

IMPEDIMENTO DE FACTO AO EXERCÍCIO DO PODER PATERNAL

1. Introdução

Com a presente exposição pretende-se apresentar os argumentos que sustentam as duas posições em confronto para a mesma matéria fáctica, com recurso à documentação reunida para o tratamento cuidado e zeloso da questão de que fui incumbido, conforme à exigência pessoal e da profissão.

2. A Intervenção

Menor que havia anos residia com Familiar em Portugal. A Familiar encontrava-se munida de autorizações de ambos os pais, para a vinda da criança para Lisboa a fim de ser cuidada pela mencionada Familiar; de uma decisão de tutela provisória deferida a seu favor proferida pelo Tribunal e de uma cópia de Acordo de Promoção e Protecção, pelo qual o Menor foi confiada à guarda e cuidados da Familiar.

O Menor estava inscrito no Alto-Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, conforme ao Decreto-Lei 67/2004, de 25-3, que aprova o registo nacional de menores estrangeiros que se encontrem em situação irregular no território nacional e a Familiar. A fim de se evitar dificuldades que se previa para a inscrição do Menor em estabelecimento de ensino superior com a conclusão do Ensino Secundário, pretendeu-se a regularização da residência daquele em Portugal.

No âmbito do regime da autorização de residência, aprovado pela então vigente Lei 23/2007, de 4-7, não se verificou outra solução para o fim visado que não passasse pelo reconhecimento judicial do papel da Familiar em relação à Menor que era e é efectivamente o papel de tutora dativa do Menor, substituindo de facto os pais no exercício do poder paternal sobre aquele, sendo que os pais nunca deixaram de residir no seu país, a distância não os permitia satisfazer as necessidades exigidas em relação à menor no âmbito do poder paternal e efectivamente haviam entregado à Familiar o exercício dessas

funções e desde então confiado que esta as exercia efectivamente, o que se verifica, e descurado completamente dessas funções, salvo eventuais visitas a Portugal e contactos que se mantinham à distância.

Sendo o reconhecimento da tutela por parte da Familiar a solução que melhor se adequava para o suprimento da necessidade de representação legal do Menor.

Em alternativa, poderia procurar-se a regularização da residência do Menor como descendente desta Familiar, a qual era de nacionalidade portuguesa, nos termos da Directiva 2004/38/CE. Com a dificuldade de então de que a transposição portuguesa e a prática do SEF iam no sentido de que os netos não eram descendentes directos.

Perante este quadro e atento ao regime do país dos progenitores e de Portugal sobre a tutela, o aconselhamento foi no sentido de começar por promover o reconhecimento da necessidade da tutela a seu favor sobre o Menor, o que a Constituinte também quis e fez-se.

Nenhuma norma impedia que a Familiar promovesse a acção tutelar comum de instituição da tutela civil sobre o Menor, pelo contrário, oficiosamente deveria esta medida de suprimento do poder paternal já ter sido despoletada.

Na petição foram alegados os factos todos pertinentes, o direito do país dos progenitores aplicável foi também alegado e junto com comprovativo da respectiva Embaixada relativo à sua vigência.

Em face da factualidade evidente de inexistência de efectivo poder paternal sobre a Menor, do Direito aplicável de interpretação da lei e da protecção à criança do princípio constitucional e internacional do supremo interesse da criança, incluindo jurisprudência da Relação de Lisboa, sem garantir a decisão estava confiante de que esta seria favorável à constituinte.

No entanto, o Ministério Público opôs-se, com fundamento na argumentação que sustenta que a prévia inibição dos pais é pressuposto da

verificação do impedimento, argumentação esta que foi atendida pelo Meritíssimo Juiz e assim indeferida a petição.

3. O Conceito de Impedimento de Facto

Por impedimento entende-se, normalmente, como algo exterior à mera autonomia individual que obsta à concretização/satisfação duma determinada vontade.

Por impedimento de facto, aquele impedimento resultante de situação que por si só, de forma imanente, evidente e objectiva, intransponível independentemente da vontade do agente, não permite a concretização/satisfação duma determinada vontade.

No âmbito jurídico impedimento de facto é um conceito aberto, densificado pelo entendimento da expressão no seu uso normal.

4. O Direito Vigente em Portugal

- Convenção Sobre os Direitos da Criança, Resolução A.R. 49/90, 12-9 Artigo 3.º:
 - Todas as decisões relativas a crianças, adoptadas por instituições públicas ou privadas de protecção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.
- Acordo de Cooperação Judiciária Portugal-Moçambique, Resolução A.R, 7/91, 14-2 Artigo 13/2:
 - Não é necessária a revisão: a) quando a decisão seja invocada em processo pendente em qualquer dos Estados Contratantes como simples meio de prova sujeito à apreciação de quem haja de julgar a causa.
- Constituição da República;
Artigo 69.º (Infância):
 - As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as

formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições.

● Código Civil:

Artigo 9/2 (Interpretação da lei):

1. A interpretação não deve cingir-se a letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada.
2. Não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso.
3. Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

Artigo 10/2 (Integração das lacunas da lei):

1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos.
2. Há analogia sempre que no caso omissivo procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei.
3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Artigo 124.º (Suprimento da incapacidade dos menores):

A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela, conforme se dispõe nos lugares respectivos.

Artigo 1921/2 (Menores sujeitos a tutela):

1. O menor está obrigatoriamente sujeito a tutela:
 - a) Se os pais houverem falecido;
 - b) Se estiverem inibidos do poder paternal quanto a regência da pessoa do filho;
 - c) Se estiverem há mais de seis meses impedidos de facto de exercer o poder paternal;
 - d) Se forem incógnitos.
2. Havendo impedimento de facto dos pais, deve o Ministério Público tomar as providências necessárias a defesa do menor, independentemente do decurso do prazo referido na alínea c) do número anterior, podendo para o efeito promover a nomeação de pessoa que, em nome do menor, celebre os negócios jurídicos que sejam urgentes ou de que resulte manifesto proveito para este.
3. O disposto no n.º 1 não é aplicável quando se constituir o apadrinhamento civil (Lei n.º 103/2009, de 11 de Setembro).

Artigo 1923.2 (Carácter oficioso da tutela e da administração):

1. Sempre que o menor se encontre numa das situações previstas nos artigos anteriores, deve o tribunal de menores promover oficiosamente a instauração da tutela ou da administração de bens.
2. Qualquer autoridade administrativa ou judicial, bem como os funcionários do registo civil, que no exercício do cargo tenham conhecimento de tais situações devem comunicar o facto ao tribunal competente.

Artigo 1927.º (Pessoas a quem compete a tutela):

O cargo de tutor recairá sobre a pessoa designada pelos pais ou pelo tribunal de menores.

Artigo 1928/2 (Tutor designado pelos pais):

BINHÁ, ADVOGADOS, R.L.

Av. Bocage, 10A – CC Via Europa, Sl. 48

280-003 Barreiro

Telm. 967483602 * Fax: 215812803 * marcobinha-50753L@adv.oo.pt

www.marcobinha.com

1. Os pais podem nomear tutor ao filho menor para o caso de virem a falecer ou se tornarem incapazes; se apenas um dos progenitores exercer o poder paternal, a ele pertencera esse poder.
2. Quando, falecido um dos progenitores que houver nomeado tutor ao filho menor, lhe sobreviver o outro, a designação considera-se eficaz se não for revogada por este no exercício do poder paternal.
3. A designação do tutor e respectiva revogação só tem validade sendo feitas em testamento ou em documento autêntico ou autenticado.

Artigo 1931/2 (Tutor designado pelo tribunal):

1. Quando os pais não tenham designado tutor ou este não haja sido confirmado, compete ao tribunal de menores, ouvido o conselho de família, nomear o tutor de entre os parentes ou afins do menor ou de entre as pessoas que de facto tenham cuidado ou estejam a cuidar do menor ou tenham por ele demonstrado afeição. 2. Antes de proceder a nomeação de tutor, deve o tribunal ouvir o menor que tenha completado catorze anos.

Artigo 1935/2 (Princípios gerais):

1. O tutor tem os mesmos direitos e obrigações dos pais, com as modificações e restrições constantes dos artigos seguintes.
2. O tutor deve exercer a tutela com a diligência de um bom pai de família.

5. Posições doutrinárias e jurisprudenciais controvertidas:

5.1 A prévia inibição é pressuposto do impedimento de facto

• Paulo Guerra e Helena Bolieiro (ambos juízes), em "A Criança e a Família", obra editada pela Coimbra Editora, no ano de 2009:

- o os quais afirmam logo no início do capítulo sobre a Tutela que — passo a citar: "a criança tem de ter, [...] alguém adulto que a represente juridicamente, após ver os seus pais inibidos do exercício das RP [Responsabilidades Parentais] sobre a sua pessoa", o sendo o ponto respeitante à ai. c), do art. 1921. ², n.º 1 do C. C. o que mais desenvolvido está e que ocupa maior extensão neste capítulo desta obra;
- o afirmam que um pai (ou mãe) só está impedido de facto de exercer tais responsabilidades quando, querendo não as pode exercer (por exemplo, em razão de hospitalização prolongada, os pais reclusos ou em prisão preventiva, os pais ausentes no estrangeiro, por emigração, por estudos e longe do filho); o apesar dos exemplos em parêntesis, afirma, cito: "discordamos, assim, em absoluto das posições doutrinárias e jurisprudenciais que entendem que para a instauração da tutela não se torna necessária a existência de uma inibição do exercício das RP [responsabilidades parentais], bastando a impossibilidade objectiva de defesa dos interesses das crianças pelos progenitores (ou seja, basta que se prove que os pais não queiram, de facto, exercer tais responsabilidades). // Tal considerar é desvirtuar as funções da tutela, ultrapassando passos e etapas imprescindíveis"; o mais cito: "numa situação em que os pais estão vivos, em paradeiro conhecido, demonstrando total desinteresse pela vida de seus filhos, não se pode aplicar, desde logo, a tutela, antes havendo que inibir o exercício das RP [responsabilidades parentais] de tais progenitores, caso não se pondere o projecto adoptivo para as crianças[...];
- o Formulam o entendimento que passo a citar: "está impedido de facto de exercer as RP [responsabilidades parentais], aquele progenitor que só não exerce porque não pode, vendo-se impedido fisicamente (por causa que não lhe pode ser subjectivamente imputável) de o fazer;

- o Afirmam que a questão do poder paternal deve ser tratada antes (como precedente lógico) da questão do respectivo suprimento. OS MESMOS AUTORES ASSUMEM A POSIÇÃO CONTRÁRIA EM FACE DE IDÊNTICA SITUAÇÃO COM A DIFERENÇA APENAS DO PARADEIRO DOS PAIS SER CONHECIDO. PERGUNTO SE A DIFERENÇA DO TRATAMENTO CORRESPONDE AO INTERESSE SUPERIOR DA CRIANÇA? POIS É ESTE O INTERESSE PRIMORDIAL QUE DEVE SEMPRE SER ATENDIDO E QUE DEVE JUSTIFICAR NESTE ÂMBITO QUALQUER ANALOGIA E DIFERENÇA.

- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3/12/2007:**

- o É citado pelos autores tratados no ponto precedente;
- o Cito: 'em primeira linha, cabe aos pais suprir aquela incapacidade dos filhos, quer quanto à regência da sua pessoa, quer dos seus bens. Dispõe, na verdade, o art. 1878.º, n.º 1, do C. Civil que, "compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. Este o conteúdo do poder paternal.";
- o "Acontece que o poder paternal pode ser inibido ou limitado — art.s 1913.º e ss. do C. Civil."
- o "E pode acontecer, ainda, que o poder paternal, embora podendo ser exercido, todavia, não o é, porque há um impedimento de facto." SOU DA OPINIÃO DE QUE SE HÁ UM IMPEDIMENTO DE FACTO, ENTÃO A VONTADE, COMO RESULTADO IMPOSSÍVEL, NÃO PODE SER EXERCIDA.
- o "a tutela, como já se referiu, visa suprir a incapacidade dos menores, quando o poder paternal não é ou não pode ser exercido.";
- o "Na verdade, não se pode suprir a incapacidade do menor B recorrendo à tutela, sem, previamente, a suprir, ou tentar suprir, através do poder paternal. A incapacidade dos menores é suprida pelo poder

paternal e, subsidiariamente, pela tutela — art.124.º do C. Civil, já acima citado. Pelo que a questão do poder paternal tem de estar previamente definida." PENSO QUE É UM EQUÍVOCO UMA VEZ QUE EM CAUSA NÃO ESTÁ APENAS O SUPRIMENTO DA INCAPACIDADE DOS MENORES MAS O SUPRIMENTO DO PODER PATERNAL - O QUE NOS LEVA AO SEGUNDO SEGMENTO DO ART. 124.º CC.

- o "O que está no espírito desta norma [o art.1921.º, n.º 1, al. c), do C. Civil são, antes, situações em que, não se colocando qualquer hipótese de incumprimento culposo dos deveres emergentes do poder-dever que é o poder paternal, os pais estão impedidos, de facto - impossibilidade objectiva - do seu exercício. Imagine-se o cumprimento, pelos pais, de uma pena de prisão, um rapto, uma doença incapacitante daqueles ou a sua ausência em lugar incerto. [desde que estas situações se prolonguem por mais de seis meses]".

- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 14/7/2005:**

- o "dado que a progenitora da menor se encontra viva, com paradeiro conhecido, não está inibida do exercício do poder paternal, nem em qualquer situação de facto que objectivamente a impeça de exercer tal poder, não obstante a respectiva falta de condições e desinteresse, afere-se que não se encontram reunidos os pressupostos que fundamentam a instauração de tutela, previstos no citado preceito";
- o "Em abono desta posição invocou-se o AC. da Rel. de Évora de 28.11.1996 [CJ XXI, 5, 268], onde se decidiu que o impedimento de facto fundamentador da instauração de tutela não é integrado pelas dificuldades económicas e sociais dos pais do menor, consistindo antes tal impedimento na "impossibilidade" objectiva do exercício do poder paternal."
- o "Apontam neste sentido também o AC. do STJ de 26.11.87 — não caracteriza a figura do impedimento de facto ao exercício do poder paternal por parte da mãe dos menores, se os factos dados por provados mostram apenas que esta não exerce o poder paternal

porque não tem querido exercê-lo e não porque exista qualquer obstáculo, estranho a essa vontade, impeditivo desse exercício".

- **Maria Augusta da Silva Sant'Ana, "Suprimento do Poder Paternal e Protecção à Infância", Dissertação da Licenciatura na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1941-1942:**
 - o "Porém, nos casos de impossibilidade do cumprimento dos seus deveres materiais, por falta de meios, o sofrimento que, por isso, os invade, será aumentado pelo intervenção do Estado afastando-os dos filhos, e inibindo-os dos seus poderes quanto a estes."

- **Jaime de Gouveia, "Lições de Direito de Família e Sucessões -- Vol. III, 1937-38:**
 - o "Em que momento surge a tutela? Não temos disposição especial no nosso Código (Código de Seabra de 1867) que expressamente no-lo diga; poderemos no entanto, responder á pergunta com o disposto no n.º 1 do art. 199.º que diz: "Haverá tutela legítima: 1.º Nos casos de impedimento, suspensão ou perda do poder paternal."// Podemos pois afirmar que a tutela surge sempre que haja suspensão, impedimento ou perda do pátrio poder."

5.2 A situação de impossibilidade objectiva de defesa dos interesses dos menores pelos progenitores, por mais de seis meses, é impedimento de facto previsto na lei que justifica a aplicação do regime da tutela obrigatória

- **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 5/5/2009:**

- o "pensamos que a sujeição do requerido, único progenitor sobrevivente da menor, ao regime de prisão preventiva configura um impedimento do efectivo exercício do poder paternal, já que este é um poder-dever actuante e que tem de ser exercido no dia-a-dia vivencial do menor a que diz respeito, não se compadecendo com a mera possibilidade daquele poder "escolher" a quem o menor dos autos deve ficar confiado durante a sua situação de reclusão".

- **António Pedro Gonçalves Pereira, "Meios de Suprimento do poder Paternal", Lisboa, 2007, Relatório de Mestrando FDUL:**

- o "os menores não podem continuar sujeitos a um poder paternal que não é exercido, que não é efectivado, pois o interesse da criança determina que sejam tomadas medidas de protecção da mesma. O poder paternal só faz sentido quando é exercido, caso contrário não se lhe realiza o fim que lhe está subjacente, que é o de educar, vigiar, formar, defender e representar o menor."

- **Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 5/6/2005:**

- o "A tutela [...] surge como uma relação para-familiar, constitui, pois, um meio de suprir a incapacidade do menor quando o poder paternal não é ou não pode ser exercido pelos progenitores.";
- o "O vocábulo impedimento aparece definido no Lello Universal, como "Aquilo que impede. Obstáculo". Tendo presente esta definição, que

corresponde ao sentido comum e jurídico dessa palavra, a expressão legal impedimento de facto, conceito aberto que o legislador não definiu, deve ser interpretada como a circunstância ou as circunstâncias de facto, ou seja, da realidade da vida, que obstam ou impossibilitam que os pais exerçam o poder paternal relativamente ao seu filho. São circunstâncias que geram uma impossibilidade objectiva do exercício do poder paternal."

• **Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 7/6/2005:**

- o "A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela.";
- o "Para a instauração desta não se torna necessário a existência de inibição do poder paternal, bastando a impossibilidade objectiva de defesa dos interesses dos menores pelos progenitores.";
- o "Se estes, há mais de seis anos que não contactam com os menores, não mostrando interesse pela defesa dos seus interesses, então deve ser requerida a tutela.";
- o "Vem-se entendendo que o instituto da TUTELA, derivando do verbo «tuere» que significa defender, proteger, a palavra tutela designa a instituição que tem por fim defender os interesses de uma pessoa incapaz. A tutela será um meio de suprir o poder paternal, sendo consequentemente, também, um meio de suprir a incapacidade dos menores, o que resulta expressamente do art. 124.º do Cód. Civil.";
- o "[...] na verdade, pelos elementos colhidos nos autos, os requeridos progenitores não têm qualquer intenção de defender os interesses destes filhos, até os ignorando. Numa situação de impossibilidade objectiva de defender o que lhes pertence, não só quanto à educação, saúde, instrução e no geral aos cuidados de paternidade para com eles, como quanto aos seus bens e representatividade jurídica, quem os represente de modo a suprir a sua incapacidade resultante da sua minoridade. É expresso o art. 124.º do Cód. Civil que "A incapacidade dos menores é suprida pelo poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela", conforme se dispõe nos lugares respectivos.";

BINHÃ, ADVOGADOS, R.L.

Av. Bocage, 10A – CC Via Europa, Sl. 48

280-003 Barreiro

Telm. 967483602 * Fax: 215812803 * marcobinha-50753L@adv.ao.pt

www.marcobinha.com

- o "Dúvidas não existem que os progenitores, mais do que estarem impedidos, não se interessam de modo algum em exercer o poder paternal sobre estes filhos, repetindo-se, que ignoram.";
- o "Sendo que, em matéria de direitos de menores são estes que cumpre defender, os seus interesses e bem estar. E eles, há mais de seis anos que não contactam com os pais, por manifesto desinteresse destes." o Daqui se ter de concluir que se encontra preenchido o requisito da al. c), n.º 1, do citado art. 1921.º.

Marco Binã, 12 de Janeiro de 2012