

Joana Salazar Gomes

**O SUPERIOR INTERESSE  
DA CRIANÇA E AS  
NOVAS FORMAS DE GUARDA**

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA  
Lisboa 2017

## Prefácio

Joana Salazar Gomes procede, neste trabalho, *O Superior Interesse da Criança e as Novas Formas de Guarda*, a uma análise da evolução histórica dos critérios de decisão da guarda de crianças e das formas de exercício das responsabilidades parentais, nos casos de separação ou divórcio dos pais.

Enquadrar as questões jurídicas na história, como demonstra o trabalho da autora, permite uma compreensão mais profunda e completa dos institutos jurídicos e evita o perigo de os juristas aderirem a “modas” provenientes de teses sem carácter científico, emergentes da tutela de interesses estranhos àqueles que as normas jurídicas pretendem proteger.

Durante milénios de história, e até à reforma de 1977, era negada às mulheres casadas a capacidade jurídica plena e a igualdade de direitos, num contexto jurídico em que a família era hierarquizada em função do género e da idade: o marido era o chefe da família e as crianças eram “propriedade” do pai, que exercia o poder paternal de forma discricionária e unilateral. Uma das capacidades jurídicas limitada pela lei às mulheres era a capacidade para exercer as responsabilidades e tomar decisões em relação aos filhos que criavam. No plano jurídico, as mães tinham apenas o direito de ser consultadas em relação às questões da vida, da educação e saúde dos filhos de quem cuidavam no dia a dia, mas quem detinha todos os poderes de decisão era o pai, chefe da família. Em termos históricos, a Reforma de 1977, fazendo coincidir a guarda da criança com o exercício das responsabilidades parentais, permitiu às mães, as figuras de referência ou de vinculação das crianças, adquirir o exercício efetivo dos seus direitos à educação e à proteção dos filhos.

O recente movimento de defesa da residência alternada da criança e do exercício conjunto das responsabilidades parentais depois do divórcio, na vertente de aplicação generalizada e imperativa das novas formas de

guarda, não tem qualquer base científica nos estudos empíricos sobre o tema e recusa um papel efetivo aos direitos e interesses das crianças, bem como à sua autodeterminação e necessidades específicas, de acordo com a fase de desenvolvimento em que se encontram.

Nos casos de famílias com histórias de violência doméstica – a grande fatia daquelas que se encontram em litígios em torno da guarda das crianças – a chamada “guarda partilhada”, que implica a dupla residência da criança de acordo com um ritmo de alternância, causa danos psíquicos graves às crianças e nega às suas mães o direito fundamental à proteção dos seus filhos, que são crianças em perigo, nos termos do artigo 3.º da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, porque sujeitas a comportamentos que afetam a sua segurança e o seu equilíbrio emocional. A violência doméstica continua depois da separação e os agressores usam os processos judiciais para perseguirem as suas vítimas. Os filhos, mesmo que não sejam vítimas diretas dessa violência, sofreram e continuam a sofrer sequelas psicológicas em virtude de assistirem à violência. Mesmo no sistema em que a mãe detém o poder de fixar a residência da criança junto de si e o pai um direito ao convívio com a criança, a mãe, vítima de violência doméstica, é punida com a perda da guarda e objeto de um processo-crime por subtração de menores, quando os filhos recusam o convívio com o progenitor, indiciado por violência doméstica, e o regime de visitas acordado ou estipulado pelo tribunal não é cumprido.

Foi esta uma das situações, comum à realidade social e judiciária do mundo ocidental, que o Conselho da Europa quis resolver com a Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul) e que marcou as mais recentes reformas legislativas em Portugal, no direito da família e no direito penal. Mas a lei é apenas uma pequena peça do sistema, que só por si não muda as práticas de um sistema que, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, tem tratado a violência doméstica como um mero conflito e não como um crime de efeitos traumáticos para as suas vítimas, carecidas de proteção e segurança para poderem recuperar e refazer as suas vidas.

Para que os objetivos do legislador sejam realizados, os profissionais que lidam com as famílias, no momento da separação ou do divórcio, incluindo juízes e procuradores dos tribunais de família, bem como advogados, devem obter formação especializada e ter experiência profissional anterior de contacto com vítimas de violência doméstica.

A autora tem em conta a realidade concreta da vida das crianças e a prática judiciária, não caindo em juízos abstratos e em estereótipos sociais ou crenças. Denuncia também a falta de cientificidade das teses que promovem a imposição da guarda partilhada ou alternada e que se baseiam num número reduzido de casos e nas impressões pessoais dos seus autores, sem assentar em amostras representativas da população em geral e em critérios objetivos e neutros de apreciação.

O Direito da Família e das Crianças foi sempre um ramo do direito permeável às ideologias patriarcais, inscritas na lei ou meramente implícitas, sobrevivendo e adquirindo novas formas através do poder dos costumes e das crenças, como sucede hoje na era da igualdade de género e das sociedades democráticas.

A autora tem consciência de todas estas forças conservadoras que, sob a capa da igualdade parental, pretendem apenas usar as crianças como instrumento de poder, desconsiderando as suas necessidades e capacidades de avaliação, vendo-as, afinal, como propriedade do pai, “chefe da família”, atingindo-se, nas decisões judiciais, por vezes o extremo de as crianças serem confiadas à guarda de pais condenados por crime de violência doméstica ou indiciados por abuso sexual, ou, ainda, obrigadas a regimes de visitas que não desejam, receando pela sua própria segurança.

Por isso, o seu trabalho, denunciando o perigo da adesão acrítica às modas e à *Junk Science* que circula nestes temas, será um importante auxílio à prática judiciária e a todos aqueles que queiram compreender a complexidade da questão da regulação das responsabilidades parentais.

*Maria Clara Sottomayor*  
Juíza do Tribunal Constitucional

# Índice

PREFÁCIO	7
<i>Maria Clara Sottomayor</i>	
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I	
Período anterior ao Código Civil de 1867	13
CAPÍTULO II	
Código Civil Português de 1867 a 1910	22
CAPÍTULO III	
A Primeira República	37
CAPÍTULO IV	
Código Civil de 1966: O Interesse da Criança	53
CAPÍTULO V	
O Interesse da Criança na Jurisprudência	66
CAPÍTULO VI	
O Exercício Comum das Responsabilidades Parentais e a Guarda Conjunta ou Partilhada	72
CAPÍTULO VII	
Regra do Exercício Comum das Responsabilidades Parentais e as Novas Formas de Guarda: Crítica	94
CONCLUSÃO	103
BIBLIOGRAFIA	111