



# OFICINA DO CES

**ces**

Centro de Estudos Sociais  
Laboratório Associado  
Universidade de Coimbra

**PAULA CASALEIRO**

**A REGULAÇÃO JUDICIAL DAS RESPONSABILIDADES  
PARENTAIS: DIREITO E CIÊNCIA EM (INTER)AÇÃO**

**Novembro de 2013  
Oficina n.º 406**

**Paula Casaleiro**

**A regulação judicial das responsabilidades parentais:  
Direito e ciência em (inter)ação**

**Oficina do CES n.º 406  
Novembro de 2013**

**OFICINA DO CES**

**ISSN 2182-7966**

Publicação seriada do

**Centro de Estudos Sociais**

Praça D. Dinis

Colégio de S. Jerónimo, Coimbra

**Correspondência:**

Apartado 3087

3000-995 COIMBRA, Portugal

**Paula Casaleiro\***

Centro de Estudos Sociais

Faculdades de Economia e de Direito da Universidade de Coimbra

## **A regulação judicial das responsabilidades parentais:**

### **Direito e ciência em (inter)ação**

**Resumo:** As transformações do regime de regulação das responsabilidades parentais, como a adoção de critérios legais indeterminados, e a entrada em vigor da Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, que introduziu a assessoria técnica complementar, estreitaram a relação do direito e da justiça de família e das crianças com outros saberes, como o serviço social, a medicina ou a psicologia. No presente artigo analisar-se-á o regime de regulação judicial das responsabilidades parentais e a sua aplicação prática, em Portugal, à luz dos conceitos propostos pelos estudos sociojurídicos sobre a relação entre o direito e a ciência, como *trading zone*, isomorfismo e *boundary work* (Costa e Nunes, 2001; Jasanoff, 1996; Santos, 2000).

**Palavras-chave:** regulação das responsabilidades parentais; direito da família e das crianças; decisão judicial; inquéritos sociais; exames médicos e psicológicos.

## **Introdução**

Primeiro entretiveram-me as especulações metafísicas, as ideias científicas depois. Atraíram-me finalmente as [...] sociológicas. Mas em nenhum destes estádios da minha busca da verdade encontrei segurança e alívio. Pouco lia, em qualquer das preocupações. Mas no pouco que lia tantas teorias me cansava ver, contraditórias, igualmente assentes em razões desenvolvidas, todas elas igualmente prováveis e de acordo com uma certa escolha de factos que tinha sempre o ar de ser os factos todos. Se erguia dos livros os meus olhos cansados, ou se dos meus pensamentos desviava para o mundo exterior a minha perturbada atenção, só uma coisa eu via, desmentindo-me toda a utilidade de ler e pensar, arrancando-me uma a uma todas as pétalas da ideia do esforço: a infinita complexidade das coisas, a imensa soma [...], a prolixa inatingibilidade dos próprios poucos factos que se poderiam conceber precisos para o levantamento de uma ciência.

Bernardo Soares<sup>1</sup> (Fernando Pessoa)

A relação entre o direito e outros saberes, designadamente a ciência, não é nova e surge como uma preocupação dos estudos sociojurídicos, desde o século XX, que a tem

---

\* Investigadora júnior do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Doutoranda do Programa de Doutoramento “Direito, justiça e cidadania no século XXI” (2012/2013) e bolsreira de doutoramento da Fundação para a Ciência e a Tecnologia (FCT).

<sup>1</sup> Poema “Fragmentos de uma autobiografia” da fase decadentista, segundo António Quadros (org.), in Livro do Desassossego, por Bernardo Soares, Vol I. Fernando Pessoa. Mem Martins: Europa-América, 1986.

caracterizado como um duplo processo de demarcação entre o científico e o judicial e de isomorfismo da ciência e do direito (Costa *et al.*, 2002). O regime português de regulação das responsabilidades parentais prevê a possibilidade de os juízes requisitarem a realização de inquéritos sociais e exames médicos e psicológicos para apoiarem a sua decisão (Bolieiro e Guerra, 2009). Esta relação do direito e da justiça de família e das crianças, na aplicação prática do regime de regulação das responsabilidades parentais, com outros saberes, como o serviço social, a medicina ou a psicologia, estreitou-se, nos últimos anos, com a adoção de critérios legais indeterminados e *gender neutral*, como o superior interesse da criança (Fineman, 1988; Kruk, 2011). Contudo, os estudos sobre a relação entre a justiça e outros saberes são escassos em Portugal e ignoram os processos de regulação das responsabilidades parentais.

Assim, é importante compreender como agem e interagem os diferentes saberes e os seus atores nas decisões judiciais de regulação judicial das responsabilidades parentais. Partindo da conceção do direito e da justiça da família e das crianças e, em particular, da regulação judicial das responsabilidades parentais enquanto campos interdisciplinares (Bolieiro e Guerra, 2009), é objetivo deste texto analisar a regulação judicial das responsabilidades parentais, à luz dos conceitos propostos pelos estudos sociojurídicos sobre a relação entre o direito e a ciência, designadamente o de *trading zone*, isomorfismo e *boundary work* (Costa e Nunes, 2001; Jasanoff, 1996; Santos, 2000). Neste sentido, far-se-á, num primeiro momento, o estado da arte dos estudos sociojurídicos sobre a relação entre o direito e a ciência, atentando sempre que possível ao caso concreto da regulação das responsabilidades parentais. Em seguida apresentar-se-á, sumariamente, o enquadramento jurídico da participação de outros saberes nos processos de regulação das responsabilidades parentais. Por fim, analisar-se-ão cinco acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa sobre regulação das responsabilidades parentais, à luz dos conceitos referidos.

### **1. A prática judiciária na ponte entre o direito e outros saberes: estado da arte**

A história da constituição e das transformações do direito moderno tem sido acompanhada por tentativas recorrentes de pensar as suas relações com outra das instituições centrais da modernidade, a ciência (Costa e Nunes, 2001). Essas relações têm conhecido diferentes manifestações, que vão da tentativa de constituir o próprio direito numa ciência positiva, à imagem das ciências da natureza que emergiram no

século XIX, à apropriação, pelas ciências, de procedimentos de apresentação e avaliação dos resultados de investigação científica segundo o modelo de avaliação de provas e de deliberação próprios dos tribunais, passando pelas tentativas de utilizar meios de investigação desenvolvidos pelas ciências para reduzir a incerteza e a subjetividade que, alegadamente, afetariam negativamente a qualidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, estariam na origem de injustiças e de erros judiciários (Costa e Nunes, 2001; Machado, 2007).

Em Portugal, a relação do direito (da família e) das crianças com outros saberes remonta ao início do século XX com a instauração da República e a publicação da Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 1911. A referida Lei cria as Tutorias de Infância, tribunais coletivos, compostos por um juiz de direito da comarca, que presidia a Tutoria, e dois vogais, com o título de juízes adjuntos: o primeiro juiz adjunto seria o médico especial e privativo da respetiva tutoria e refúgio (em Lisboa, Porto e Coimbra) ou o delegado ou subdelegado de saúde e, o segundo juiz adjunto, um professor do liceu da localidade. Durante o Estado Novo as Tutorias de Infância deram lugar aos Tribunais Tutelares de Menores,<sup>2</sup> que passaram a ser compostos apenas pelo juiz de direito, assessorado por assistentes ou auxiliares sociais.

Nos últimos anos, com as transformações ao regime de regulação das responsabilidades parentais, designadamente, a adoção de critérios legais indeterminados e *gender neutral*, como o superior interesse da criança, e a entrada em vigor da Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, que introduz, nos termos do artigo 147.º-C, da OTM, a assessoria técnica complementar, verificou-se um estreitamento da relação/dependência do direito e da justiça de família e das crianças, na sua aplicação prática, com outros saberes, como o serviço social, a medicina ou a psicologia (Fineman, 1988; Kruk, 2011). Esta mutação coincide com o centramento das políticas públicas do final do século XX e início do século XXI nas crianças e nos seus direitos como uma preocupação prioritária (Commaille, 2004),<sup>3</sup> dando-se primazia jurídica, nos termos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, nas suas relações com a família e a sociedade, ao interesse superior da criança (Pedroso, 2013).

---

<sup>2</sup> Através da aprovação da primeira versão da Organização Tutelar de Menores (OTM), pelo Decreto 44 288, de 20 de abril de 1962.

<sup>3</sup> Esta prioridade reflete-se na disseminação acentuada dos direitos da criança e na publicação de convenções internacionais e de leis, em cada Estado, de promoção dos direitos e proteção das crianças em situação de risco. O Estado, para promover os direitos das crianças e as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção, e apela à parceria com a comunidade (ONGs ou Comissões de Proteção de crianças e jovens) e com outros saberes.

Pese embora a presença de peritos nos tribunais ser já um fenómeno secular, remontando ao longínquo século XVI, e as interações entre o direito e a ciência articularem duas instituições centrais da modernidade de ampla visibilidade social, o interesse das ciências sociais por esse fenómeno é, curiosamente, relativamente recente (Jasanoff, 1996; Machado, 2007). A atenção dos cientistas sociais, juristas e cientistas pelos modos de interação entre o direito e a ciência, apesar da importância social tanto do direito como da ciência – enquanto dois modos de conhecimento e de ação hegemónicos nas sociedades ocidentais (Santos, 2000) –, só se manifestou de modo mais claro, de acordo com Machado (2007), na década de 80 do século XX, especialmente focando casos judiciais que envolviam alegados impactos negativos no ambiente e na saúde das populações causados por agentes químicos intoxicantes.

Em Portugal, no início deste século cruzam-se duas tendências: por um lado, um aumento gradual das situações de rutura familiar e da (consequente) demanda dos tribunais no que toca à regulação das responsabilidades parentais (Pedroso *et al.*, 2012); por outro, a crescente preocupação com o bem-estar das crianças e as transformações legislativas (lei n.º61/2008 de 31 de outubro) que promovem a construção da igualdade de género, designadamente com a adoção legal de critérios *gender neutral* e indeterminados, levam a que, na prática dos tribunais, os juízes solicitem mais frequentemente o contributo de outras disciplinas nas decisões judiciais (Kruk, 2011). Simultaneamente, o carácter interdisciplinar da regulação das responsabilidades parentais tem ganho visibilidade mediática e académica, ainda que continuem a não existir estudos em Portugal sobre esta temática.

Os estudos sociais da ciência têm recorrido aos conceitos de “zona de transação” (*trading zone*) e de “fronteira” (*boundary work*) para descrever as condições ou modalidades de diálogo e de negociação entre diferentes práticas e modos de conhecimento (Costa e Nunes, 2001: 114). No que se refere à relação entre o direito e a ciência, estes concluem que existem tanto continuidades como descontinuidades entre o mundo social da ciência e o mundo social do direito, que produzem “zonas de transação” (*trading zones*) – enquanto espaços de fronteira, onde as formas de conhecimento e as práticas provenientes dos distintos mundos sociais se encontram e se transformam mutuamente (Costa e Nunes, 2001). Os próprios produtos científicos destinados à utilização em contextos exteriores ao mundo da ciência – neste caso, nos tribunais – podem ser entendidos, de acordo com Machado (2007) como “objetos de fronteira” (*boundary objects*), na medida em que embora esses objetos possam ter

diferentes significados e utilizações consoante o indivíduo ou os grupos que os utilizam, simultaneamente, apresentam características comuns em mais do que um contexto, o que permite a existência de uma base de partilha e cooperação entre atores sociais situados em diferentes contextos no que respeita à compreensão e utilização dos produtos científicos.

Ana Vasconcelos, pedopsiquiatra, descreve, no seguinte excerto, precisamente as zonas de transação que se estabelecem entre o direito e a pedopsiquiatria nos processos de regulação das responsabilidades parentais:

Sendo o ‘ajuizar’ do pedopsiquiatra sobre os afectos feito a partir dos elementos subjetivos da criança e dos seus progenitores, para que a sua contribuição técnica possa ser válida e possa estar em consiliência com o ‘ajuizar’ objetivo do juiz, o pedopsiquiatra vai procurar caracterizar, com a maior objetividade que puder, sabendo que no seu território reina o subjetivo, tanto o modo de atuação das figuras parentais para com a criança ou para com o jovem, como a capacidade de discernimento psicológico da criança e do jovem perante a sua situação familiar, e o modo de proceder dos seus progenitores. (2012: 58)

Se, por um lado, as relações entre o direito e a ciência visíveis no recurso judiciário a perícias constituem espaços de intersecção e de transgressão que conduzem os diferentes atores sociais a mobilizar esforços com o objetivo de estabelecer plataformas de entendimento e de cooperação, como ilustra Vasconcelos (2012), por outro lado, impelem a trabalhos de “demarcação” (*boundary work*) tanto da parte dos cientistas forenses como do lado dos magistrados, no sentido de uns e outros reivindicarem e demarcarem as respetivas e específicas competências e autoridades disciplinares (Machado, 2007). A este respeito importa referir novamente as palavras de Ana Vasconcelos que, simultaneamente, apela à comunicação entre os dois campos e os distingue:

O objetivo é sintonizar os modos psicológicos e jurídicos da interpretação e da compreensão das situações que forem surgindo durante o processo judicial, na forma de um agir consensual aos dois modos, jurídico e psicológico. Neste propósito de consensualidade e transdisciplinaridade com a Justiça, o pedopsiquiatra tem o cuidado de respeitar o zelo do juiz pelo cumprimento dos aspetos jurídicos do processo, mas mantendo um cuidado especial com o sentir subjetivo dos pais em conflito conjugal. [...] E articulando duas realidades, a ética jurídica, guardiã do respeito pela objetividade que a lei exige e a ética psicológica, com os seus componentes subjetivo, afectivo e racional. (Vasconcelos, 2012: 64)



Estamos, assim, nas palavras de Costa *et al.* (2002), perante um duplo processo de demarcação entre o científico e o judicial e de isomorfização da ciência e do direito, sendo a autoridade da ciência integrada no contexto da prática judicial, ao mesmo tempo que se reafirmam as fronteiras entre a ciência e o direito.

### **1.1. Atores judiciais e atores não-judiciais: do diálogo à afirmação da autonomia**

Num processo judicial, numa sala de audiências, o direito pede a outra(s) forma(s) de conhecimento que lhe forneça(m) “a” verdade, envolvendo atores de distintos corpos profissionais, desde magistrados judiciais e do ministério público, passando por técnicos de serviço social, a médicos, pedopsiquiatras e psicólogos (Fernandes, 2012). Pelo que, quando está em causa uma situação de regulação das responsabilidades parentais com fundamento no superior interesse da criança, o juiz encontra-se perante um modelo de compreensão do mundo social que convoca saberes terceiros, enquanto se encontra, em simultâneo, sujeito a estritas regras processuais. Mais concretamente, o juiz pode nessa situação requerer a autoridade científica do perito para estabelecer como verdade determinados factos. Como Zappulli (2005: 684) observa a respeito dos processos judiciais em que um perito médico forense intervém, esta temática caracteriza-se por uma relação de codependência que se estabelece entre perito e juiz, e que se manifesta nas respetivas práticas profissionais.

A atuação do perito em ambiente judicial baseia-se na utilização dos seus conhecimentos e prática científica para pôr em marcha procedimentos de observação e de análise de resultados, que lhe permite posteriormente retirar conclusões sobre os pedidos efetuados *a priori* pelo Tribunal (os denominados quesitos) (Costa, 2013). No entanto, cabe-lhe apenas a produção de um resultado pericial, assente num valor probabilístico que, aliado a outros elementos de prova, ajuda o julgador a formar uma convicção e tomar uma decisão. Assim, ainda que a prova pericial tenha dado um contributo inegável ao julgador, ela constitui-se apenas como um meio de prova entre outros, cabendo a função de tirar conclusões sobre a matéria de facto aos atores do espaço judicial (*ibidem*).

Os papéis invertem-se e, enquanto relativamente a objetos científicos é a autoridade científica que assume uma posição privilegiada, a partir do momento em que o relatório pericial é produzido, a autoridade passa de novo, para os atores judiciais, em particular para o juiz, considerado por muitos o perito dos peritos (Barreiros, 1991; Costa e Nunes, 2001; Costa, 2013; Machado, 2007). Se o direito faz uso da autoridade

da ciência para legitimar as suas decisões, parece claro também que a ciência apresenta a particularidade de estar sujeita à legitimação pela ação dos magistrados e advogados (Costa, 2013). Estamos assim perante um processo de coprodução, cujo idioma se traduz na submissão do direito à ciência, por um lado, e de certa forma, de uma cedência por parte da ciência que, ao entrar pela porta do tribunal se torna “ímpura” (Costa e Nunes, 2001).

## **1.2. A “verdade” na ponte entre o direito e a ciência: da (im)possibilidade da neutralidade e objetividade do direito e da ciência**

Nos processos judiciais, os juízes são chamados a evitar julgar na base de elementos “subjetivos”, guiando-se, antes, pelos imperativos da objetividade e da neutralidade, valores que são invocados também como centrais na prática científica (Costa *et al.*, 2002). A própria presença da ciência em tribunal é legitimada pela ideologia da neutralidade e do apuramento da verdade intrínseca tanto à ciência como ao direito, nas suas abordagens mais positivistas. De facto, a incorporação das produções científicas no conjunto das provas judiciais fundamenta-se em larga medida nas narrativas convencionais que têm rodeado a ciência moderna e que a apresentam como a expressão por excelência de um saber e de uma forma cultural universais, fonte de racionalidade cognitiva e instrumental que produz um conhecimento “verdadeiro”, de como o mundo “realmente é” (Nunes e Gonçalves, 2001: 13). E o direito denota uma relação de isomorfismo com a ciência, sob o fio condutor desta última, pautando-se pela vontade de apurar a verdade segundo procedimentos objetivos (Jasanoff, 1996; Santos, 2000).

Importa aqui lembrar a reflexão de Michel Foucault sobre as relações intrínsecas entre saber, poder e verdade, enquanto contributo incontornável para o questionamento da suposta universalidade e “verdade” tanto do direito, como do conhecimento científico.<sup>4</sup> Para Foucault, o “saber” não é somente saber, mas o que ele designa de “poder-saber”, ou seja, “todo o saber/conhecimento é combinação entre relações de

---

<sup>4</sup> Note-se que para Foucault o direito não entra na discussão de ciência, conhecimento e verdade, porque ele o relaciona com o regime de poder que antecede a emergência da episteme moderna (Foucault, 1980). Foucault considera mesmo que seria mais interessante estudar os processos de poder fora das instituições jurídicas, porque o poder do discurso jurídico está a diminuir perante outros poderes regulatórios, como a psiquiatria (*ibidem*). Porém, acompanho Smart (1999), quando ela defende que, muito embora o direito não faça afirmações expressas de verdade, faz afirmações que são suficientemente semelhantes às da ciência (o direito tem o seu próprio método, a sua linguagem e sistema de resultados), para percebermos que o poder do direito se desenvolve de forma semelhante ao da ciência. Para além disso, o direito pode utilizar estes mecanismos de regulação emergentes (como a psicologia ou a psiquiatria) para aumentar o seu poder (*ibidem*).

poder e a busca de informação” (Fernandes, 2012:7). Por outras palavras, não existe relação de poder sem o estabelecimento de um campo de saber, nem saber que não assente e não constitua, simultaneamente, relações de poder. Foucault descarta, assim, parafraseando Fernandes (*ibidem*), a hipótese do saber ser uma procura pela “verdade pura”, autêntica e universal, uma vez que quem detém posições de poder é que faz a triagem e a validação do conhecimento, estabelecendo o que é ou não considerado e reproduzido como “verdadeiro” ou “falso”, ou seja, não existe conhecimento livre, independente, desinteressado.

No entender de Foucault (1980), cada sociedade tem o seu próprio “regime de verdade”: os discursos que aceita e valida como verdadeiros, os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados considerados verdadeiros dos falsos, as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção e reprodução da verdade, e o estatuto daqueles que detêm o poder de definir o que é verdadeiro. Assim, é impossível desassociar verdade e poder, o poder produz e sustenta a verdade e a verdade produz poder, ou seja, não existe “verdade” fora do poder ou sem o poder. Em última análise, como sintetiza Fernandes (*ibidem*), para Foucault não há “a” verdade, há uma “vontade de verdade”.

Os estudos sociais do direito e da ciência têm vindo, assim, a criticar fortemente a retórica da neutralidade e da universalidade tanto do direito como da ciência (Machado, 2007: 57). De facto, a partir da década de noventa do século XX, as ciências sociais têm avançado no conhecimento das relações entre a ciência e o direito entendendo-as como atividades social e historicamente condicionadas, sujeitas a contingências e a incertezas, o que não deixa de constituir um abalo às narrativas convencionais da modernidade que apresentam estes dois campos de conhecimento e de ação como sendo regulados pelos princípios da universalidade e neutralidade (*ibidem*).

No âmbito da regulação das responsabilidades parentais, como já se referiu, foram adotados critérios legais indeterminados e *gender neutral*, contribuindo para o reforço das relações entre direito e justiça da família e das crianças e outros saberes (Fineman, 1988; Kruk, 2011). A adoção de princípios neutros na regulação das responsabilidades parentais enquadra-se numa estratégia mais ampla de promover uma maior igualdade de direitos e responsabilidades entre os progenitores (Sottomayor, 2011). Contudo, esta tem sido criticada pela ambiguidade dos termos e por facilitar a emergência ou reprodução subtil de distinções de género, associadas aos papéis parentais, nas decisões tomadas judicialmente, comprometendo, por vezes, o princípio da igualdade (Parente e

Manita, 2010). É, neste sentido, que, ainda que reconheçam o potencial emancipatório destas transformações, designadamente na mudança de papéis de género (Bartlett e Stack, 1986; Collier, 2008), as críticas feministas defendem que mesmo quando as normas são *gender neutral*, estas são aplicadas de forma enviesada (Carbone, 1994).

De acordo com Boyd (2003), as decisões judiciais são influenciadas por conceções dominantes de família e género, bem como de classe, sexualidade e raça, estando as mães sujeitas a níveis de vigilância e escrutínio maiores do que os pais. O que leva a que as mulheres tenham experiências muito distintas nos processos de regulação das responsabilidades parentais, consoante se adequem ou não às conceções dominantes (Altman, 1996). A aplicação da justiça, através das decisões judiciais, constitui, por conseguinte, uma forma de construção da identidade feminina e masculina e de (re)produção das desigualdades de género e outras (Smart, 1999). Especificamente, na regulação das responsabilidades parentais, esta não opera de modo homogéneo ou isolado, socorre-se de uma diversidade de práticas e discursos inter-relacionados com outros poderes e saberes (Machado, 2004). Práticas e discursos que têm também sido alvo de múltiplas críticas e cuja base científica tem sido questionada (Kruk, 2011). No mesmo sentido, Vieira e Brissos (2007) argumentam que, na prática, as perícias médicas e psicológicas pouco podem auxiliar os Tribunais, por mais rigor científico ou empenho que seja colocado no exame médico-psicológico. De acordo com estes autores, os pedidos de perícias assentam em expectativas irrealistas que o psiquiatra ou o psicólogo vão frustrar, já que apenas poderão referenciar a existência de traços ou tendências comportamentais comuns a todos os mortais, em maior ou menor grau.

## **2. O regime de regulação das responsabilidades parentais: uma análise jurídica da intervenção de assessores técnicos e peritos**

Para uma análise jurídica da relação do direito com outros saberes nos processos de regulação das responsabilidades parentais importa considerar tanto as normas estabelecidas na Lei n.º 61/2008,<sup>5</sup> de 31 de outubro, a alteração legislativa mais recente que regula o regime das responsabilidades parentais, como na Organização Tutelar de Menores e no Código de Processo Civil (CPC).

---

<sup>5</sup> A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, é a mais recente alteração legislativa no campo da regulação das responsabilidades parentais, alterando as normas relativas às responsabilidades parentais (alterando, inclusivamente, a designação anterior, de poder paternal, para responsabilidades parentais), quer na constância do matrimónio (ou da união de facto), quer após a sua rutura, quer mesmo quando o casamento ou a união de facto não ocorreu.

O processo para a regulação das responsabilidades parentais visa regulamentar, por acordo, o exercício das responsabilidades parentais,<sup>6</sup> impondo-se a regulamentação imperativa pelo tribunal, caso se fruste tal tentativa (Bolieiro e Guerra, 2009). Na falta de acordo, a regulação do exercício das responsabilidades parentais, deverá, então, ser decidida em processo de jurisdição voluntária, em harmonia com o superior interesse da criança, nos termos do artigo 180.º, da OTM. Bolieiro e Guerra (2009) definem o interesse superior da criança (não definido, em termos legais) como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o dos outros adultos terceiros, devendo ser densificado e concretizado através de uma rigorosa avaliação casuística, numa perspetiva global e sistémica, de natureza interdisciplinar e interinstitucional, visando a satisfação da premente necessidade da criança de crescer harmoniosamente, em ambiente de amor, aceitação e bem-estar, promovendo-se a criação de ligações afetivas estáveis e gratificantes.

No entender de Laborinho Lúcio (2010), importa distinguir o significado do interesse superior da criança, enquanto objetivo, do seu valor enquanto limite à intervenção e ao sentido da decisão. Quer isto dizer que podendo, embora, pela própria natureza das coisas e em concreto, atuar-se sem realizar integralmente o superior interesse da criança, jamais poderá decidir-se contra ele. Este é, segundo o autor, o terreno privilegiado da intervenção dos peritos e dos técnicos, aos vários níveis, a demandar a exigência de uma permanente regulação, de uma atenta avaliação e de uma operacionalidade estratégica que determine a ação e que assegure resultados.

Neste sentido, o artigo 178.º, da OTM, prevê que, frustrada a tentativa de acordo dos pais, quanto às questões em discussão, na conferência inicial, e findo o prazo de alegações dos mesmos,<sup>7</sup> se proceda a inquérito sobre a sua situação social, moral e económica e, salvo oposição dos visados, aos exames médicos e psicológicos que o

---

<sup>6</sup> Esta regulação aplica-se aos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens e declaração de nulidade ou anulação de casamento, quando o acordo submetido à apreciação do tribunal não seja homologado (artigo 174.º, n.º 2, da OTM) ou não for pedida a homologação (artigo 174.º, n.º 2, da OTM). Aplica-se ainda quando os pais cônjuges estejam separados de facto, ou não unidos pelo casamento (existindo uma rutura após tal convivência e facto), e quando se trate de adotados cujos pais ou adotantes gozem de responsabilidade parental. A regulação do exercício das responsabilidades parentais abrange o destino e a guarda dos filhos, a sua residência habitual (no sentido de decidir com qual dos progenitores a criança irá residir habitualmente), a determinação sobre a quem compete decidir sobre as questões de particular importância do filho e os atos da vida corrente, a fixação do regime de convívio do progenitor a quem o filho não é confiado, a fixação dos alimentos a prestar pelo progenitor não guardião e a forma como tal prestação, abrangendo, eventualmente, a administração de bem (artigos 1905.º, n.º 1 e 2, e 180.º, n.º 1 e 3, da OTM).

<sup>7</sup> Nos termos dos números 1 e 2, do artigo 178.º, da OTM, na ausência de acordo, os pais são notificados para, em 15 dias, apresentarem as suas alegações, apresentando as suas testemunhas e documentos, bem como requisitando as diligências que considerarem necessárias.

tribunal entenda necessários para esclarecimento da personalidade e do carácter dos membros da família e da dinâmica das suas relações mútuas (artigo 178.º, n.º 3, da OTM). Nos processos de regulação das responsabilidades parentais e na interação entre o direito e outros saberes importa, assim, considerar tanto os relatórios de inquérito realizados por técnicos especializados do Instituto de Segurança Social, como os relatórios produzidos pelos exames médicos ou psicológicos, enquanto elementos que auxiliam a decisão judicial. Podendo ser discutido o carácter científico dos primeiros, estes não deixam de exigir um conhecimento especializado e técnico e obedecer a uma metodologia própria, que os dota de informações a que o juiz não teria acesso de outra forma.

Nos termos do n.º 3, do artigo 147.º - B da OTM, só há lugar a inquérito nos processos e nos casos expressamente previstos, designadamente na ausência de acordo nos processos de regulação das responsabilidades parentais (artigo 178.º da OTM), de incumprimento e alteração das responsabilidades parentais (artigos 181.º e 182.º da OTM), em questões de particular importância (artigo 184.º da OTM) e nos processos de alimentos devidos a menores (artigo 188.º da OTM). Bolieiro e Guerra (2009) alertam que o artigo 147.º-B, da OTM, distingue os inquéritos das informações sociais (estas mais sucintas e sectorizadas), só devendo ser solicitada a realização dos primeiros quando estes se mostrem absolutamente necessários à decisão da causa. Contudo, os autores entendem que tal necessidade é tendencialmente frequente nas ações de RERP, sendo certo que muitas vezes o juiz apenas decide com base nos relatórios dos inquéritos, assente que inexistem nos autos indicação de outra prova (*ibidem*).

Até 2007, competia ao Instituto de Reinserção Social (IRS) elaborar os respetivos inquéritos, exceto nos procedimentos relativos à adoção e processos de promoção e proteção, cuja competência estava deferida ao organismo de segurança social. Porém, e na sequência do Programa de Restruturação da Administração Central do Estado (PRACE), o Decreto-Lei n.º 214/2007, publicado no D.R., n.º 103, 1.ª Série, de 29 de maio de 2007, aprovou a nova orgânica do Instituto de Segurança Social (ISS), transferindo para a sua competência matéria de processos tutelares cíveis, até então da competência do Instituto de Reinserção Social, I.P., consagrando-se no artigo 3.º, alínea p), que lhe compete “Assegurar, nos termos da lei, assessoria técnica aos tribunais em matéria de promoção e proteção de crianças e jovens em perigo e tutelar cível”. Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 126/2007, de 27 de abril, publicado no D.R. n.º 82, de 27 de abril de 2007, estabelece a estrutura orgânica da Direção-Geral de Reinserção Social

(DGRS), atual Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP),<sup>8</sup> atribuindo-lhe competência para “Assegurar o apoio técnico aos tribunais na tomada de decisão no âmbito dos processos penal e tutelar educativo” – seu artigo 2.º, n.º 2, alínea b) (Ramião, 2012). Assim, compete atualmente ao ISS a realização dos inquéritos solicitados no âmbito de qualquer processo tutelar cível e processos de promoção e proteção. De acordo com o estipulado nos Estatutos do ISS, I.P., aprovados pela Portaria n.º 638/2007, de 30 de maio, o desenvolvimento das ações necessárias ao exercício das competências legais em matéria de assessoria técnica aos tribunais nos processos tutelares cíveis, compete aos Centros Distritais do ISS, I.P., em conformidade com o disposto na alínea l), do artigo 28.º, deste diploma legal.

De acordo com o mesmo artigo (artigo 178.º, n.º 3, da OTM), podem ainda ser feitos exames médicos ou psicológicos, se o tribunal os entender necessários, atentando-se nos necessários consentimentos e evitando-se que sucessivos exames sejam feitos à criança sob pena de estarmos perante uma situação de maltrato em sede judicial (Bolieiro e Guerra, 2009). O artigo 147.º - C, da OTM, estabelece:

1. Em qualquer fase do processo tutelar cível, o juiz pode nomear ou requisitar assessores técnicos, a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres; 2. Quando o juiz nomear ou requisitar assessores que prestem serviços em instituições públicas ou privadas, devem estas prestar toda a colaboração, prevalecendo o serviço do tribunal sobre qualquer outro, salvo o caso de escusa justificada; 3. Aos assessores podem ser opostos os impedimentos e recusas que é possível opor aos peritos em processo civil.”

Tendo em conta o melindre e a complexidade de algumas providências a tomar, e com vista a melhor salvaguardar e interpretar os superiores interesses da criança e acerto da decisão a tomar, este artigo consagra a possibilidade do julgador se fazer assessorar por técnicos com outros conhecimentos, nomeadamente psicólogos, sociólogos, assistentes sociais, pedopsiquiatras, os quais podem assistir às diligências de prova, prestar esclarecimentos tidos por necessários, realizar os exames ou elaborar os pareceres (Ramião, 2012).

O juiz decide, perante os factos que chegam ao seu conhecimento através do relatório de inquérito realizado por técnicos especializados, da audiência de várias pessoas, de um exame levado a cabo por psicólogos ou por outra via, sendo norteador

---

<sup>8</sup> Criada pelo Decreto-Lei n.º 215/2012, de 28 de setembro, a quem competem as antigas funções da DGRS no que respeita ao processo penal e tutelar educativo.

pelo superior interesse da criança (Amaral, 2010). Estes elementos constituem os meios de prova que permitem ao julgador formar a sua convicção e é segundo a livre apreciação de todo este conjunto de provas que esse julgador irá apreciar e valorar a prova (Costa, 2013). Os meios de prova podem ser de carácter testemunhal, documental, pericial, entre outros. No caso que aqui nos ocupa, e na relação entre ciência (ou outros saberes) e o direito, são as provas documental (produzida pelos relatórios e inquéritos sociais) e pericial (ou científica) (produzida pelos exames médicos ou psicológicos) que nos interessa particularmente discutir.

A apreciação da prova nos processos de regulação das responsabilidades parentais obedece às normas do Código de Processo Civil, que diferem substancialmente nas normas do Código de Processo Penal.<sup>9</sup> Nos casos cíveis aplica-se o princípio geral da liberdade de julgamento dos juízes<sup>10</sup> no que se refere à admissibilidade dos meios de prova propostos pelas partes e no que respeita à determinação do valor probatório dos diversos meios de prova, que é fixada livremente pelo tribunal (n.º 1 do artigo 655.º do CPC). Ao julgador cabe a difícil tarefa de apreciar livremente a prova; no entanto, em função dos casos, ele deverá fazer mais uso de um meio de prova ou de outro (seja testemunhal, documental ou pericial) (Costa, 2013). No processo penal, a livre apreciação da prova é limitada por várias exceções definidas explicitamente nos termos do artigo 163.º do Código de Processo Penal.<sup>11</sup>

A jurisprudência tem vindo a afirmar, todavia, que a livre apreciação da prova por parte do juiz não significa compreensão discricionária ou arbitrária da prova, mas antes uma “valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns, da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objetivar a

---

<sup>9</sup> Costa *et al.* (2002) apontam duas explicações para essa diferença na utilização e percepção das provas forenses. A primeira tem a ver com os diferentes processos históricos de introdução desse tipo de prova no processo penal e no processo cível. As perícias em investigação criminal são usadas, em Portugal, pelos tribunais, pelo menos desde finais do século XIX. A introdução dos exames médicos ou psicológicos nos processos tutelares cíveis é mais tardia, datando da década de 1970 (mais concretamente no Decreto-Lei n.º 314/78 de 27 de outubro, que reformula a OTM). Uma segunda explicação está ligada à diversidade e flexibilidade de configurações locais de formas de conhecimento e de competência, tanto “científicas” como “não-científicas”, assim como de formas de saber e de fazer tanto “jurídicas” como “não-jurídicas” que articulam as relações entre o direito e a ciência. No âmbito das investigações de paternidade, a credibilidade conferida à prova científica deve ser entendida como parte de uma configuração de elementos de prova caracterizada pela importância ainda hoje conferida à prova (testemunhal) do “bom” comportamento sexual da mãe do menor (Machado, 2007).

<sup>10</sup> Barreiros (1991) defende que esta é uma conceção de amplo favor à judicialização, transformando o juiz em perito dos peritos, pois que em caso algum a sua percepção e valoração pode ser destronada por aquilo que derivar dos especiais conhecimentos de quem desempenhar a prova pericial.

<sup>11</sup> Artigo 163.º do Código de Processo Penal: 1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador; 2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência.



apreciação, requisitos necessários para uma efetiva motivação da decisão” (Silva Dias, 1995: 178). De acordo com Costa *et al.* (2002), a própria orientação doutrinária que hoje domina a jurisprudência portuguesa aponta para a convergência da prática judicial nos processos cíveis com as orientações que marcam o regime de apreciação da prova no processo penal, nomeadamente no que diz respeito às exceções à liberdade do julgador na avaliação de provas científicas. O propósito de eliminação (ou, pelo menos, de minimização) da “subjetividade” e das “emoções”, de modo a maximizar a “lógica” e a “racionalidade” que permitiriam atingir a “verdade” dos factos, ilustra de maneira bem evidente o já referido processo de isomorfização do direito e da ciência (*ibidem*).

Por fim, importa referir que o artigo 147.º-E, da OTM, introduzido pela Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, consagrou o princípio do contraditório relativamente às informações, exames e pareceres constantes do processo, obtidos nos termos dos artigos 147.º-B e 147.º-C, da OTM. Mais o concretamente, o n.º 1, do artigo 147.º-E, da OTM, estabelece que “as partes têm direito a conhecer as informações, relatórios, exames e pareceres constantes do processo, podendo pedir esclarecimentos, juntar outros elementos ou requerer a solicitação de informações que considerem necessários”.

### **3. Análise da jurisprudência**

Numa abordagem exploratória à forma como o direito e outros saberes, nomeadamente o serviço social e a psicologia, agem e interagem nas decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais, far-se-á uma análise de cinco acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa. Os acórdãos foram selecionados na Base Jurídica deste Tribunal, disponibilizada pelo Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça,<sup>12</sup> utilizando na pesquisa livre um conjunto de palavras-chave, como “responsabilidades parentais”, “relatórios sociais” e “perícias”. De seguida, eliminaram-se todos os acórdãos que diziam respeito a processos de adoção e de promoção e proteção e, com base numa leitura transversal, selecionaram-se os acórdãos onde os relatórios sociais ou periciais fossem, direta ou indiretamente, discutidos.

Nesta análise procurou-se observar as sentenças de regulação das responsabilidades parentais à luz dos conceitos de isomorfização e de demarcação entre o científico e o judicial, identificados pela literatura revista anteriormente. Em termos gerais, a observação das sentenças do Tribunal da Relação de Lisboa revela que as

---

<sup>12</sup> No site <http://www.dgsi.pt/>

decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais, em especial no que toca à atribuição da guarda e residência habitual das crianças, resultam de um diálogo, nem sempre pacífico, com os relatórios sociais e psicológicos ou testemunhos de especialistas. Se nos casos 1, 3 e 5 os juízes recorreram, ainda que em moldes distintos, à autoridade da ciência para fundamentar a decisão judicial, no caso 2 a decisão judicial afirma a “independência” do direito e do método jurídico em relação aos relatórios periciais, demarcando a fronteira com a ciência. Note-se ainda que em vários dos casos (caso 1, 3 e 4) o direito faz uso da autoridade da ciência para legitimar as suas decisões, ao mesmo tempo que os relatórios e testemunhos dos peritos ficam sujeitos à legitimação pela ação dos magistrados.

Paralelamente, e apesar de se afastar ligeiramente do objetivo deste artigo, na análise das sentenças notou-se como uma das decisões judiciais da Primeira Instância, apoiada nos relatórios periciais, foi influenciada por conceções tradicionais de família e género, bem como de classe (ver caso 3), confirmando a tese de que mesmo quando as normas são *gender neutral*, estas são aplicadas de forma enviesada (Carbone, 1994; Boyd, 2003). Como refere Kapur (2006), o discurso jurídico é um discurso complexo e contraditório, que nem sempre opera da mesma forma, nem produz os mesmos resultados. É disto exemplo a decisão judicial do caso 5 que, contrariamente à opinião veiculada pela maioria dos magistrados (Pedroso *et al.*, 2012), opta pela guarda partilhada da criança, ainda que por períodos de tempo longos.

Em seguida, passa-se, então, a uma análise mais detalhada dos referidos cinco acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa.

### **3.1. Caso 1**

O Acórdão 6689/03.1TBCSC-A.L1-2 do Tribunal da Relação de Lisboa trata de um processo de alteração das responsabilidades parentais. Neste processo temos, resumidamente, o caso de um progenitor do sexo masculino, suspeito de ter abusado sexualmente da filha menor, tendo, por este motivo, a progenitora solicitado a alteração provisória da regulação do poder paternal, de molde ao progenitor não poder estar com ela. Na ação que deu entrada no Tribunal da Relação de Lisboa vinha o progenitor recorrer da decisão anterior que tinha disposto no sentido de ser alterado o regime de regulação do poder paternal, eliminando as cláusulas que previam e regulavam o direito de visita da menor por parte do pai.

No âmbito do processo judicial, em primeira instância, foram realizadas perícias médico-legais à criança e aos pais para verificar a existência ou não de abusos e, tendo o requerido invocado a possibilidade de ocorrência de síndrome de alienação parental, foi também solicitado ao perito que se pronunciasse sobre essa possibilidade no caso concreto.

Os excertos da sentença e do exame pericial pedopsiquiátrico disponibilizados no acórdão refletem o duplo processo, já referido, de isomorfização da ciência e do direito e demarcação entre o científico e o judicial. Se, por um lado, o pedopsiquiatra procura responder aos quesitos do tribunal, por outro lado reafirma as especificidades do método científico, que nem sempre correspondem às necessidades e interesses do direito:

Foi pedida perícia sobre essa eventualidade [síndrome de alienação parental] ao Instituto Nacional de Medicina Legal, o qual sugeriu que essa questão fosse respondida, em aditamento pelo perito pedopsiquiatra que examinara a menor. Este último declarou que muitos factores influenciam o pensamento e o discurso de uma criança. Para eliminar eventuais factores de contaminação, realizou-se a observação pedopsiquiátrica da criança em consulta individual, incluindo-se nessa situações lúdicas, no sentido de chegar ao sentimento intrínseco (“menos contaminado”) da criança.

[...]

só pelas 3 observações efectuadas até à data, é difícil de concluir, de forma coerente e consistente, que houve, ou não houve, (tentativa) de abuso sexual. Não existem indícios físicos comprovados. A menor falou durante as observações abertamente sobre os acontecimentos e existem fortes indícios no comportamento e nas verbalizações descritos que houve uma situação (de tentativa) de abuso sexual” [...] necessitam-se consultas pedopsiquiátricas regulares e contínuas para criar uma relação terapêutica de confiança, para responder adequadamente à questão da probabilidade que os factos descritos poderem não responder à verdade.

Como refere Costa (2013), o direito tem as suas necessidades e constrangimentos institucionais, assim, os processos são desenhados para encontrar os imperativos primários do direito e não necessariamente bem adaptados para discriminar entre as boas e as más práticas e decisões científicas.

A decisão judicial resultou da apreciação crítica não só do relatório pericial, como dos esclarecimentos prestados em audiência pelo perito e dos depoimentos de uma familiar próxima da criança e do pedopsiquiatra que a acompanhou durante 3 anos. Porém, no seguinte excerto é visível a subjugação do direito à ciência, na prática judicial:

Entende, pois, o Tribunal que o relatório pericial e os depoimentos referidos, em particular do perito e do pedopsiquiatra que acompanhou a menor durante quase três anos, atentas as suas qualidades técnicas e considerando a isenção revelada, em conjunto com os supras referidos meios de prova, são suficientes para convencer o tribunal da ocorrência destes factos.

Fazendo-se, inclusivamente, valoração semelhante quer da prova pericial (o relatório do perito), quer da prova testemunhal de um especialista. Ou seja, o tribunal “atestou” a validade destes testemunhos defendendo que os esclarecimentos do perito foram feitos de forma “cuidadosa e isenta”; e o testemunho do médico foi seguro e coerente.

Na apelação à sentença, o requerido vem questionar a matéria de facto dada como provada, contestando a valoração das provas feita pelo magistrado, com o argumento: 1) que a metodologia utilizada por um dos peritos era “desadequada à realidade em causa” 2) que a sua perícia tinha sido inconclusiva; 3) o facto de não terem sido levados em conta outros pareceres. A apelada contra-alegou que “as perícias juntos aos autos são claras, isentas e reveladoras, não podendo deixar de ser, como foram, apreciadas em toda a sua verdadeira importância probatória”, socorrendo-se ainda do princípio da livre apreciação da prova. O Tribunal da Relação julgou improcedente a apelação, mantendo a decisão recorrida. O Tribunal da Relação “face aos elementos constantes nos autos e aos depoimentos prestados em audiência, não [vê] que o Tribunal *a quo* pudesse ter decidido a matéria de facto de forma diferente”. A partir dos depoimentos dos dois peritos (ainda que não em exclusivo), ambos os tribunais entenderam que o interesse da criança entra em conflito com o direito de visitas do progenitor, devendo prevalecer o interesse da criança. Este tribunal cita ainda vários artigos científicos que corroboram algumas das conclusões a que chegaram quer o perito, quer o médico, legitimando a ciência. Assim, se o direito faz uso da autoridade da ciência para legitimar as suas decisões, parece claro também que a ciência apresenta a particularidade de estar sujeita à legitimação pela ação dos magistrados e advogados, a partir do momento em que são fornecidos relatórios ou testemunhos.

### **3.2. Caso 2**

Outro acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (1169/08.1TBCSC-A.L1-1) trata de um incidente de incumprimento do poder paternal. Este acórdão reporta-se ao caso de um progenitor masculino que, desde maio de 2008, não conseguia exercer o direito de

visitas aos filhos, estabelecido no processo de regulação do exercício do poder paternal. Nesta ação que deu entrada no Tribunal da Relação de Lisboa o progenitor vinha recorrer da decisão anterior que tinha julgado improcedente o incumprimento suscitado pelo pai, absolvendo a requerida do pedido. Esta decisão judicial assentou exclusivamente nas declarações das crianças, não tendo sido realizados nem inquérito social, nem exames médicos e psicológicos.

Na apelação à sentença, o requerido vem precisamente questionar a ausência de outras diligências:

Ora o Tribunal “a quo” apenas teve em consideração a opinião dos filhos, descurando todos os restantes factores e factos que importavam apurar, nomeadamente através de inquérito e outras diligências feitas por peritos, além de prova testemunhal.” [...] Por outro lado, os depoimentos das crianças [são] muito complexos e estão sujeitos a muitas condicionantes. Por tudo isto, assume especial relevância que os seus inquiridores sejam técnicos especializados, psicólogos e pedopsiquiatras, que exigem especiais conhecimentos no domínio da psicologia e pedopsiquiatria que os julgadores, em virtude da sua formação académica, não possuem.

A apelada contra-alegou, entre outras questões, que “o Apelante não indicou quaisquer testemunhas, nem solicitou a realização de quaisquer outras diligências probatórias, como lhe incumbia” e que “dado o processo ser de jurisdição voluntária é lícito ao tribunal realizar atos ou formalidades não especificamente previstos, bem como omitir aqueles que, no caso concreto, por ventura se revelem destituídos de interesse para o exame ou decisão daquela particular causa”.

O Tribunal da Relação de Lisboa julgou a ação improcedente, mantendo a decisão recorrida. O Tribunal da Relação de Lisboa reconhece que o Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instância poderia ter recorrido ao apoio de peritos para analisar o depoimento das crianças. Porém, considera que o tribunal fez a averiguação e recolha de prova que entendeu estritamente necessária para o apuramento da verdade e para a prolação da decisão final (artigo 1409.º n.º 2 do Código do Processo Civil), apoiando-se nos artigos 1409.º e 1410.º do Código de Processo Civil, que estabelecem a simplificação de procedimentos e a não sujeição a critérios de legalidade estrita, nos processos de jurisdição voluntária como é o caso. Se em determinados processos se verifica uma isomorfização e submissão do direito em relação á ciência, neste processo o direito afirma a sua autonomia.

### **3.3. Caso 3**

O Acórdão 526/08.8TBBRR.L1-8 do Tribunal da Relação de Lisboa reporta-se a um processo de alteração das responsabilidades parentais. Neste processo, o progenitor do sexo masculino veio solicitar a alteração da regulação do poder paternal, no sentido de a criança ficar entregue à guarda e aos cuidados do pai, em vez da mãe. Nesta ação que deu entrada no Tribunal da Relação de Lisboa, a progenitora da criança veio recorrer da decisão anterior que tinha disposto no sentido de ser alterado o regime de regulação do poder paternal, estabelecendo a guarda e exercício do poder paternal ao pai, com regime de visitas no período de férias escolares da filha à mãe.

A sentença do Tribunal de 1.<sup>a</sup> Instância pode ser analisada à luz das abordagens feministas críticas do direito, revelando como as decisões judiciais, apoiadas noutros saberes (Machado, 2004), podem, como refere Boyd (2003), ser influenciadas por conceções dominantes de família e género, bem como de classe. A progenitora do sexo feminino é “censurada” pela sua condição socioeconómica frágil e pelo seu comportamento “desadequado” e repressivo em relação à filha.

A sentença objecto de recurso atribuiu a guarda da X ao pai, no essencial por este dispor de um quadro de vida económico substancialmente superior ao da requerida, então desempregada e a viver do RSI, valorando de forma negativa ainda o facto de esta sofrer de tendinite nos ombros, factor obstativo à obtenção de emprego e revelar incapacidade de controlo comportamental, assumindo atitudes repressivas com a filha, particularmente na gestão das actividades escolares, recorrendo a violência física e verbal.

Na apelação à sentença, a requerida vem questionar a matéria de facto dada como provada, contestando a valoração das provas feita pelo magistrado, com o argumento:

Quanto ao ponto 9º (que a Requerida manifesta incapacidade de controlo comportamental assumindo atitudes repressivas com a filha, particularmente na gestão das actividades escolares, recorrendo a violência física e verbal), teve como base o conteúdo dos relatórios sociais, realizados com base em entrevista individual a cada um dos progenitores e à menor. XXII) Tal facto resulta de uma diligência isolada, e não num acompanhamento mais duradouro e numa análise mais profunda às condições de vida e psicológicas da menor e da sua mãe; [...] XXV) Por outro lado, o referido facto tem de ser valorado conjuntamente com os demais assentes, nomeadamente com o constante dos pontos 12º e 17º, pois só assim se conseguirá uma perspetiva global do modo e condições de vida da menor, e da relação que mantém com a progenitora.

Simultaneamente, a progenitora juntou, ainda, aos autos uma declaração comprovativa de que se encontra a trabalhar e um relatório de observação/avaliação psicológica, elaborado por psicóloga clínica, na sequência de acompanhamento a que a criança foi submetida.

O Tribunal da Relação decide alterar a matéria de facto fixada na primeira instância, nos termos do artigo 712.º, n.ºs 1, 2 e 3 do CPC, tendo em consideração o teor do relatório social elaborado pelo ISS, da declaração e do relatório de observação/avaliação psicológica, elaborado pela psicóloga clínica. E o acórdão revoga a sentença objeto de recurso e regula o exercício do poder paternal relativo à criança da seguinte forma:

- 1.º - A menor X ficará entregue à guarda e aos cuidados da mãe B, que exercerá o poder paternal sobre a mesma.
- 2.º - O recorrido A poderá ver e ter a filha consigo durante os períodos de férias escolares da mesma, incumbindo ao progenitor assegurar a vinda e o regresso da filha de Portugal para o país onde reside, mediante prévia comunicação à mãe.
- 3.º - O recorrido A pagará a quantia mensal de 150 Euros a título de alimentos para a menor, quantia essa que deverá ser depositada até ao dia 8 de cada mês, para uma conta da mãe da menor, cujo NIB deverá ser por esta facultado aquele.

Verifica-se, assim, como defende Foucault, que “a verdade é produzida e reproduzida, filtrada por uma complexa rede de relações [de poder e mecanismos] [...], sendo que, em última análise, não há “a” verdade, há uma “vontade de verdade” (Fernandes, 2012: 8). A disputa entre diferentes “vontades de verdade” visível na regulação judicializada das responsabilidades parentais, opõe o direito a outros saberes, como a psicologia ou a assistência social, que são, simultaneamente e nas palavras de Machado (2007), atividades social e historicamente condicionadas.

#### **3.4. Caso 4**

O Acórdão 3129/2007-1 do Tribunal da Relação de Lisboa refere-se a um processo de alteração da regulação das responsabilidades parentais, em que a progenitora biológica da criança requereu a alteração da regulação das responsabilidades parentais, de modo a que a guarda da criança passasse dos padrinhos para si. No âmbito deste processo foram realizados, na primeira instância, um relatório de avaliação psicológica pelo ISS e uma avaliação psicológica à criança por uma equipa colegial de psicólogos, tendo as peritas que elaboraram este último comparecido em audiência de julgamento.

No âmbito do processo em 1.<sup>a</sup> instância, o juiz legitimou a sua decisão de indeferir o pedido de audição da criança com base no parecer das peritas em psicologia:

Resultou dos esclarecimentos prestados pela equipa referente à perícia colegial, composta por três psicólogos, que não deveria ser ouvida a menor, uma vez que a mesma encarava com sofrimento e angústia a eventualidade de ser responsável pela decisão sobre o seu destino. Para além do mais considerando ainda a sua idade e a demais prova produzida não é relevante, sendo mesmo desaconselhada e nefasta a sua audição. Termos em que se indefere o requerido.

Os apelantes (os padrinhos) vêm invocar a nulidade do despacho de primeira instância, entre outros motivos, por falta de fundamentação do relatório de perícia psicológica. O Tribunal da Relação de Lisboa julgou improcedente esta apelação, argumentando que “a eventual falta de fundamentação a algumas respostas aos quesitos formulados se mostra sanada com a audição das mesmas em sede de audiência de julgamento”.

O Tribunal, num claro exercício de demarcação, de estabelecimento das fronteiras entre o que é do direito e o que é da ciência defende:

Relativamente ao pedido de junção aos autos das entrevistas, testes e avaliações e/ou métodos utilizados pelo colégio pericial que lhes serviu de base à elaboração do relatório, de acordo com o n.º 2 do art.º 587.º do CPC, as reclamações apenas podem versar sobre eventuais deficiências, obscuridades ou contradições existentes no relatório pericial. Tal não abrange a junção aos autos dos elementos técnicos de que se socorreram as peritas psicólogas para elaborarem o seu relatório, nem isso interessa ao Tribunal de forma alguma. Sabe-se que o mesmo foi elaborado com base em testes, entrevistas e questionários efectuados pelas peritas e que lhes serviu de substrato para responderem de forma precisa e concisa aos quesitos formulados, estando, de resto, tais elementos técnicos indicados na introdução à perícia a fls. 317. E, isso basta ao Tribunal. A determinar-se a junção dos elementos requeridos, tal violaria frontalmente o sigilo profissional dos peritos que procederam à elaboração do relatório e violaria igualmente o direito de privacidade dos agravantes e da agravada e essencialmente da menor. Donde se conclui que o Mm.º Juiz a quo indeferiu e bem o requerido na al. A) de fls. 326, por inadmissibilidade legal.

Desta forma, o Tribunal da Relação de Lisboa não só legitimou a decisão judicial anterior, como a própria atuação das peritas que realizaram o relatório pericial. Ou seja, se o direito faz uso da autoridade da ciência para legitimar as suas decisões, parece claro também, neste caso, que a ciência apresenta a particularidade de estar sujeita à legitimação pela ação dos magistrados e advogados (Costa, 2013).



### **3.5. Caso 5**

O Acórdão 3129/2007-1 do Tribunal da Relação de Lisboa diz respeito a um processo de alteração da regulação das responsabilidades parentais. Neste processo, o progenitor da criança requereu a alteração da regulação das responsabilidades parentais, designadamente no que toca à guarda da criança que estava atribuída à progenitora. Na ação que deu entrada no Tribunal da Relação de Lisboa o progenitor recorreu da decisão anterior que tinha disposto no sentido da manutenção do regime de regulação do poder paternal, ficando a criança entregue à guarda e cuidados da mãe.

Para a decisão judicial de primeira instância, o juiz ponderou as informações obtidas pelos relatórios periciais e sociais:

[...] em ambos os relatórios – periciais e sociais – já citados, se dá conta de relacionamento estreito e afectivo equidistante do C com ambos os progenitores, sendo que ambos denotam capacidade parentais e motivação para prestar ao menor todos os cuidados a nível educacional, de desenvolvimento e de saúde. Porém, em concreto, verifica-se que o progenitor teve falhas no exercício do poder paternal, no período que dispôs de guarda do menor [...].

[...]

Cumprindo sopesar as circunstâncias descritas, entendemos ser de privilegiar a análise do que foi o exercício das responsabilidades parentais pelo progenitor, nos moldes referidos. Concretamente, na insuficiência e desadequação da sua perspectiva de boa formação moral, e acompanhamento da saúde e percurso curricular do menor.

Assim, mais se considerando que o menor mantém estreita relação afectiva e harmonia de convivência com a mãe – não obstante a preferência demonstrada pelo progenitor – entende-se ser do seu melhor interesse beneficiar dos cuidados e acompanhamento desta, ponderadas as dificuldades evidenciadas pelo progenitor. Assim, entende-se ser de improceder o pedido e manter a regulação definitiva vigente.

Na análise desta sentença, é de salientar o preconceito de género/patriarcal expresso no relatório social em que assentou a decisão. Neste relatório verifica-se uma clara preferência pela família “tradicional” de pai, mãe e filhos em relação à família monoparental feminina, que é considerada (emocionalmente) prejudicial à criança, sem qualquer suporte científico:

[...] note-se que se evidencia do mesmo exame e relatório social elaborado (cfr. nº 16 dos factos provados), a condição de único “companheiro” da mãe, onde integra agregado monoparental, revelar-se-á emocionalmente mais onerosa para o menor, do que a integração no agregado familiar do pai, que lhe proporciona a vivência

da conjugalidade e fraternidade (o C reside com o pai, a madrasta e uma meia irmã).

Na apelação à sentença, o requerente vem opor-se à sentença, reportando-se, entre outras coisas, à valoração das provas feita pela magistrada que:

Violou também a M.ma juiz as normas de direito probatório ao não ter julgado provados factos constantes de documentos juntos aos autos e relevantes para a descoberta material e ter considerado provados factos em contradição com documentos existentes nos autos, para além de ter omitido os depoimentos da perita Dr. .... (fls. 290), do consultor técnico e médico de saúde infantil do menor desde o nascimento (fls. 169 do Apenso E), pelo que se impõe a sua impugnação e modificação nos termos e ao abrigo do disposto nos artigos 685º-B e 712º do CPC.

O apelante refere ainda que a decisão da magistrada judicial não só ignorou (em parte) os relatórios sociais e periciais, como a própria vontade da criança, assentando num preconceito de género:

De facto, não só a M.ma Juiz desconsiderou expressamente a vontade do menor adolescente (proferida em 25.11.2009 perante a juiz titular dos autos à data, em Fevereiro de 2010 perante a técnica social, em 1.6.2010 perante perita e psicóloga do Instituto de Medicina Legal e em 23.5.2011 perante a juiz a quo), os relatórios periciais, como ignorou por completo as promoções do Dig.mo Magistrado do Ministério Público proferidas em Abril e Julho de 2010 a fls. 141 e segs e 189 e segs, a decisão provisória do tribunal de 25.11.2011, tendo simplesmente baseado a sua decisão em convicções de que os filhos são para estar com a mãe e o pai só deve pagar.

O Tribunal da Relação de Lisboa discordou, em parte, desta apelação defendendo, por um lado, que “não há na sentença qualquer contradição ou omissão” e aceitando, por outro, os novos factos provados. A decisão final do Tribunal da Relação de Lisboa apoia-se não só nos factos dados como provados, em especial nos relatórios elaborados pelos diferentes peritos, como em múltiplos artigos das mais diversas áreas do saber, chegando a uma decisão inovadora:

Qual é a solução para que propendemos ?

Em primeiro lugar, uma solução que não entre em choque com o sentimento do filho. Mas que também não choque o sentimento da mãe e do pai. A guarda conjunta não parece aconselhável, dada a situação de litígio já antigo entre o pai e a mãe. O C, após a separação dos pais, ficou com a mãe até aos 11 anos de idade. Depois, esteve a viver com o pai, com quem também manteve sempre uma boa

relação. O C diz que “Eu queria ficar com os dois, uma semana com um e outra semana com outro, mas não dava, por causa da escola, e já sabia que os pais não se iam entender, ia ser uma grande confusão” (ibid. Fls. 178). Este Tribunal não pode deixar de tomar nota da grande sensatez e maturidade que o C já revelava aos 12 anos, apesar do conflito entre os pais não o ajudar em nada. O C tem agora 14 anos. A partir de novembro de 2009, ficou a viver com o pai, nos termos de um regime provisório de alteração das responsabilidades parentais (fls. 29-30 e facto 15) – solução com que a mãe não se conformou, embora antes a tivesse admitido na prática (fls. 27). Dada a idade do menor e as dificuldades de relacionamento entre os pais, não é aconselhável que o C fique definitivamente afastado do pai e da irmã (agora com 11 anos), ainda que com regime de visitas.

Então, a segunda melhor solução parece ser a residência alternada, por períodos mais longos. Tendo em conta a organização dos tempos lectivos, parece aceitável que o C passe os períodos escolares alternadamente com a mãe e com o pai. (...)

Em suma:

- 1) Não havendo acordo do pai e da mãe quanto regime de residência, e na impossibilidade de guarda conjunta, deve estabelecer-se o regime de guarda alternada por tempos correspondentes aos períodos escolares. Este regime pode ser alterado por ambos os pais, de comum acordo.
- 2) Atendendo a que daí resultam encargos para ambos os pais, que se compensam, não é de fixar pensão de alimentos. As despesas de educação e saúde serão comparticipadas por ambos em partes iguais.
- 3) As questões de grande importância para a vida do menor serão decididas pelo pai e pela mãe, de comum acordo, sujeitas a decisão do tribunal na falta deste.

Esta decisão é ilustrativa de como o discurso jurídico é um discurso complexo e contraditório, que desempenha simultaneamente um papel emancipador e de mudança social e de produtor e reproduzidor, direta ou indiretamente, de desigualdades sociais (Santos, 2003). Contrariamente, à opinião veiculada pela maioria dos magistrados desfavorável à guarda partilhada (Pedroso *et al.*, 2012), o Tribunal estabelece a guarda “partilhada” da criança, ainda que designando-a de guarda alternada e por períodos de tempo longos, tendo em atenção o superior interesse da criança e apoiando-se noutros saberes.

#### 4. Conclusões

As recentes transformações ao regime de regulação das responsabilidades parentais, designadamente, a adoção de critérios legais indeterminados e *gender neutral*, como o superior interesse da criança, e a entrada em vigor da Lei n.º 133/99, de 28 de agosto, que introduz, nos termos do artigo 147.º-C, da OTM, a assessoria técnica complementar, concorreram para um estreitamento da relação/dependência do direito e da justiça de família e das crianças, na sua aplicação prática, com outros saberes, como

o serviço social, a medicina ou a psicologia (Finemann, 1988; Kruk, 2011). Porém, a relação do direito (da família e) das crianças com outros saberes, em Portugal, remonta ao início do século XX com a instauração da República e a publicação da Lei de Proteção à Infância, de 27 de maio de 1911.

As atuais práticas judiciais de regulação das responsabilidades parentais podem ser interpretadas à luz, por um lado, do conceito de “zona de transação” (*trading zone*) e, por outro lado, do conceito de “demarcação” (*boundary work*). O primeiro permite identificar os esforços no sentido de estabelecerem plataformas de entendimento e de cooperação para dar conteúdo a conceitos indeterminados como o superior interesse da criança, verificando-se uma relação de codependência, em que o direito utiliza a ciência para legitimar as suas decisões e os peritos dependem da ação dos magistrados para verem os seus pareceres legitimados. O segundo dá conta dos esforços de demarcação tanto da parte dos cientistas forenses, como do lado dos magistrados, no sentido de reivindicarem e demarcarem as respetivas competências e autoridades disciplinares. Ao elaborarem os seus relatórios e ao testemunharem, os peritos estabelecem claramente até onde a ciência pode ir. E os magistrados afirmam a independência do direito na seleção e interpretação da informação recolhida junto dos peritos para formular a sua decisão.

A análise das sentenças do Tribunal da Relação de Lisboa revela que a relação entre direito e outros saberes, na regulação judicial das responsabilidades parentais, está profundamente marcada por processos de negociação e de diálogo, mas também de demarcação. Mas, sugere também que a “verdade” é coproduzida (e reproduzida) nos processos de regulação das responsabilidades parentais pelo direito e outros saberes, que são “atividades social e historicamente condicionadas, sujeitas a contingências e a incertezas” (Machado (2007: 57).

Neste sentido e por outro lado, a análise sugere que tanto os pareceres técnicos e científicos como as decisões judiciais são, por vezes, influenciados por concepções dominantes de género, família e classe, dos profissionais judiciais e não judiciais envolvidos. O que nos leva a questionar a objetividade e neutralidade (ou “a” verdade) não só das decisões judiciais, como dos próprios pareceres científicos, e levanta um conjunto de questões a desenvolver no futuro: Existirá um viés de género ou outro nos pareceres técnicos e nas decisões judiciais? Em que medida a conformação ou não a papéis tradicionais de género influencia os pareceres técnicos e, concomitantemente, as decisões judiciais?

## Referências bibliográficas

- Altman, Scott (1996), “Should Child Custody Rules Be Fair?”, *Journal of Family Law*, 35, 325-354.
- Amaral, João Pais do (2010), “A criança e os seus direitos”, in Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra (orgs.), *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 161-176.
- Barreiros, José António (1991), “Do juiz como perito ao perito como juiz dos juizes: A perícia no novo código de processo penal”, *Cadernos do CEJ - Criminalidade e Cultura II*, 1, 11-15.
- Bartlett, Katharine T.; Stack, Carol B. (1986), “Joint Custody, Feminism and the Dependency Dilemma”, *Berkeley Women’s Law Journal*, 9-41.
- Bolieiro, Helena; Guerra, Paulo (2009), *A criança e a família - uma questão de Direito(s)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Boyd, Susan (2003), *Child Custody, Law, and Women’s Work*. Don Mills, ON: Oxford University Press Canada.
- Carbone, June R. (1994), “A Feminist Perspective on Divorce”, *The Future of Children*, 4(1), 183-209.
- Collier, Richard (2008), “Engaging Fathers? Responsibility, Law and the ‘Problem of Fatherhood’”, in Jo Bridgeman; Heather Keating; Craig Lind (orgs.), *Responsibility, Law and the Family*. Aldershot, England; Burlington, VT: Ashgate, 169-190.
- Commaille, Jacques (2004), “L’enfant européen?”, in Daniel Gadbin; Francis Kernaleguen (orgs.), *Le statut juridique de l’enfant dans l’espace européen*. Bruxelas: Bruylant, xxi-xxx.
- Costa, Susana (2013), *Filhos da (sua) mãe. Actores institucionais, perícias e paternidades no sistema judicial português*. Coimbra: Edições Almedina.
- Costa, Susana; Machado, Helena; Nunes, João Arriscado (2002), “O ADN e a Justiça: a biologia forense e o direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos”, in Maria Eduarda Gonçalves (org.), *Os portugueses e a ciência*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 199-233.
- Costa, Susana; Nunes, João Arriscado (2001), “As atribuições da ciência ‘impura’: a harmonização da biologia forense e a diversidade dos sistemas jurídicos”, in João Arriscado Nunes; Maria Eduarda Gonçalves (orgs.), *Enteados de Galileu? A*

- semiperiferia no sistema mundial da ciência*. Porto: Edições Afrontamento, 107-141.
- Fernandes, Diana (2012), *Entre Themis e Asclépio : um estudo da inimputabilidade no ordenamento jurídico-penal português*. Tese de mestrado em Sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Fineman, Martha (1988), “Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decision Making”, *Harvard Law Review*, 101(4), 727-774.
- Foucault, Michel (1980), *Power/knowledge : Selected Interviews and Other Writings : 1972-1977*. New York: Pantheon Books.
- Jasanoff, Sheila (1996), *Science at the Bar. Law, Science, and Technology in America*. Cambridge, Massachusetts/London, England: Harvard University Press.
- Kapur, Ratna (2006), “Revisioning the Role of the Law in Women’s Human Rights Struggles”, in Saladin Meckled-García; Basak Çali (orgs.), *The Legalization of Human Rights: Multidisciplinary Perspectives on Human Rights and Human Rights Law*. Oxon: Routledge, 101-116.
- Kruk, Edward (2011), “A Model Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody”, *The American Journal of Family Therapy*, 39(5), 375-389.
- Lúcio, Álvaro Laborinho (2010), “As crianças e os direitos: O superior interesse da criança”, in Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra (orgs.), *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*. Coimbra: Almedina, 177-198.
- Machado, Helena (2004), “Cidadania polifónica e a (in)justiça para as mulheres”, *Ex Aequo*, 11, 13-26.
- Machado, Helena (2007), *Moralizar para identificar. Cenários da investigação judicial de paternidade*. Lisboa: Edições Afrontamento.
- Neto, Abílio (1999), *Código de processo civil : anotado*. Lisboa: EDIFORUM.
- Nunes, João Arriscado; Gonçalves, Maria Eduarda (2001), “Introdução”, in João Arriscado Nunes; Maria Eduarda Gonçalves (orgs.), *Enteados de Galileu: a semi-periferia no sistema mundial da ciência*. Porto: Edições Afrontamento, 13-31.
- Parente, Carina; Manita, Celina (2010), “Tomada de decisão judicial na regulação do exercício das responsabilidades parentais – estudo exploratório sobre algumas variáveis que a podem influenciar”, *Actas VII Simpósio Nacional de Investigação em Psicologia*. Braga: Universidade do Minho, 3357-3367.

- Pedroso, João (2013), *Acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças*. Tese de doutoramento em Sociologia, apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.
- Pedroso, João; Branco, Patrícia; Casaleiro, Paula; Pozzi, Claudia (2012), *O género do direito e da justiça de família - As desigualdades e violência de género na transformação da lei de família e nas decisões dos Tribunais de Família e Menores*. Relatório de projecto de investigação. Coimbra: CES.
- Ramião, Tomé d'Almeida (2012), *Organização tutelar de menores. Anotada e comentada*. Lisboa: Quid Juris.
- Santos, Boaventura de Sousa (2000), *A crítica da razão indolente : contra o desperdício da experiência*. Porto: Edições Afrontamento.
- Santos, Boaventura de Sousa (2003), “Poderá o direito ser emancipatório?”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, 03-76.
- Silva Dias, Maria do Carmo (1995), “Particularidades da prova em processo penal. Algumas questões ligadas à prova pericial”, *Revista do CEJ*, 3, 169-225.
- Smart, Carol (1999), *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*. London: Sage Publications.
- Sottomayor, Maria Clara (2011), *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*. Coimbra: Almedina.
- Vasconcelos, Ana (2012), “A procura de consiliência : O pedopsiquiatra no Tribunal de Família e Menores”, *Interações*, 19, 49-75.
- Vieira, Fernando; Brissos, Sofia (2007), “Direito e psiquiatria. Um olhar sobre a cultura judiciária na sua intersecção com a psiquiatria”, *Julgar*, 3, 45-60.
- Zappulli, Luisa (2005), “Savoirs professionnels et sens commun en milieu judiciaire : l'activité professionnelle du médecin légiste dans le parquet de Lecce”, *Droit et Société*, 61/2005, 683-700.