora de grande censura.

A concentração dos Inquéritos de violência doméstica nesta Unidade pondo-se assim, termo a uma nefasta dispersão de participações e inquéritos, como acontecia antes, possibilitou um conhecimento mais próximo da realidade que é denunciada, sendo possível rapidamente aos Magistrados, despistar e identificar os casos de reiteração criminosa e reunir num só inquérito, através do mecanismo processual da reabertura ou da incorporação, face ao conhecimentos de novos elementos, todos os episódios de violência ou conflito, criando-se um "histórico" sobre a mesma vítima e agressor.

Por outro lado, também a aproximação às polícias, trabalhamos com a 7ª Esquadra de Investigação Criminal (EIC) da PSP que tem a competência para a investigação dos crimes de Violência Doméstica, mantendo reuniões periódicas, bem como com as entidades com competências nas diferentes áreas sociais e de apoio à vítima, tem permitido eficácia e rapidez na protecção da vítima e na aplicação das medidas de coação.

Como é sabido esta criminalidade apresenta características e especificidades que impõem ao nível da investigação e do tratamento judicial uma outra abordagem, interdisciplinar e articulada entre todos os que se debruçam sobre este fenómeno.

Da nossa experiência, uma das questões que surge como mais problemática neste tipo de crime e que determina o desfecho do inquérito é a recolha de prova.

A prova do cometimento dos factos que integram a prática do crime de violência doméstica é, na maioria dos casos, bastante difícil, dado que o crime ocorre, normalmente, na intimidade do lar, tendo quase sempre como única testemunha a própria vítima e por vezes os filhos.

Daí que a intervenção por parte do Ministério Público e das polícias e nas situações em que a vítima não colabora, tenha de ser "construída à volta do suspeito".

Estes casos reclamam, justamente, ao nível da investigação uma intervenção proactiva, buscando a prova no local, de acordo com o caso concreto, junto de vizinhos, estabelecimentos hospitalares, ou mesmo mediante vigilâncias policiais, sendo necessário um total empenho dos Magistrados e dos órgãos de Polícia criminal para furar a barreira cultural do silêncio.

Por outro lado, este trabalho e, quando estão envolvidas crianças, vítimas directas ou ditas indirectas da violência intra familiar, tem de passar por uma acção conjugada na condução dos diferentes procedimentos e das respectivas decisões, tendo em visto o superior interesse da criança ou do jovem, o que tem determinado a articulação dos magistrados da 7ª secção com o Tribunal de Família e de Menores de Lisboa e com as Comissões de Protecção das Crianças e Jovens em Perigo, fazendo inclusive a ponte entre as Casas Abrigo e o Tribunal de Família e de Menores, nos Processos de Regulação das Responsabilidades Parentais quando se pretende estabelecer o regime de visitas dos menores, e bem assim com as Equipas da Santa Casa da Misericórdia ou Segurança Social.

Aliás, de acordo quer de acordo com as orientações emanadas da Direcção do DIAP, quer da Procuradoria Distrital de Lisboa, os Magistrados do Ministério Público deverão nos casos de violência doméstica ter presente a perspectiva integrada e holística que enforma o IV Plano Nacional contra a Violência Doméstica e o Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica, Protecção e Assistência às suas Vítimas – Lei nº 112/09, de 16 de Setembro e como boa metodologia de intervenção nesta área, estabelecer entre si estreita articulação, sempre que sejam instaurados múltiplos processos, de distinta natureza, valorizando a avaliação de risco, os relatórios e as informações das instituições de apoio à vítima nomeadamente os das “Casas Abrigo”, recorrendo ao apoio técnico adequado e necessário ao conhecimento das circunstâncias de vida da vítima.

Neste sentido:

- *vide* Informação nº 1/2006 de 19.01.2006, da Direcção do DIAP de Lisboa – Tópicos sobre a Direcção do Inquérito nos casos de Violência Doméstica; Provimento nº 6/2009 de 16.01.2009, da Direcção do DIAP sobre articulação com o Tribunal de Família e de Menores de Lisboa que obriga os Magistrados titulares dos Inquéritos, nos casos de ser decretado o afastamento do agressor da casa de morada de família ou decretada medida de coação de proibição de contactos entre os progenitores, a comunicar tal decisão imediatamente ao Ministério Público junto do Tribunal de Família, para alteração ou instauração do processo da regulação do exercício das responsabilidades parentais, designadamente no que concerne ao regime de visitas e alimentos.
- Também a Recomendação 4/2012 da PGD de Lisboa de 16 de Maio, publicada no SIMP e que sintetiza o conteúdo da reunião de 20 de Abril de 2012, da Rede de Magistrados da área de Família e de Menores e que corporiza a orientação da PGD nesta matéria;
- Despacho nº 19/2009 da PGD de Lisboa que contempla procedimentos de registo e sequência de Inquéritos crime em matéria de Violência Doméstica e de Articulação com a área de Família e de Menores, padronizados para o Ministério Público, designadamente nos pontos 9 e 18.
- Despacho nº 41/2009 de 11 de Fevereiro de 2009 da PGD de Lisboa – Apontamento de Boas Práticas e outras notas úteis sobre Violência Doméstica.

Assim, em caso de instauração/pendência de processo-crime em que se denuncie, indicie a ocorrência de situação de perigo a que esteja/tenha estado exposta criança – tal como o conceito de “perigo” surge caracterizado no artº 3º da Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo – Lei nº 147/99 de 19 de Setembro (LPCJP), ou em que exista o fundado receio de se verificar tal exposição, nomeadamente, nos casos de violência doméstica interparental -, de imediato o Magistrado do Ministério Público titular do processo-crime efectua a correspondente comunicação simultânea à C.P.C.J. da área da residência da criança - à qual cabe, em razão das regras de competência territorial, a instauração de processo de promoção e protecção, nos termos do disposto no art. 79º, nº.1 da LPCJP - e ao respectivo magistrado interlocutor no Tribunal de Família e de Menores.

A este magistrado interlocutor, em obediência ao ponto 5.4 da Circular PGR nº3/06 e ao ponto 3.4 da Directiva Conjunta da PGR/CNPCJ, impõe-se o dever de interagir com o magistrado titular do inquérito, tendo em vista avaliar a adequação das medidas de protecção e, bem assim, o dever de garantir uma rápida articulação no domínio da promoção e protecção

e no âmbito penal, e constituindo sua atribuição apreciar a legalidade e adequação das decisões das CPCJ, e fazer o concreto acompanhamento que a natureza do caso exija, nos termos do art. 72º nº.2 da L.P.C.J.P.,

Nestes casos de violência doméstica com crianças, os magistrados titulares dos inquéritos-crime deverão informar pelo meio mais expedito as CPCJ e ou os magistrados competentes da jurisdição de família e menores do decretamento (e da revogação) de quaisquer medidas de coação que ocorram no âmbito dos processos-crime.

A articulação entre estas duas jurisdições é fundamental para salvaguardar o Superior Interesse da Criança, quer seja nos processos de Promoção e Protecção quer seja nos processos de Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais.

Com efeito, diversos estudos e várias Directivas Europeias, nomeadamente do Comité Económico e Social Europeu - vide Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witness of Crime –ECOSOC Resolution 2005/200F22 July 2005; Recomendação Rec (2002)5 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre a protecção das mulheres contra a violência; Parecer do Comité Económico e Social sobre “Crianças – Vítimas indirectas de Violência Doméstica “ (2006/C325/15) chamam a atenção para a situação das crianças vítimas indirectas de violência doméstica e exortam os países europeus a adoptarem medidas de protecção e assistência às crianças vítimas indirectas de violência doméstica.

Também a Convenção de Istambul de 11 de Maio de 2011, aprovada por Portugal em 14 de Dezembro de 2012, exorta os estados membros e outros signatários, a adoptar medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para proteger o direito de cada pessoa e, em especial das mulheres, de viver sem violência tanto na esfera pública como na esfera privada – vide art. 4º, 9º, 18º, 23º, 26º, 31º, 45º, nº2, 2º alíneas.

E relativamente às crianças, no superior interesse destas, recomenda que nas decisões a proferir pelos Tribunais sobre a Regulação das Responsabilidades Parentais, nomeadamente sobre a residência do menor, direitos de guarda e de visitas, sejam tidos em consideração os episódios de violência intra familiar anteriores (art. 31º)

Como todos sabemos, infelizmente, o espaço familiar é o espaço privilegiado da violência contra crianças.

A família fonte de crescimento e de enriquecimento pessoal pode também conduzir à disfuncionalidade, afectando todos os elementos que dela fazem parte e muito particularmente a criança que se torna vítima directa ou indirecta por vivenciar as relações de agressão/conflictualidade dos seus membros.

Aqui as crianças podem tornar-se mais facilmente vítimas e testemunhas de violência, vítimas de violência perpetrada por adultos e testemunhas de violência entre adultos.

No entanto, enquanto a violência directa contra crianças no seio da família ou no meio social que as rodeia (violência física, sexual ou psicológica, abandono ou tratamento negligente) é reconhecida como um grave problema, quer a nível europeu quer a nível nacional, e é considerada uma das mais graves violações dos direitos das crianças, o que motivou uma mudança positiva na prevenção e na luta contra esta forma de violência, no que concerne à violência indirecta que também vitimiza as crianças, ainda há uma subestimação deste problema.

A violência doméstica na conjugalidade, entendida como a violência entre parceiros (ou marido e mulher), é regra geral, perpetrada por homens contra as mulheres.

Em termos percentuais teremos 97,8% de mulheres vítimas contra 2,2% de homens.

Como exemplo refiro a distribuição dos Inq.de Violência Doméstica do dia 3 de Abril transacto na 7ª secção do DIAP de Lisboa.

Em dezoito (18) dos Inquéritos distribuídos, existem dezassete (17) vítimas mulheres. E, em oito (8) desses inquéritos existem crianças que presenciaram a violência, sendo que em duas (2) situações, as crianças foram também vítimas directas da violência. E, em dois (2) inquéritos havia já separação de facto dos progenitores.

Como se vê, na sua maioria as vítimas são mulheres e são mães. E inevitavelmente, os filhos de ambos (vítima e agressor) estão envolvidos no meio desta violência, de forma directa ou indirecta.

Na maioria dos casos, quando as mulheres são agredidas pelo parceiro ou marido, os filhos ouvem ou presenciam estes episódios de violência.

A Violência perpetrada contra a mãe é uma forma de violência contra a criança.

As crianças que presenciam as situações de violência doméstica e assistem aos maus-tratos infligidos à mãe pelo próprio pai, pelo padrasto ou pelo companheiro da mãe são também sempre vítimas de violência psíquica.

Mesmo que a violência doméstica não seja exercida directamente sobre as crianças, estas sofrem sempre com os maus-tratos infligidos à mãe.

Frequentemente, os homens que maltratam as mulheres ou parceiras também agredem os filhos.

Sendo que as mulheres vítimas de violência podem também, por vezes, por efeito da banalização da violência que sofrem, face às suas circunstâncias de vida, em

permanentemente exposição às agressões do marido ou parceiro, perpetrar, por sua vez, violências contra as crianças e não cuidarem ou protegerem os filhos.

A violência doméstica é, portanto, uma situação que afecta profundamente a vida das mulheres e que coloca as crianças em perigo e põe em causa o seu bem-estar.

Crescer num ambiente de violência física e psicológica pode ter efeitos graves sobre as crianças.

Crianças de tenra idade que assistem às agressões do próprio pai, do padrasto ou do companheiro da mãe e à impotência desta em fazer cessar as agressões, sentem-se desamparadas e indefesas e, por vezes, até Culpadas.

Muitas vezes tentam Intervir para proteger a mãe, acabando também elas por ser maltratadas.

Esta temática tem sido objecto de vários estudos, e sabe-se e os efeitos da violência variam de criança para criança e que de forma altamente negativa, prejudicam o seu bem-estar e o seu comportamento.

Os autores referem como os factores que mais afectam as crianças os seguintes:

- atmosfera permanente de ameaça,
- imprevisibilidade de novas agressões;
- ansiedade de que algo possa acontecer à mãe, sentimento de impotência perante a situação que estão a viver;
- isolamento social por não quererem romper o silêncio sobre a violência,
- conflitos de lealdade em relação aos pais, conflitos na relação pais-filhos.

Por tudo isto, as crianças podem ter problemas gravíssimos e desenvolver comportamentos desviantes: sintomas psicossomáticos e transtornos psíquicos como baixa auto-estima, de sono, desempenho escolar deficiente, irrequietação, distúrbios reacções de medo e agressividade e até pensamentos de suicídio.

Recordo o caso de uma menor de 13 anos, cuja mãe era agredida pelo pai, que deixou impresso num diário o seu permanente estado de ansiedade e até a ideação suicida. A menor faleceu vítima de uma pneumonia num hospital de Lisboa.

Quando os agressores maltratam não só a mulher ou parceira, mas também os filhos, os sintomas de um desenvolvimento desequilibrado e os distúrbios psíquicos podem agravar-se.

Viver num ambiente de violência doméstica pode também influenciar a ideia que se tem de violência e dispor as crianças a comportamentos agressivos.

A chamada espiral de violência pode conduzir a que os rapazes assumam o papel de agressor e as raparigas o papel de vítima, o que aumenta o risco de eles próprios, em idade adulta, tomarem-se também agressores e vítimas da violência.

Para já não falar nos efeitos gravíssimos nas crianças que testemunharam a morte da mãe às mãos do marido ou parceiro.

E se durante muito tempo, a importância destes efeitos foi subestimada, nos últimos anos, tem-se assistido a um debate em torno desta problemática, que é sentida como um problema que urge combater.

Daí que todas as directivas europeias vão no sentido de os estados promoverem medidas necessárias para garantir o desenvolvimento adequado das crianças, melhorar a cooperação entre a protecção às crianças e a protecção às mulheres e exortam a que os Tribunais tomem em consideração a dinâmica da violência doméstica nas decisões que regem o direito de custódia e visita das crianças.

A separação do casal pode não significar o fim das ameaças e dos maus-tratos, uma vez que as regras sobre direitos de visita e custódia podem obrigar a mulher-vítima a manter contactos com o agressor, correndo ela própria e os seus filhos novos riscos de agressões.

À semelhança de maioria dos estados membros da União Europeia, a Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais em Portugal orienta-se pelo princípio de que ambos os pais, mesmo após a separação, têm uma responsabilidade comum na educação e desenvolvimento dos filhos e pela ideia, do ponto de vista da criança, de que estas têm o direito de manter o contacto com os seus progenitores vide art. 1906º nº 1 do Código Civil.

Mas, que fazer, nos casos de violência doméstica, em que o agressor viola, duradoura e continuamente, os direitos do cônjuge/parceiro e dos filhos infligindo-lhes maus-tratos físicos e psíquicos?

Quanto a nós, deixa de haver condições para o exercício em comum do poder paternal, devendo o tribunal determinar através de decisão fundamentada que essas responsabilidades sejam exercidas apenas por um dos progenitores. – Art. 1906º nº 2 do Civil..

Quer isto dizer que o par não tem a noção de respeito e responsabilidade, nem capacidade de separar o conflito entre ambos, enquanto homem e mulher, da relação que mantêm com a criança, enquanto pais.

Por estes motivos, o Tribunal deverá repensar o regime do exercício das responsabilidades parentais e dar maior atenção ao factor perigosidade, um aspecto característico da violência doméstica, e, sobretudo ter em conta que há altas probabilidades de as agressões continuarem mesmo após a separação.

A protecção e a segurança das mulheres e das crianças têm de ser elementos determinantes da decisão.

Presumindo a nossa lei ser do interesse da criança a manutenção de contactos com o progenitor a quem não foi confiada, também na decisão sobre os direitos de visita do progenitor com quem a criança não reside há que fazer uma ponderação entre os bens jurídicos (protecção e apoio às mulheres e protecção e bem-estar das crianças) e os direitos dos pais agressores e nesta circunstância a primazia deve caber à protecção contra a violência em detrimento do direito da manutenção dos contactos com o outro progenitor.

Verifica-se que em muitas decisões, os tribunais ao decidirem sobre a regulação das responsabilidades parentais e sobre o direito de visita, e a não ser que haja violência directa sobre as crianças, ignoram ou tratam a violência doméstica como uma conduta do passado irrelevante.

Ao minimizar, desconsiderar este problema, o Tribunal falha por não reconhecer o poder significativo da violência nos relacionamentos íntimos, que pode não só inibir a capacidade da vítima para denunciar o seu caso, como pode também causar graves danos psicológicos na criança.

Todos sabemos que a violência não acaba com o divórcio.

É comum o agressor depois da separação ou divórcio continuar a tentar atingir a sua ex-mulher através de telefonemas abusivos, utilizar a criança para obter informação, criando instabilidade, não respeitando os horários ou locais de entrega da criança previamente designados ou recorrentemente, tentando alterar o regime de visitas decidido judicialmente.

Os tribunais devem estar atentos ao problema da violência doméstica, reconhecer qual o seu papel na segurança das crianças e ponderar muito bem antes de decidirem sobre o exercício das responsabilidades parentais ou sobre as visitas.

Nestes casos de disputa jurídica em que existe violência entre o casal, e apesar de o nosso Código Civil não excluir o direito de visita nestas situações, e optando o Tribunal pela manutenção dos contactos, e mesmo nas situações em que é a própria criança que manifesta o desejo de ter contactos com o progenitor, estes contactos, nas situações mais graves, deverão ser supervisionados por equipas especializadas.

Os profissionais da área da psicologia podem ter um papel muito importante na explicação ao Tribunal das dinâmicas da violência familiar e do impacto do abuso na capacidade parental e ao nível do bem-estar psicológico e emocional da criança.

Todos os autores (entre muitos, Culross, 1999; Groves, 1999; Office for Victims of Crime, 1999; Saathoff & Stoffel, 1999; Wolfe & Jaffe, 1999, Burrington, 1999; Sudermann &

Jaffe, 1999, Cummings & Davies, 1994; Margolin, 1998, Sani, 2002, Sani & Gonçalves, 2000, Monteiro, F.J., - Mulheres agredidas pelos Maridos, SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal*, 2.ª Edição, Porto, Universidade Católica, 2003; SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício do Poder Paternal nos casos de Divórcio*, Coimbra, Almedina, 4.ª edição) que se debruçam sobre esta matéria são consensuais no sentido que é importante que os operadores da justiça recebam formação específica sobre esta problemática e sobre o impacto da violência intra familiar na criança, por forma a que saibam identificar e reconhecer as necessidades de desenvolvimento destas crianças e assegurar-lhes se necessário, um tratamento sensível no decurso do processo judicial.

Sendo igualmente importante a articulação com técnicos sociais, serviços de protecção à criança que estejam envolvidas no caso e a trabalhar na área da violência doméstica para assegurar informações precisas e completas para garantir a protecção adequada destas crianças, suporte à mulher agredida e tratamento e sanções para o agressor.

Nota Final

Da experiência colhida resulta que apenas se logrará uma resposta eficaz e profícua, se todas as entidades que estão no terreno trabalharem de forma articulada e complementar.

**Título: A Tutela Cível do Superior Interesse da
Criança – Tomo II**

Ano de Publicação: 2014

ISBN: 978-972-9122-79-8 (Obra completa)

ISBN: 978-972-9122-81-1 (Tomo II)

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt