A (des)igualdade de género nos tribunais de família e menores: um estudo de sentenças de regulação das responsabilidade parentais em Portugal[1]

João PEDROSO[*]
Paula CASALEIRO[**]
Patrícia BRANCO[***]

RESUMO: As mutações na regulação das responsabilidades parentais, em Portugal, acompanharam as tendências europeias e procuraram responder à necessidade de promover a igualdade entre homens e mulheres, ao aumento de progenitores divorciados ou separados e, ainda, a novas configurações familiares. Analisamos a evolução da regulação das responsabilidades parentais, desde 1974, no que respeita ao cumprimento do princípio jurídico da igualdade, para em seguida discutir se, e como, estas transformações têm impacto na prática judiciária, por meio da análise quantitativa e qualitativa de uma amostra de sentenças (e processos), findos em 2010, em dois Tribunais de Família e Menores portugueses, Lisboa e Braga, bem como de entrevistas a profissionais forenses envolvidos nos mesmos. Apesar de a lei ser *gender neutral*, as representações e práticas judiciárias encontradas reproduzem, ainda, as desigualdades sociais de género[2].

PALAVRAS-CHAVE: Direito da família e das crianças. Regulação das responsabilidades parentais. Igualdade de género. Prática e ideologia judicial.

* UC – Universidade de Coimbra. Centro de Estudos Sociais. Coimbra – Portugal. 3000-995 - jpedroso@ces.uc.pt.

** UC – Universidade de Coimbra. Centro de Estudos Sociais. Coimbra – Portugal. 3000-995 - pcasaleiro@ces.uc.pt.

*** UC – Universidade de Coimbra. Centro de Estudos Sociais. Coimbra – Portugal. 3000-995 - patriciab@ces.uc.pt.

[1] Este artigo resulta do Projeto de Investigação "O género do direito e da justiça da família - As desigualdades e violência de género na transformação da lei da família e nas decisões dos Tribunais de Família e Menores" (FCOMP-01-0124-FEDER-008478), realizado no Centro de Estudos Sociais, financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia e coordenado por João Pedroso.

[2] A Editoria da Revista Estudos de Sociologia manteve a grafia de Portugal que não foi incluída no acordo ortográfico de 2010.

Introdução

As mutações na regulação da família e, especificamente, no caso das responsabilidades parentais (RP), em Portugal, acompanharam as tendências europeias e procuraram responder à necessidade de promover a igualdade entre homens e mulheres, à promoção dos direitos das mulheres, ao aumento de progenitores divorciados ou separados e, ainda, às novas configurações familiares para além da dominante família nuclear (POCAR; RONFANI, 2008; ZANATTA, 2008; PEDROSO, 2013). Recentemente, as transformações ao regime jurídico de regulação das responsabilidades parentais[3] (RRP), em Portugal, estabeleceram como regra o exercício em comum destas relativamente às questões de particular importância para a vida da criança, substituindo a **velha** instituição do poder paternal, e enquadrando-se numa estratégia mais ampla de promover uma maior igualdade de direitos e responsabilidades entre os progenitores (SOTTOMAYOR, 2011).

A evolução do Direito da Família português consagrou a igualdade de direitos entre mulheres e homens, pelo que é, aparentemente, mais difícil sustentar hoje, uma crítica ao mesmo relacionada não só com o facto de algumas reformas legais não serem efetivas e não promoverem a igualdade de género ou, ainda, que este direito reproduz e perpetua as fundações das relações patriarcais, nomeadamente na família. Contudo, como defende Dahl (1993), prevalece ainda a necessidade de uma análise crítica do direito e do sistema jurídico do ponto de vista da igualdade de género, na medida em que, embora o direito legislado nas nossas sociedades tenda cada vez mais para a neutralidade gramatical em termos de género, uma vez considerados todos os níveis de produção e aplicação jurídicos, a diferenciação e a desigualdade entre géneros torna-se óbvia.

O direito – lei e instituições judiciárias – emerge, assim, como um falso neutro, que assenta nos valores da universalidade, igualdade e neutralidade e, por isso, nem sempre é fácil proceder a uma análise crítica que demonstre como contribui para a reprodução de determinadas ideologias, emancipatórias ou não. (SANTOS et al., 2010) O direito não cria relações patriarcais, mas, através de uma maneira complexa e frequentemente contraditória, reproduz as condições materiais e ideológicas nas quais estas podem sobreviver, contribuindo para a perpetuação, legitimação e reprodução das mesmas na sociedade (SMART, 1999; SANTOS et al., 2010).

[3] Ao longo do artigo utilizamos dois conceitos distintos: exercício em comum das RP e guarda partilhada. O primeiro refere-se, nos termos da lei, apenas ao aspeto jurídico de definir quem tem competência para tomar as decisões de particular importância à vida do/a filho/a. O segundo não está previsto expressamente no atual quadro legal e consiste em, durante certo período de tempo, e alternadamente, a criança ficar à guarda de cada um dos progenitores.

Assim, mais do que fenómenos de discriminação ou diferença de tratamento manifestos ou explícitos na legislação de família e nas práticas aparentes dos tribunais, há que observar os processos subtis (menos visíveis, mas ainda mais importantes) pelos quais doutrina jurídica, interpretação e aplicação do direito, em especial da família e das crianças, reproduzem e reforçam as identidades de género e a subordinação das mulheres. Numa sociedade professamente igualitarista promove-se uma relação de complementaridade entre géneros, que, todavia, perpetua uma relativa estanquidade de papéis e esconde mal uma hierarquização material, em termos de recompensa económica e consideração social, dos tipos de trabalho considerados masculino ou feminino (BELEZA, 1990).

Por outro lado, tendo em conta a maior fragilidade socioeconómica das mulheres[4] numa situação de rotura conjugal, ficando as mães mais sobrecarregadas com o sustento das crianças e dependentes das prestações alimentares a cargo dos progenitores masculinos fixadas pelos Tribunais, perpetua-se um ciclo intergeracional de subalternização do seu papel na família e na sociedade (BRAVO, 2007).

É então imperativo averiguar os critérios de avaliação da capacidade para cuidar de uma criança e o que é entendido como boa mãe ou bom pai, por forma a apurar até que ponto o direito contribui para (re)produção das desigualdades sociais, económicas e de género, e como poderá ir além das suas formulações igualitaristas para combater a desigualdade de facto que os indicadores teimam em revelar (OLIVEIRA, 2004). Continuará o discurso judicial, ainda que dizendo optar por critérios neutrais e apoiado por pareceres científicos ou profissionais (relatórios de psicólogos, assistentes sociais, professores, etc.) a (re)produzir as identidades feminina e masculina, contribuindo para a manutenção da crença em formas adequadas de comportamento consoante o género?

Neste texto analisamos a evolução da RRP no contexto mais abrangente das roturas e continuidades do direito da Família em Portugal desde 1974 até hoje, relativamente ao princípio jurídico da igualdade entre homens e mulheres. Para, depois, discutir, se e como, estas transformações têm impacto na prática judiciária. Para tanto apresentamos alguns resultados do estudo de caso de uma amostra de processos findos, em 2010, de RRP em dois Tribunais de Família e Menores (TFM) portugueses, Lisboa e Braga, bem como as representações de profissionais forenses envolvidos nesse tipo de processos obtidas em entrevistas e, ainda, a análise da argumentação em que se fundamentam algumas das sentenças.

[4] No nosso estudo, referente a 2010, as mulheres apresentavam uma condição socioeconómica mais desfavorável que a dos homens, sobretudo no tipo de processos em apreço. Para além disso, verificámos que as crianças continuam a estar maioritariamente à guarda das mães (PEDROSO; CASALEIRO; BRANCO, 2012).

A seleção do estudo de caso e dos dois tribunais deve-se a três razões. Em primeiro lugar, corresponde a um domínio legal em que ocorreram recentemente profundas transformações legislativas - *law in books* - que suscitaram novos desafios à *law in action*. Em segundo lugar, estes casos representam, a nível nacional, a maioria dos conflitos judicializados de família (63,6%, ou seja, 39.208 de um total de 61.574 processos findos de família e crianças, em 2010) e, consequentemente, representam também mais de metade do universo de conflitos judiciais selecionados nos dois referidos TFM. Em terceiro lugar, a escolha destes TFM deve-se às diferenças que apresentam no que respeita ao contexto sociocultural, sociodemográfico e geográfico de inserção, e movimento processual. O TFM de Lisboa está localizado no centro da maior área metropolitana do país, serve uma população urbana e diversificada e tem uma procura judicial elevada (cerca de 7.500 processos entrados anualmente, dos quais cerca de 3.000 dizem respeito às espécies selecionadas). O TFM de Braga, por sua vez, está situado no centro histórico de uma cidade média portuguesa (Braga), serve uma área geográfica maior, de cariz rural e urbano, com maior influência da igreja católica, e tem uma procura judicial menor (cerca de 2.500 processos entrados anualmente, dos quais cerca de 1.000 dizem respeito às espécies selecionadas).

A mutação da regulação das responsabilidades parentais (RRP) na lei portuguesa

Em Portugal, é o Livro IV do Código Civil (art.ºs 1576.º a 2020.º, CC) (PORTUGAL, 2000) juntamente com leis avulsas que regulam vários aspetos da família contemporânea e permitem que o direito se vá adaptando à transformação da família[5]. O Direito da Família atual é, fundamentalmente, resultado da reforma do CC de 1977, na sequência da consagração no art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 1976) do princípio da igualdade e sua projeção no domínio da família, casamento e filiação operada pelo art.º 36.º da CRP (OLIVEIRA, 2004).

A reforma do CC de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro) (PORTUGAL, 1977) consagra a igualdade entre os progenitores e introduz o princípio do exercício das RP pelo progenitor a quem a criança foi confiada, rompendo com o estabelecido nos CCs de 1867 e 1966. Em 1995, a Lei n.º 84/95 (PORTUGAL, 1995), de 31 de agosto, alterou o CC introduzindo a possibilidade de

[5] PEDROSO et al. (2012) defendem que, em Portugal, a vontade de mudança política e as ações político-institucionais são aceleradoras da transformação do direito da família.

os progenitores optarem pelo exercício conjunto das RP ou acordarem a resolução de determinados assuntos, vigorando, para os casos de falta de acordo, o princípio do exercício unilateral das RP pelo progenitor a quem foi atribuída a guarda do/a filho/a. Em 1999, a Lei n.º 59/99 (PORTUGAL, 1999), de 30 de junho, estabelece como regime-regra (dependente do acordo dos progenitores) o exercício conjunto e como subsidiário o exercício unilateral ou singular.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, (PORTUGAL, 2008) é a mais recente alteração legislativa no campo da RRP, alterando simultaneamente o regime do divórcio e normas relativas às RP (mudando, inclusivamente, a designação anterior, de poder paternal para responsabilidades parentais), quer na constância do matrimónio (ou da união de facto), quer após a sua rotura, quer mesmo quando o casamento, ou a união de facto, não ocorreu. Com a mudança de designação muda-se o centro da atenção, que passa a estar não naquele que detém o **poder**, o adulto, mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, nas crianças. (TORRES, 2008) Deste modo, e seguindo esta linha, Bolieiro e Guerra (2009) entendem que a substituição de termos (e de conceitos), que se pressentia há muito como exigível, vem afirmar a ideia de que o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos.

Na constância do matrimónio as RP são exercidas por ambos os progenitores, de comum acordo, como estipulado no art.º 1901.º CC. No caso de faltar este acordo, e se estivermos perante questões de particular importância, qualquer um dos progenitores pode recorrer ao tribunal, que tentará a conciliação. Se esta não for possível, o tribunal ouvirá a criança ou o jovem antes de decidir (exceto se tal for desaconselhado).

Havendo divórcio (ou separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento), nos termos do art.º 1906.º CC, as RP relativas às questões de particular importância[6] para a vida da criança são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta em que qualquer um deles pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível. Quando se tratarem de atos da vida corrente, o exercício cabe ao progenitor com quem a criança/jovem vive ou com quem se encontra temporariamente, que não pode contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo outro progenitor. Ao tribunal compete decidir sempre em harmonia com o superior interesse da

[6] O legislador não quis definir questões de particular importância. Sendo um conceito indeterminado, são normalmente apontados como exemplos a escolha do estabelecimento de ensino, a sujeição a intervenção cirúrgica ou tratamentos especiais, a educação religiosa da criança ou algum aspeto da administração do seu património (GOMES, 2012).

criança/jovem[7], o que compreende promover e aceitar acordos ou tomar decisões que favoreçam as oportunidades de contato entre filhos/as com progenitores, apreciando a disponibilidade manifestada para promover relações habituais entre os/as filhos/as e o outro progenitor, bem como a partilha de responsabilidades entre ambos (n.º 5 e 7 do artigo em apreço)[8]. Quando o exercício em comum relativamente às questões de particular importância for julgado contrário aos interesses da criança/jovem, o tribunal deve, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas em exclusivo por um dos progenitores[9] (art.º 1906.º, n.º 2 CC).

Ao verificar-se uma alteração das circunstâncias nas quais se fundou o acordo ou a sentença que regulou o exercício das responsabilidades parentais ou quando o acordo ou a sentença não sejam cumpridos por ambos, pode qualquer um dos progenitores requerer, nos termos previstos no art.º 182.º da Organização Tutelar de Menores (OTM), a sua alteração. Pode, ainda, haver lugar a solicitação, por um dos progenitores, de incidente de incumprimento, nos termos do art.º 181.º da OTM.

Regulação das responsabilidades parentais (RRP) na prática judicial[10]

A mobilização e a instauração dos processos de regulação, alteração e incumprimento das responsabilidades parentais (RP)

Na globalidade dos processos de regulação, alteração e incumprimento das RP, da nossa amostra, destacam-se na mobilização dos TFM o Ministério Público (MP) em representação dos menores (41,8%) e as mães (39,7%). Em apenas 14% dos processos o pai é o requerente, sendo que a maioria destes processos diz respeito a alterações da RRP em que os progenitores masculinos pretendem baixar

[7] Apesar de nos termos da Declaração Universal dos Direitos da Criança o conceito jurídico de criança abranger os jovens até aos 18 anos. Em português parece-nos adequado, face à realidade social, usarmos diferenciadamente as categorias criança e jovem, conforme a sua idade.

[8] Os art.ºs 1911.º e 1912.º CC, na nova redação, tratam da filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores quando estes viverem em condições análogas às dos cônjuges ou quando tal situação não aconteça.

[9] Em todo o caso, prevê-se na lei o direito por parte do progenitor que não exerce as responsabilidades parentais de ser permanentemente informado sobre a educação e as condições de vida do/a filho/a (GOMES, 2012).

[10] O nosso universo de análise, no que se refere a processos de RRP, é de 2.464, nos TFM de Lisboa e Braga, dos quais selecionámos aleatoriamente e analisámos 194 sentenças (e processos) de regulação e de alteração/incumprimento da RRP. Optámos por definir uma amostra representativa tanto das espécies de processos como dos juízos e secções, seguindo na amostra a mesma proporção registada no universo em análise. As entrevistas foram dirigidas a magistrados judiciais, magistrados do ministério público e advogados junto destes tribunais.

a pensão de alimentos. Já nos processos em que a mãe é requerente predominam os incumprimentos de sentenças de RRP (58,4%), seguidos das regulações iniciais de RRP (28,6%).

Tabela 1 - Mobilizadores dos processos de RRP por TFM

		Tribunal				Total
		TFM Braga		TFM Lisboa		
Requerente	MP em representação do menor	30	53,6%	51	37,0%	81
	Mãe	11	19,6%	66	47,8%	77
	Pai	13	23,2%	14	10,1%	27
	Ambos	1	1,8%	3	2,2%	4
	Outro Familiar	1	1,8%	4	2,9%	5
Total		**56**	**100,0%**	**138**	**100,0%**	**194**

Fonte: Pedroso et al. (2012).

A maioria dos processos de incumprimento deve-se à falta de pagamento da prestação de alimentos e, estando ainda a grande maioria das crianças entregues à guarda das mães, são estas que necessariamente figuram como requerentes na generalidade destes processos.

No entanto, o MP é o requerente quase exclusivo, em nome das crianças, nos processos de RRP. De acordo com entrevistas realizadas junto de magistrados do Ministério Público, são sobretudo as mães de estratos socioeconómicos mais baixos (sem emprego, beneficiárias do rendimento social de inserção (RSI) ou com salários próximos do salário mínimo nacional[11]) que se deslocam ao Ministério Público para este intentar essas ações de regulação das responsabilidades parentais.

> Eu diria que em 99,9% dos casos quem se dirige a nós são mulheres. É raro termos situações de homens que venham ao atendimento. […] É muito raro termos classes altas ou média-alta. Vão aos advogados, têm outra maneira de funcionar. Nós aqui temos as pessoas com problemas económicos, RSI, salário mínimo (MP1 Lisboa).

O recurso ao Ministério Público como autor de processos de regulação, alteração e incumprimento das responsabilidades parentais não é semelhante nos dois TFM analisados. Em primeiro lugar, o Ministério Público parece ter um papel

[11] O Salário Mínimo Nacional era, no início de 2013, de 485€ mensais. O RSI é uma prestação social para as famílias em situação de extrema pobreza e sem qualquer outro rendimento.

proporcionalmente mais ativo no TFM de Braga, sendo requerente em mais de metade dos processos de regulação das responsabilidades parentais, do que no TFM de Lisboa, onde é requerente, apesar de um maior número absoluto, em menos de 40% dos processos analisados. Esta situação pode ser explicada por razões de contexto social, mais rural em Braga, e consequente maior procura do MP, na sua tradicional função de curador de menores, em lugar de recorrerem a advogados. Ou, ainda, pode ter uma explicação interna ao desempenho do MP em cada um dos TFM (em termos de funcionamento do serviço de atendimento ou de empenho dos próprios magistrados). Mas esta diferença de procura do MP explicar-se-á também porque em Lisboa existirá, neste tipo de processos, um maior recurso aos advogados do sistema de apoio judiciário e também do mercado advocatício. Em segundo lugar, os progenitores do sexo feminino e masculino têm pesos diferentes nos TFM de Braga e de Lisboa: enquanto no TFM de Lisboa as mães são requerentes em quase 50% dos processos e os pais apenas em 10%, já no de Braga existe um equilíbrio entre os requerentes progenitores de ambos os sexos. Este facto deve-se, como referido, aos progenitores masculinos no TFM de Braga instaurarem um número significativo de processos de alteração da RRP.

Os processos de regulação de responsabilidades parentais (RRP) como fim e como instrumento para obter apoios sociais

No total de 194 processos de RRP analisados predominam os processos de regulação (55,2%), seguidos dos processos de incumprimento (25,8%) e dos processos de alteração das responsabilidades parentais[12] (17%). Os TFM de Braga e Lisboa apresentam uma distribuição distinta por espécie de processos. Por um lado, e ainda que em ambos os TFM dominem os processos de RRP, estes apresentam proporções díspares no total da amostra, 73,2% em Braga e em Lisboa somente 47,8%. Por outro lado, enquanto em Lisboa se regista uma elevada percentagem de processos de incumprimento (35,5%), em Braga estes são residuais.

O elevado número de processos é normalmente associado ao aumento de situações de rotura familiar. Contudo, os entrevistados referiram que a RRP não é muitas vezes um fim em si, apesar da rotura familiar, mas um meio para obter determinados apoios sociais, como apoio social de renda de casa, o RSI ou o fundo de garantia de alimentos devidos a menor. Esta situação explica que em Braga quase não existam processos de incumprimento para devedores de alimentos, dado que as

[12] Nas sentenças, o que não deixa de ter significado, continua a utilizar-se a designação poder paternal, nomeadamente nas alterações e incumprimentos, porém aqui optamos por utilizar a designação adotada na legislação mais recente.

mães se satisfazem com apoios sociais a que a sentença de RRP permite acesso. Já em Lisboa, devido ao contexto urbano, existe uma maior propensão para demandar e sancionar os devedores de alimentos incumpridores. Das entrevistas efetuadas resulta que:

> Há muitas pessoas que vêm aqui não porque tenham interesse em proceder à regulação […] mas porque pedem apoios para a renda de casa, para a segurança social [rendimento social de inserção] […], e não sei porque exigem a regulação (MP Braga).
>
> Há muitas regulações que visam, acima de tudo, chegar ao apoio social do fundo de garantia de alimentos devidos a menores (MJ2 Lisboa).

No caso dos incidentes de incumprimento, requeridos predominantemente pelas mães (e no caso de Lisboa) por falta de pagamento dos alimentos pelos progenitores masculinos, o MP promove que, caso o requerido esteja empregado ou receba alguma pensão ou subsídio, seja acionada a dedução ou desconto das quantias em dívida nesse salário ou pensão (art.º 189.º OTM). Normalmente, e dando-se como provado o incumprimento, a decisão judicial vai no sentido da promoção do MP. Nas situações em que não se conseguem apurar rendimentos ao requerido (a maior parte dos casos), porque está desempregado e não recebe qualquer subsídio ou tem paradeiro desconhecido ou se encontra preso, o MP promove, algumas vezes, que seja acionado o Fundo de Garantia de Alimentos devidos a Menor (Decreto-Lei n.º 164/99, de 13 de maio), através do qual o Estado assume a garantia e a prestação social de pagamento de alimentos a menores quando não os recebem do progenitor a isso judicialmente obrigado. É de salientar que, muitas vezes, são as próprias mães que requerem que o pagamento seja feito pelo Fundo de Garantia. Se são dados como preenchidos os requisitos relativos à atribuição do benefício, a decisão judicial condena o Fundo de Garantia ao pagamento, em substituição do/a requerido/a.

As causas do conflito: as pensões de alimentos, o direito de visitas e os preconceitos de género

A fixação da pensão de alimentos a crianças é responsável pela maior parte da conflitualidade nos processos de RP – regulação, incumprimento e alteração – seguida dos conflitos relativos ao direito de visitas, aos fins de semana ou em período de férias. Resulta dos relatos dos entrevistados que:

> Em mais de 50% dos casos o problema é o valor da pensão de alimentos. De seguida, a questão fraturante é a guarda, sempre. Os contatos [direito de visitas] são também delicados (MJ1 Lisboa).

No entender dos mesmos existe um preconceito de género associado à pensão de alimentos devida aos filhos/as, já que em muitos casos é notório que os progenitores masculinos discutem o valor e/ou recusam-se a efetuar o pagamento por consideraram que a mãe vai utilizar o dinheiro em proveito próprio e, ainda que estejam separados, pretendem continuar a ter um poder de controlo sobre a mesma.

> **Não te pago a pensão a ti**, e entende-se aqui, penso que em 100% dos casos pelos homens, que significa **não pago pensão porque andas com este e aquele, não te vou dar dinheiro**. (MJ1 Lisboa).

> Os pais vêm sempre, e podem dizê-lo ou não diretamente, com aquela ideia de **se eu pagar pensão de alimentos, a mãe vai usar o dinheiro da pensão para ir para o cabeleireiro ou pintar as unhas** (Adv1 Lisboa).

Na grande maioria dos processos fica estabelecido o pagamento dos alimentos às crianças por parte do progenitor masculino (79,8%). De acordo com os entrevistados e as sentenças analisadas o valor das prestações de alimentos a menores é, em média, de 100 a 150 euros por criança, por mês, tanto em Lisboa como em Braga, havendo também fixação de valores mais baixos atendendo à situação de fragilidade económica dos progenitores em decorrência do impacto da crise.

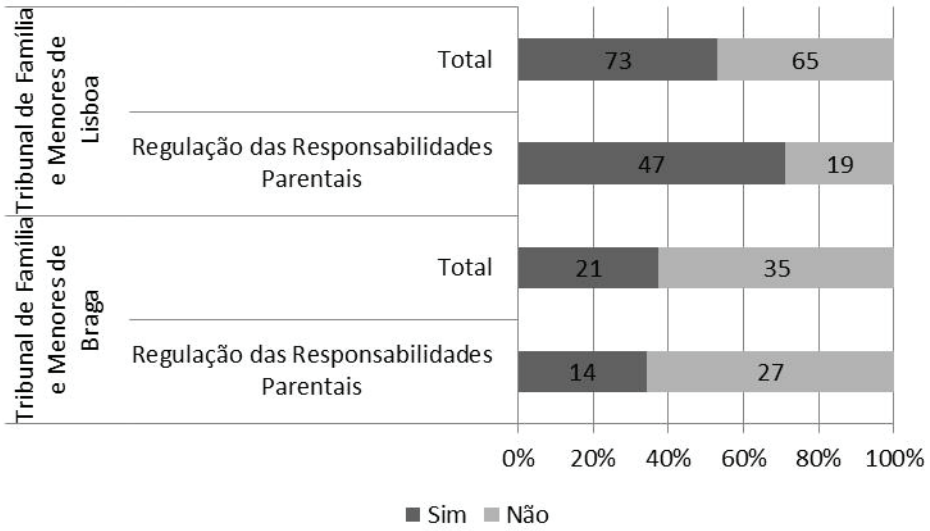
Quanto à atribuição do direito a visitas existe um relativo equilíbrio entre os processos em que os fins de semana, férias e festividades são partilhados e aqueles processos em que não o são. Os entrevistados referem que tem havido uma evolução no estabelecimento de contatos entre a criança e o progenitor não residente, tendo o modelo tradicional de pais de 15 em 15 dias sido abandonado e os contatos alargados o mais possível.

> A regra é estabelecer um contato mais próximo, o mais intenso possível, com os progenitores: os fins de semana são deles por excelência, e a meio da semana um contato (MJ1 Braga).

A propensão para o acordo entre os progenitores residentes na área do TFM de Lisboa

Em termos gerais, existe um relativo equilíbrio entre os processos em que é conseguido um acordo entre os progenitores (48,5%) e os processos em que não existe acordo (51,5%). De salientar, contudo, que a proporção de acordos difere entre os tribunais e entre as espécie de processos. Enquanto no TFM de Braga apenas 37,5% dos processos culminam em acordo, em Lisboa estes representam 52,9% dos processos. As diferenças entre os dois TFM são ainda mais expressivas quando observamos os processos de RRP: em Lisboa, 71,2% destes processos findou com a homologação de um acordo, enquanto em Braga não ultrapassam os 37,1%. Tal situação, como referido, pode ser induzida pela necessidade de sentenças judiciais para aceder aos apoios sociais ou pelo facto de haver muitos pais emigrantes, ausentes do país, ou, ainda, uma cultura de litigação induzida pelo contexto social ou pelo desempenho das profissões forenses.

Gráfico 1 – Acordo por TFM



Fonte: Pedroso et al. (2012).

No que respeita às espécies de processos, num extremo temos os processos de regulação, com quase 60% de acordos, no extremo oposto encontramos os processos de incumprimento, com apenas 26% de acordos. Nos processos de alteração existe um relativo equilíbrio entre os processos com e sem acordo.

A atribuição da guarda e das responsabilidades dos filhos predominantemente à mãe: as desigualdades sociais de género e a ideologia judicial

A guarda do(s) filho(s) é atribuída na grande maioria dos casos à mãe (77,6% no TFM de Lisboa e 72% em Braga), seguida de longe pelos familiares (14% no TFM de Lisboa e 6,6% em Braga) e pelo pai (8% no TFM de Lisboa e 6,6% em Braga), não existindo diferenças significativas entre o TFM de Lisboa e o de Braga. Note-se, contudo, que os dois únicos casos de guarda partilhada entre os progenitores são do TFM de Lisboa.

Tabela 2 – Atribuição da guarda nos processos de RRP por TFM

	TFM Braga		TFM Lisboa	
	N	% válida	N	% válida
Partilhadas	0	0,0%	2	2,6%
Mãe	36	72,0%	59	77,6%
Pai	4	8,0%	5	6,6%
Familiar	7	14,0%	5	6,6%
Família de Acolhimento	1	2,0%	1	1,3%
Instituição	0	0,0%	1	1,3%
Outra	2	4,0%	3	3,9%
Total	**50**	**100,0%**	**76**	**100,0%**

Fonte: Pedroso et al. (2012).

O predomínio de guardas atribuídas às mães é associado pelos entrevistados às desigualdades sociais de género pré-existentes, em especial no que toca ao exercício da parentalidade. Na maioria dos casos os progenitores partem do pressuposto que os filhos ficam a residir com as mães e as progenitoras não querem abdicar da guarda, não existindo litígio quanto à guarda das crianças.

> Normalmente acontece-nos muito os pais, à partida, admitirem logo que os filhos vão para a mãe. Os casos em que o pai luta pela guarda dos filhos são muito reduzidos (Adv2 Braga).

> Nós temos a realidade de facto, a realidade incontornável de que a maioria das crianças portuguesas reside só com a mãe. […] E temos uma maior distância também em relação aos pais. Mas isso tem estado a mudar, em algumas situações já se nota uma boa evolução. […] Acho também que a generalidade das mães não abdica do seu papel de guardião (MJ2 Lisboa).

Mas se é certo que o viés de género, de na maioria dos casos a guarda dos filhos ser entregue à mãe, resulta da estruturação do funcionamento da sociedade, também a ideologia dos magistrados, bem como a forma como interpretam as leis, servem para o acentuar.

Em primeiro lugar, atendendo às entrevistas, verifica-se a recusa ainda dominante da guarda partilhada ou residência alternada com ambos os progenitores com fundamento na proteção da estabilidade da criança, sem existirem provas irrefutáveis de ser traumática para esta; e a fuga à pensão de alimentos, que pode ser resolvida com a fixação de pensão nos termos habituais. Deve também ser ponderada numa perspetiva da representação social das funções de pai e mãe dos magistrados, na medida em que esta resistência remete para o ideário cultural tradicional da guarda (predomínio de guardas atribuídas às mães), com a qual o exercício das RP em comum não tem colidido, contribuindo, ainda que indiretamente, para a manutenção do *status quo* e das desigualdades sociais de género associadas à parentalidade. Não obstante, dois dos entrevistados, um magistrado do MP e uma juíza, referiram aceitar homologar os acordos com guarda partilhada, considerando até que estas situações são positivas para as crianças, desde que a mesma esteja já estabelecida de facto e reunidas determinadas condições: proximidade geográfica e progenitores com um estatuto socioeconómico relativamente elevado.

Em segundo lugar, atendendo à ideologia dos magistrados refletida nas sentenças, continua a manifestar-se um certo posicionamento estereotipado em relação ao papel desempenhado pelas mães, que vem reforçar o funcionamento, também ele estereotipado, da sociedade. De facto, se a sociedade já impõe que sejam as mulheres as cuidadoras das crianças e dos jovens, porque os progenitores do sexo masculino não querem esse papel, resultou também da nossa análise que há, ainda, juízes que fundamentam as suas decisões dando uma maior ênfase à normalidade, essencialidade e caráter insubstituível das compensações afetivas maternas, baseando-se na jurisprudência corrente e na moderna psicologia, como resulta de uma sentença proveniente do TFM de Lisboa:

> É conhecida a importância das compensações afetivas maternas, a necessidade de uma identificação satisfatória com a progenitora do mesmo sexo e da consolidação da imagem e modelo de identificação maternos […] é jurisprudência corrente que, face às regras da experiência comum, derivadas de razões genético-biológicas, dentro de parâmetros normais, corresponde melhor ao interesse da menor, designadamente, até à puberdade a sua guarda à mãe. É dado adquirido e incontestável a nível da moderna psicologia o caráter único e insubstituível das relações mãe-filho e a essencialidade das compensações afetivas maternas na fase da primeira infância. Tal princípio encontra, aliás, expressão nos Direitos

> da Criança, cujo princípio VI consigna que **a criança para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, tem necessidade de amor e compreensão**.

Esta argumentação cita abusivamente, em nosso entender, a Declaração Universal dos Direitos da Criança, dado que esta não considera que amor e compreensão sejam sentimentos femininos ou maternos. Apesar de invocar o direito internacional, a jurisprudência e o conhecimento de psicologia, a sentença reproduz o estereótipo da mãe cuidadora e do pai provedor. Quando confrontados com excertos de duas sentenças semelhantes, todos os entrevistados foram unânimes no repúdio das mesmas, ainda que considerem que nos primeiros meses de vida (a tenra idade) a ligação materno-infantil é incontornável, dadas as necessidades biológicas de desenvolvimento saudável da criança.

> Não concordo nada com este entendimento, não há nenhum contributo da psicologia moderna que me diga que isto realmente é assim [...] Eu só concordo quando existe a questão do aleitamento, isso aí tenham paciência, não me venham dizer que há leitinho da farmácia porque não é a mesma coisa. Aí sim, já recorro outra vez à psicologia, aquela questão do bebé, do peito, da mãe, do carinho que recebe ali, isso sim (MJ1 Braga).

É, ainda, de salientar, segundo um dos entrevistados, o facto de que quando há litígio existe um maior equilíbrio entre a guarda atribuída às mães e aos pais. A guarda só é predominantemente atribuída à mãe nas situações em que ambos progenitores estão de acordo, nessa parte, mesmo que não estejam de acordo relativamente à fixação da pensão de alimentos ou direito de visitas.

> Temos que fazer uma separação entre os casos em que se disputa a guarda e aqueles em que não se disputa […] Nestes últimos, que são a esmagadora maioria, e acho que passam os 90%, não se disputa a guarda porque está já predefinido que será para a mulher, 10% será para os homens. Quanto àqueles em que há um litígio pela guarda, eu acho que as decisões andarão à volta dos 50%, não há uma diferença significativa de a guarda ser atribuída à mãe, há muitos casos que foi entregue ao pai quando houve disputa clara. […] (MJ2 Braga).

Nos processos em que existe disputa quanto à guarda, os critérios que os magistrados judiciais referem utilizar são a figura primária de referência e a manutenção da situação da criança, aliadas à capacidade de assegurar os contatos com o progenitor não residente:

> A criança tem que ficar onde se sente melhor, com quem tem mais ligação. […] O critério essencial é mesmo a vinculação afetiva da criança, que tem que ficar a residir com quem se sente mais segura e com quem se sente mais em casa (MJ2 Lisboa).
>
> E há outro critério legal que é preciso ter em conta que é este: o do progenitor que assegura um melhor contato com o outro (MP2 Lisboa).

O exercício em comum das responsabilidades parentais (RP) por força da lei[13] v.s. a guarda exclusiva atribuída à mãe

Os casos de exercício em comum das RP são os mais frequentes, em conformidade, de resto, com o regime regra estabelecido na Lei. De acordo com os entrevistados, as RP são atribuídas em exclusivo à mãe apenas quando a realidade social de facto não permite a aplicação do regime-regra, seja porque os progenitores masculinos emigraram, estão ausentes em parte incerta, ou se demitem de exercer o seu poder-dever de parentalidade.

Tabela 3 – Atribuição do exercício das RP relativas às questões de particular importância para a vida do filho, por TFM

	TFM Braga		TFM Lisboa		Total	
	N	%	N	%	N	%
Exercício em comum	16	32,0%	44	57,9%	60	47,6%
Mãe	22	44,0%	22	28,9%	44	34,9%
Pai	3	6,0%	4	5,3%	7	5,5%
Familiar	6	12,0%	4	5,3%	10	7,9%
Família de Acolhimento	1	2,0%	1	1,3%	2	1,6
Instituição	0	0,0%	1	1,3%	1	0,8%
Outra	2	4,0%	0	0,0%	2	1,6
Total	**50**	**100%**	**76**	**100%**	**126**	**100%**

Fonte: Pedroso et al. (2012).

Quanto à atribuição do exercício em comum das RP são de salientar também as diferenças registadas entre o TFM de Lisboa e o de Braga: enquanto em Lisboa em 57,9% dos processos foi estabelecido o exercício em comum, em Braga este valor

[13] Nas entrevistas realizadas e citadas, os entrevistados designam o regime-regra de exercício em comum das RP, estabelecido na lei, de exercício conjunto.

não ultrapassa os 32%. A existência ou não de acordo influencia particularmente a decisão: enquanto na maioria dos processos em que existe acordo estabelecem-se as RP exercidas em comum (75,7%), nos processos em que não existe acordo esta é atribuída, na maior parte dos casos, em exclusivo à mãe (65,4%). As diferenças assinaladas quanto à atribuição das RP no TFM de Lisboa e no de Braga estão certamente associadas às diferenças observadas na existência ou não de acordo entre os progenitores, mais raro no TFM de Braga e mais comum no de Lisboa e, ainda, em Braga pela ausência dos progenitores masculinos.

No entender dos entrevistados a atuação dos progenitores está relacionada com a relação prévia existente entre os mesmos e entre estes e a criança, isto é, quando se verificou uma relação de convivência com alguma duração no tempo procura-se o exercício em comum, por oposição às situações em que as crianças nasceram de relações ocasionais onde não houve convivência e em que ambos os progenitores não desejam o exercício em comum das responsabilidades.

> Continuo a achar que há duas realidades muito diferentes: quando nunca houve vida em comum dos pais e quando houve vida em comum dos pais com a criança. Nos casos em que não houve vida em comum, a maioria das vezes as crianças residem com a mãe, e os pais estão um bocadinho alheados. Não fazem tanta questão das responsabilidades parentais conjuntas, e muitos deles acham que a mãe decide bem, não querem nem estão preparados para assumir a responsabilidade (MJ2 Lisboa).

Conclusões

A prática judiciária acompanhou em grande medida as transformações legais no sentido de promover uma maior igualdade entre homens e mulheres. A regra judicial de atribuição da guarda dos/as filhos/as tem sido, nos tribunais analisados, após a superação do critério da preferência maternal, o da figura primária de referência, aliado à capacidade de assegurar os contatos com o progenitor não residente. Este critério prático *gender neutral* acompanhou o sentido da lei e permite a entrega, pelos Tribunais, da guarda da(s) criança(s) ao pai, sobretudo em casos de litígio entre os progenitores, e, consequentemente, a superação dos estereótipos do pai provedor e da mãe cuidadora. A adoção de critérios de prática judiciária *gender neutral* concorre, assim, a par do alargar do tempo de visitas do progenitor não guardião (em geral o pai) e a fixação do exercício em comum das RP, para uma maior igualdade de direitos e de responsabilidades entre os progenitores. Assim, a

igualdade perante a lei começa gradualmente a neutralizar a hegemonia social, ainda existente, da prática da entrega da guarda dos filhos à mãe.

Contudo, as relações parentais judicializadas, apesar de uma lei de família igualitária e *gender neutral* e da transformação da prática judicial, em curso, constituem, ainda, um reduto de resistência à igualdade de género, reproduzindo, por um lado, a desigualdade de responsabilidades que predomina entre as mulheres e os homens, em Portugal, no que se refere ao desempenho do papel parental (ABOIM, 2010), continuando as mães a assumir maioritariamente o papel de cuidadoras primárias dos filhos e os homens o papel de provedores. E, por outro lado, ainda prevalecem as representações dos profissionais forenses relativamente ao exercício da parentalidade, do arquétipo de mulher como mãe e cuidadora e da família heterossexual. Também os progenitores do sexo masculino reproduzem essas representações ao partirem do pressuposto que os filhos ficam a residir com as mães, ao mesmo tempo que discutem o valor e/ou recusam-se a efetuar o pagamento da pensão de alimentos, por consideraram que a mãe vai utilizar o dinheiro para proveito próprio e porque separados pretendem continuar a ter um poder económico, social (e até sexual) de controlo sobre a mesma. Em suma, a prática judicial ainda reflete as desigualdades de género estruturais existentes na sociedade, reproduzindo nas suas sentenças a representação (ideologia) sobre os papéis de género tradicionais no exercício da maternidade e paternidade.

No entanto, importa salientar os diferentes perfis de litigação relativos à regulação das responsabilidades parentais observados nos TFM de Lisboa e de Braga, associados às diferentes práticas dos profissionais forenses de cada um destes tribunais e ao contexto sociocultural e económico dos territórios que servem. Em primeiro lugar, os TFM de Braga e Lisboa apresentam uma distribuição por espécie de processos distinta, verificando-se uma maior proporção de processos de incumprimento em Lisboa. Em segundo lugar, no que respeita a quem mobiliza o tribunal no âmbito destes processos, por um lado, o MP, em representação das crianças, a pedido, em regra, das mães, tem um papel proporcionalmente mais ativo na totalidade dos processos de responsabilidades parentais instaurados no TFM de Braga. Por outro, enquanto no TFM de Lisboa predominam as mães como requerentes, no TFM de Braga existe um equilíbrio entre os requerentes progenitores do sexo feminino e masculino. Por último, a análise efetuada aponta para a existência de muito menos acordos entre os progenitores em Braga.

Resulta, ainda, que a RRP não é muitas vezes um fim em si, apesar da rotura familiar, mas um meio para obter determinados apoios sociais. Este uso instrumental da RRP reflete a fragilidade socioeconómica das mulheres com filhos a cargo, com o consequente uso do Direito da Família para as compensar.

A concluir, resulta da nossa análise das práticas judiciárias na RRP que o Direito da Família, em transformação, pode potenciar a mudança das estruturas institucionais e sociais em que está imerso (embora lentamente), bem como os modelos de raciocínio em que a desigualdade de género ainda assenta (UNZUETA, 2004), o que significa que este tem o potencial para gerar, ainda que gradualmente, práticas judiciais e sociais tendentes à promoção da igualdade de género e, consequentemente, à emancipação (SANTOS, 2003).

Gender (un)equality in the Lisbon and Braga family courts: the study of judicial sentences of parental responsabilities regulation in Portugal

ABSTRACT: *In Portugal, the mutations in the regulation of family relations, and specifically in the case of parental responsibilities, followed the European tendency and responded to the necessity of promoting equality and women's rights, the growth of divorced or separated parents and to the new families' configuration. In this article we aim to discuss the evolution of the regulation of parental responsibilities in Portugal from 1974 to the present, in what concerns the fulfilment of the equality principles. In order to discuss if and how these changes impact the judicial practice, we will present a quantitative and qualitative analysis of a collected sample of family resolved cases in 2010, in two Family Courts, Braga and Lisbon, and of interviews with legal professionals.*

KEYWORDS: *Family and children law. Parental responsibilities regulation. Gender equality.*

Referências

ABOIM, S. Género, família e mudança em Portugal. In: WALL, K.; ABOIM, S.; CUNHA, V. (Coord.). **A vida familiar no masculino:** negociando velhas e novas masculinidades. Lisboa : C.I.T.E, 2010. p.39-66.

BELEZA, T. P. **Mulheres, direito, crime ou a perplexidade de Cassandra**. Lisboa: Faculdade de Direito, 1990.

BOLIEIRO, H.; GUERRA, P. **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.

BRAVO, T. M. Género e justiça: que igualdade para o séc. XXI. **Campus Social**, Lisboa, v.3-4, p.237-247, 2007.

DAHL, T. S. **O direito das mulheres:** uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

GOMES, A. S. **Responsabilidades parentais.** Lisboa: QuidJuris, 2012.

OLIVEIRA, G. Dois numa só carne. **Ex Aequo**, Oeiras, n.10, p.41-49, 2004.

PEDROSO, J. et al. **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. Coimbra: CES, 2012.

PEDROSO, J. **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. 2013. 647f. Dissertação (Doutorado em Sociologia do Estado, do Direito e da Administração) - Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013.

PEDROSO, J.; CASALEIRO, P.; BRANCO, P. A odisseia da transformação do Direito da Família (1974-2010): um contributo da sociologia política do direito. **Revista Sociologia,** Porto, v.22, p.219-238, 2012.

POCAR, V.; RONFANI, P. **La famiglia e il diritto**. Roma, Bari: Editori Laterza, 2008.

PORTUGAL. Lei n.61/2008, de 31 de outubro. Altera o regime jurídico do divórcio. **Diário da República:** República Portuguesa, Lisboa, 31 out. 2008.

_____. **Código Civil.** Coimbra: Almedina, 2000.

_____. Lei n.59/99, de 30 de junho. Altera o artigo 1906.º do Código Civil (exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento). **Diário da República:** República Portuguesa, Lisboa, 30 jun. 1999.

_____. Lei n.84/95, de 31 de agosto. Altera o Código Civil, permitindo a opção dos pais pelo exercício comum do poder paternal. **Diário da República:** República Portuguesa, Lisboa, 31 ago. 1995.

_____. Decreto-lei n.496/77, de 25 de novembro. Introduz aterações ao Código Civil. **Diário da República:** República Portuguesa, Lisboa, 25 nov. 1977.

_____. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa:** promulgada em 2 de abril de 1976. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1976. 139p.

SANTOS, B. S. Poderá o direito ser emancipatório. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n.65, p.3-76, 2003.

SANTOS, B. S.; et al (Ed.). **Cometi um crime?** Representações sobre a (i)legalidade do aborto. Porto: Afrontamento, 2010.

SMART, C. **Law, crime and sexuality:** essays in feminism. Londres: Sage Publications, 1999.

SOTTOMAYOR, M. C. **Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio**. Coimbra: Almedina, 2011.

TORRES, A. **Nova lei do divórcio**. Lisboa: Grupo Parlamentar do Partido Socialista, 2008.

UNZUETA, M. A. B. Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo: il principio d'ugualianza di donne e uomini comme strategia per una rilettura giuridica. **Ragion Pratica**, Bologna, n.23, p.363-379, 2004.

ZANATTA, A. L. **Le nuove famiglie.** Felicità e rischi delle nuove scelte di vita. Bolonha: Il Mulino, 2008.

Recebido: 2/04/2013
Aprovado: 25/01/2014