



Paula Teresa de Abreu Casaleiro

JUSTIÇA PROCURA PERÍCIA(S) OS PROCESSOS DE REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

Tese de doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no século XXI, orientada pela
Professora Doutora Sílvia Portugal e apresentada à Faculdade de Economia
da Universidade de Coimbra

Março, 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FEUC FACULDADE DE ECONOMIA
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Paula Teresa de Abreu Casaleiro

Justiça procura Perícia(s)

Os processos de regulação das responsabilidades parentais

Tese de doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no
Século XXI, apresentada à Faculdade de Economia da
Universidade de Coimbra para obtenção do grau de Doutor

Orientadora: Prof. Doutora Sílvia Portugal

Coimbra, 2017

Agradecimentos

O primeiro agradecimento dirijo-o à Professora Doutora Sílvia Portugal, que orientou esta tese com uma disponibilidade e generosidade inigualáveis. Ao longo destes quatro anos tive o privilégio de beneficiar da sua sabedoria, das suas leituras atentas, dos seus comentários, e, permitam-me, das suas gargalhadas terapêuticas.

Em segundo lugar, gostaria de mencionar os/as oficiais de justiça e os/as magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público que abriram as portas e me acolheram na secção de família e menores onde realizei o trabalho de campo. Uma palavra de agradecimento especial a todas e todos as/os oficiais de justiça que gentilmente retiraram um pouco do seu tempo para me ajudar na recolha e consulta dos livros de sentenças e processos judiciais. Uma palavra de gratidão ainda a todos e todas os/as profissionais, magistrados/as, psicólogas, advogados/as e técnicos/as da EMAT, que me concederam entrevistas, elementos cruciais para o desenvolvimento da presente dissertação.

Integrar o Doutoramento “Direito, Justiça e Cidadania no século XXI” foi uma experiência única e enriquecedora, tanto a nível pessoal como científico. O desafio constante de ultrapassar fronteiras disciplinares e geográficas e a necessidade de construir pontes são mais do que nunca essenciais e esta tese é também prova disso. Quero, assim, deixar um agradecimento especial aos coordenadores científicos Professor Doutor José Manuel Aroso Linhares e Professor Doutor António Casimiro Ferreira e aos coordenadores executivos Professora Doutora Alexandra Aragão e Professor Doutor João Pedroso, e ainda a todos os/as Professores/as, colegas e amigos/as.

A minha gratidão à “petite equipe”, Andreia Santos, António Casimiro Ferreira, João Pedroso, Maria João Guia e Patrícia Branco, com quem ao longo dos anos tenho tido o privilégio de desenvolver vários projetos científicos e partilhar muitas outras aventuras. Ao João Pedroso e à Patrícia Branco, em particular, a certeza de que sem o vosso estímulo e apoio nunca teria chegado a este momento e o desejo que o futuro nos reserve novos projetos em conjunto. À Andreia Santos, companheira das longas horas de trabalho no 518, obrigada pelo apoio incondicional na elaboração desta tese,

pelos comentários e minuciosas revisões, mas sobretudo, por tudo aquilo que não cabe nesta tese, “és grande!”.

O meu agradecimento a todos e a todas os/as colegas e funcionários/as do Centro de Estudos Sociais, onde tenho desenvolvido todo o meu trabalho académico, e em especial à Fernanda Bolito e à equipa da Biblioteca Norte/Sul, Maria José Carvalho, Acácio Machado e Inês Lima, pelo profissionalismo e, acima de tudo, pela amizade.

À equipa do Ginásio Fit&Fun devo o apoio para manter o corpo e a mente sãos neste percurso.

Aos “amigos-família”, Diana Santa, Rui Marques, Rita Grácio, Ema Simões, Patrícia Branco, Andreia Santos, Carolina Ganhão e Luís Lucas Pereira, obrigada pelas palavras de apoio constantes, pelos sorrisos e pelas cumplicidades, sem vocês todo o caminho teria sido mais difícil.

À minha avó Idalina, sempre presente na minha memória, e à minha tia Luísa, a prova de que os afetos devem pouco aos laços biológicos, serei eternamente grata pelo vosso amor.

As minhas últimas palavras vão para aqueles que estão sempre em primeiro lugar. Aos meus pais, Sameiro e Carlos Casaleiro, agradeço o amor e apoio incondicionais com que têm acompanhado a minha vida e, em particular, o meu percurso académico. Ao Pedro, que “tratou de me amar.... e erguer-me do chão”, obrigada pelo amor que construímos a cada dia.

Este trabalho foi financiado pela bolsa de doutoramento SFRH/BD/90228/2012 da Fundação para a Ciência e Tecnologia, cofinanciada por fundos nacionais, através do Ministério da Educação, e por fundos europeus, através do Programa POPH, compartilhado pelo Fundo Social Europeu.



Resumo

No final do século XX início do século XXI, nas sociedades ocidentais, cruzam-se duas tendências. Por um lado, um aumento consistente dos conflitos judiciais em torno das crianças, fruto das transformações interligadas da família, das relações parentais e de género, da valorização crescente das crianças enquanto objeto afetivo da família e da regulação jurídica das relações parentais. Por outro lado, a adoção de critérios indeterminados e *gender neutral*, como o superior interesse das crianças, e a exigência de respostas individualizadas na regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais leva a que na prática judiciária seja solicitado, cada vez com mais frequência, o contributo de profissionais não-judiciais. Não obstante Portugal acompanhe estas tendências, os estudos sociológicos sobre o contributo dos/as peritos/as nos processos judiciais são escassos e negligenciam a problemática dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais. Revela-se, assim, fundamental refletir sobre a relação entre o direito e a justiça de família e das crianças e as perícias judiciárias, entre magistrados/as e peritos/as, na aplicação do direito da família e das crianças nos Tribunais portugueses, e o seu contributo para a (re)produção, direta ou indireta, de (des)igualdades de género. É este o objetivo a que me proponho nesta tese.

A pesquisa parte de duas hipóteses centrais. A primeira hipótese afirma a centralidade das perícias judiciárias nos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais, tanto na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais, como na condução do processo judicial, num processo de colonização da prática judiciária pelas perícias judiciárias. A segunda hipótese afirma que, tanto as perícias, como as decisões judiciais são influenciadas por e (re)produzem concepções dominantes de maternidade, paternidade e família, (re)produzindo desigualdades sociais e sexuais. Consequentemente, a análise desenvolve-se em torno de quatro objetivos: 1. Averiguar que perícias são convocadas para formar a decisão judicial; 2. Analisar o contributo destas perícias para o processo e decisão judicial; 3. Analisar como as/os magistradas/os interpretam e utilizam (ou não) o contributo das perícias judiciárias nos processos e decisões judiciais em articulação (ou não) com a lei; 4. Averiguar como o discurso pericial e judicial

(re)produz concepções dominantes em relação ao género e parentalidade na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais.

Do ponto de vista metodológico, a prossecução destes objetivos implicou, em primeiro lugar, o recurso ao conceito de coprodução e à definição sociológica e abrangente de perícia, em vez da jurídica, como elementos estruturadores do modelo de análise. E, em segundo lugar, à análise documental, como principal técnica de recolha da informação, e às entrevistas, como técnica complementar. Tomou-se como objeto empírico os processos tutelares cíveis relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais findos, em 2014, numa secção especializada de família e menores, com decisão judicial ou homologação de acordo.

A análise desenvolvida permitiu, de um modo geral, confirmar as hipóteses estabelecidas. Em primeiro lugar, a análise revela a amplitude e heterogeneidade do impacto das perícias judiciais nos processos de regulação do regime de responsabilidades parentais, que se estende a montante da decisão judicial, aos diferentes atos processuais e decisões judiciais. Em segundo lugar, a análise do discurso pericial e judicial sobre homens e mulheres quanto às competências parentais, mostra expectativas distintas em relação a cada um dos sexos, assentes em concepções dominantes de paternidade e maternidade, com consequências diretas na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais. Esta pesquisa pretende ser um contributo para o debate sociológico sobre o impacto das perícias judiciais na regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais, e abrir novas pistas de análise para a discussão sobre o papel do direito e das perícias, dos/as profissionais da magistratura e peritos/as, no regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais português.

Palavras-chave: Regulação das Responsabilidades Parentais; Decisões Judiciais; Perícias judiciais; Maternidade; Paternidade;

Abstract

At the end of the 20th century and beginning of the 21st century, in the Western societies, there are two crossed trends: on the one hand, a consistent increase of the child custody judicial cases, as a result of the interconnected transformations of family, parental and gender relations, and legal regulation of child custody, and the sentimentalization of childhood. On the other hand, the adoption of indeterminate and gender-neutral criteria, as the best interest of the child standard, and the requirement of individualized child custody judicial adjudications, means that courts rely increasingly on professional custody evaluators (experts). Although Portugal followed these international trends, studies on the relationship between law and experts are scarce and disregard child custody cases. Therefore it is crucial to understand the interaction between family and children law and other expertise, between judges and professional custody evaluators, in child custody cases in the Portuguese courts and their contribution to the direct or indirect (re)production of gender (in)equalities. This is the objective I propose in this thesis.

This research is based on two central hypotheses. The first hypothesis defends the centrality of the experts' opinions and reports in the judicial case and decision. The second hypothesis states that both experts opinions and reports and (consequently) judicial decisions are influenced by and reproduce dominant conceptions of motherhood, parenthood, and family. Consequently, the analysis is based on four objectives: 1. To ascertain what expertise is called to form the judicial decision; 2. Analyze the contribution of this expertise to the judicial case and decision; 3. Analyze how judges interpret and use (or not) the contribution of experts in judicial decisions in articulation (or not) with the law; 4. To find out how the expert and judicial discourse (re)produces dominant gender conceptions regarding parenting in the child custody adjudications.

From the methodological point of view, the pursuit of these objectives implied, first, the use of the coproduction concept and the sociological and comprehensive definition of expertise, rather than the legal one, as structuring elements of the analysis model. And, secondly, the document analysis, as the main information collection technique, and the interview, as a complementary technique. The research

object is child custody proceedings, with judicial decision or homologation of an agreement, in 2014, in a specialized family and children court.

The developed analysis allowed, in general, to confirm the established hypotheses. First, the analysis reveals the extent and heterogeneity of the impact of expertise in child custody judicial cases, which extends beyond the judicial decision, to different procedural acts. Secondly, the analysis of expert and judicial discourse on men and women in relation to parenting skills shows different expectations for each of the sexes, based on dominant conceptions of fatherhood and motherhood, with direct consequences in the child custody arrangements. This research intends to contribute to the sociological debate on the impact of expertise on the child custody judicial adjudication and to open new paths of analysis for the discussion on the role of law and expertise, of judges and experts, in child custody regime.

Keywords: Child Custody; Experts; Judicial Decisions; Motherhood; Fatherhood;

Lista de Figuras, Gráficos e Quadros

| | |
|--|-----|
| Figura 1 – Mesa de trabalho..... | 133 |
| Figura 2 – Livros de Processos dispostos segundo o tamanho | 144 |
| Figura 3 – Perícias judiciárias segundo o tipo de informação | 204 |
| Figura 4 - Gráfico de perfil resultante do Inventário Multifásico de personalidade de Minnesota..... | 207 |
| Figura 5 – Livros de Processos com post-its | 219 |
| Gráfico 1 - Taxa bruta de nupcialidade e de divorcialidade (%) | 18 |
| Gráfico 2 – Índice sintético de fecundidade | 19 |
| Gráfico 3 - Percentagem de nados-vivos fora do casamento | 20 |
| Gráfico 4 – Taxa bruta de natalidade (%) | 25 |
| Gráfico 5 – Processos de divórcio e separação judicial e tutelares cíveis entrados, entre 1995 e 2015..... | 51 |
| Gráfico 6 - Sujeito das perícias por tipo de perícia judiciária..... | 177 |
| Quadro 1 - Evolução do tipo de família- Portugal, 1960-2011 (%)..... | 22 |
| Quadro 2 - Casais com e sem filhos e casais recompostos por tipo de núcleo (“de direito” e “de facto”), 1991, 2001 e 2011 (%)..... | 22 |
| Quadro 3 - Processos tutelares cíveis entrados nos Tribunais de 1ª Instância por espécie de processo, 2011-2013..... | 53 |
| Quadro 4 - Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores | 54 |
| Quadro 5 – Operacionalização do conceito de coprodução..... | 126 |
| Quadro 6 - Categorias principais utilizadas no sistema de classificação do Maxqda | 140 |
| Quadro 7 – Categorias analíticas das entrevistas | 142 |
| Quadro 8 - Requerente do processo | 146 |
| Quadro 9 - Presença de advogados/as no processo..... | 147 |
| Quadro 10 - Número de conferências de pais e de audiências de discussão e de julgamento por processo | 147 |
| Quadro 11 - Tipo de perícia judiciária solicitada pelo tribunal | 149 |
| Quadro 12 - Autoria dos contraditórios | 152 |
| Quadro 13 – Tipo de Contraditório..... | 153 |
| Quadro 14 - Espécie de processo por tempo de duração em meses..... | 155 |

| | |
|---|-----|
| Quadro 15 - Tipo de conclusão do processo..... | 155 |
| Quadro 16 - Parte do processo por sexo | 157 |
| Quadro 17 – Vínculo com a(s) criança(s) do processo | 157 |
| Quadro 18 - Requerentes e Requeridos/as dos processos por grupo etário | 158 |
| Quadro 19 - Local de residência das partes | 159 |
| Quadro 20 – Tipo de agregado familiar | 159 |
| Quadro 21 - Número de Pessoas do Agregado Familiar..... | 160 |
| Quadro 22 – Estado civil dos progenitores à data de nascimento da criança | 161 |
| Quadro 23 – Situação profissional..... | 161 |
| Quadro 24 - Grupo Profissional segundo a CNP a 1 dígito..... | 162 |
| Quadro 25 - Rendimento mensal do agregado familiar | 162 |
| Quadro 26 - Crianças e jovens dos processos por grupo etário | 163 |
| Quadro 27 - Tipo de agregado doméstico..... | 164 |
| Quadro 28 - Autor da perícia judiciária | 172 |
| Quadro 29 - Sujeito da perícia | 177 |
| Quadro 30 - Número de meses entre o pedido e a receção da perícia | 180 |
| Quadro 31 – Tipo de inquérito..... | 187 |
| Quadro 32 – Recomendações..... | 202 |
| Quadro 33 – Tipo de perícias sem recomendações..... | 208 |
| Quadro 34 - Meios de prova considerados para formar a convicção..... | 222 |
| Quadro 35 – Excertos de Relatório Social e Sentença do processo 147..... | 267 |
| Quadro 36 - Espécie de processo por motivo de instauração | 274 |
| Quadro 37 - Responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância | 293 |
| Quadro 38 - Residência da(s) criança(s)..... | 295 |
| Quadro 39 – Regime de visitas | 296 |
| Quadro 40 - Fixação da obrigação de alimentos a cargo do progenitor não residente | 297 |

Índice

| | |
|--|-----|
| Agradecimentos..... | i |
| Resumo..... | v |
| Abstract..... | vii |
| Lista de Figuras, Gráficos e Quadros..... | ix |
| Introdução..... | 1 |
| Capítulo 1 | |
| A transformação da família e do lugar das crianças..... | 9 |
| Introdução..... | 9 |
| 1 (Desen)Laços Familiares..... | 11 |
| 1.1 Os (Desen)laços familiares em Portugal..... | 17 |
| 2 O lugar da criança na família e as relações parentais..... | 24 |
| 2.1 A diversificação das relações parentais..... | 28 |
| 3 O lugar da criança no Direito da Família e das Crianças..... | 33 |
| 3.1 Regulação jurídica das responsabilidades parentais: tendências gerais e o caso português..... | 36 |
| 4 A criança no centro dos conflitos judiciais das famílias modernas..... | 46 |
| 4.1 A evolução dos conflitos familiares sobre crianças em Portugal..... | 50 |
| Capítulo 2 | |
| Direito e Ciência em (inter)ação..... | 57 |
| Introdução..... | 57 |
| 1 A relação entre Direito e Ciência na modernidade..... | 59 |
| 1.1 Verdade jurídica e verdade científica..... | 68 |
| 1.2 Direito, Ciência e Sociedade: retórica da neutralidade e universalidade..... | 73 |
| 2 Perícia judiciária: do conceito legal ao conceito sociológico..... | 78 |
| 2.1 As perícias judiciárias na regulação judicial das responsabilidades parentais: o caso português..... | 86 |
| 3 O género do Direito (e da Ciência): as teorias feministas do direito..... | 96 |
| 3.1 A regulação das responsabilidades parentais à luz das abordagens feministas do direito..... | 102 |
| 3.2 Regulação, controlo e disciplina..... | 113 |
| Capítulo 3 | |
| Roteiro de Pesquisa dos Processos de Regulação das Responsabilidades Parentais..... | 119 |
| Introdução..... | 119 |

| | | |
|------------|--|-----|
| 1 | Roteiro da Pesquisa..... | 119 |
| 1.1 | Modelo analítico..... | 120 |
| 1.1.1 | Hipóteses..... | 122 |
| 1.1.2 | Operacionalização..... | 124 |
| 1.1.3 | O Objeto Empírico..... | 128 |
| 1.2 | Métodos e técnicas..... | 130 |
| 1.2.1 | Recolha documental e análise de conteúdo..... | 134 |
| 1.2.2 | Entrevistas..... | 140 |
| 2 | Os Processos, as famílias e as crianças: breve caracterização da amostra.... | 142 |
| 2.1 | Os processos judiciais..... | 143 |
| 2.2 | As famílias..... | 156 |
| 2.3 | As crianças..... | 163 |
| Capítulo 4 | | |
| | Perícias judiciárias: seleção, produção e conteúdo..... | 167 |
| | Introdução..... | 167 |
| 1 | A seleção das perícias judiciárias e dos respetivos autores..... | 169 |
| 1.1 | A seleção das entidades..... | 172 |
| 2 | A produção das perícias judiciárias: do pedido à elaboração do relatório... | 176 |
| 2.1 | Relatórios sociais..... | 182 |
| 2.2 | Avaliações psicológicas e psiquiátricas e das competências parentais..... | 195 |
| 3 | Relatórios periciais: da informação à recomendação..... | 201 |
| 3.1 | Informação contextual, processual e técnica..... | 203 |
| 3.2 | Recomendações..... | 207 |
| 3.3 | Indeterminismo e aleatoriedade das perícias judiciárias..... | 211 |
| | Conclusão..... | 217 |
| Capítulo 5 | | |
| | As perícias no processo e decisão judiciais: que tipo de recurso?..... | 219 |
| | Introdução..... | 219 |
| 1 | Os meios de prova e as perícias judiciárias..... | 221 |
| 2 | Perícias judiciárias enquanto recurso inútil..... | 226 |
| 2.1 | Perícias judiciárias de cariz técnico..... | 227 |
| 2.2 | Testemunho pericial..... | 229 |
| 2.3 | Perícias judiciárias juntas pelas partes..... | 233 |
| 3 | Perícias judiciárias enquanto recurso estratégico e vinculativo..... | 236 |
| 3.1 | As perícias judiciárias enquanto recurso estratégico..... | 240 |
| 3.1.1 | Para obtenção de um acordo..... | 240 |
| 3.1.2 | Para a decisão judicial..... | 246 |
| 3.2 | Perícias judiciárias enquanto recurso vinculativo..... | 256 |
| 3.2.1 | No processo..... | 257 |
| 3.2.2 | Na sentença..... | 261 |

| | |
|--|-----|
| Conclusão..... | 270 |
| Capítulo 6 | |
| Mãe e Pai: identidades de gênero negociadas e (re)construídas em tribunal..... | 273 |
| Introdução..... | 273 |
| 1 Por que motivo vão as famílias a tribunal? | 273 |
| 1.1 Acesso à(s) criança(s)..... | 275 |
| 1.2 Patrimonial..... | 279 |
| 1.3 Certificação Administrativa | 282 |
| 2 Discursos periciais e judiciais: discursos de gênero | 284 |
| 1.1 Discursos periciais e judiciais sobre as competências parentais de pais e mães: discursos de gênero | 284 |
| 2.1 Tendências das recomendações periciais e das decisões judiciais..... | 293 |
| 2.1.1 “E viveram felizes para sempre”: a manutenção do casal parental..... | 300 |
| 2.1.2 O fim dos “pais de fim de semana” | 308 |
| Conclusão..... | 312 |
| Conclusão..... | 315 |
| Referências Bibliográficas..... | 327 |
| Anexos..... | 343 |

Introdução¹

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, *Livro do Desassossego* (1986)

O direito e a justiça na sua busca pela verdade viraram-se primeiro para o juízo divino, depois para os testemunhos, em seguida para os documentos e, finalmente, no século XIX, para a ciência, através das perícias (Monteiro, 1997; Sousa, 2003). O direito e a justiça da família e das crianças² não ficaram imunes ao processo de “racionalização” e aproximação da verdade processual à verdade material e objetiva, do facto histórico. Em Portugal, no início do século XX, a Lei de Protecção à Infância, de 27 de maio de 1911, cria as Tutorias de Infância, tribunais coletivos, compostos por um juiz de direito da comarca e dois juizes adjuntos, um deles o médico especial e privativo da respetiva tutoria e refúgio. Durante o Estado Novo as Tutorias de Infância deram lugar aos Tribunais Tutelares de Menores,³ que passaram a ser compostos apenas pelo juiz de direito, assessorado por assistentes ou auxiliares

¹ O presente texto foi escrito conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990 e revisto pelo programa *Lince*, manteve-se, porém, a grafia original nas citações diretas.

² Opta-se aqui pelas designações direito e justiça da família e das crianças em vez das designações oficiais direito e justiça de família e de menores, da mesma forma que em momento algum, à exceção das citações diretas, se utilizará a expressão “menor” ou “menores” procurando-se ultrapassar, ainda que de forma meramente simbólica e formal, algum do estatuto de inferioridade que a palavra “menor” carrega (Guerra, 2000).

³ Através da aprovação da primeira versão da Organização Tutelar de Menores (OTM), pelo Decreto 44288, de 20 de abril de 1962.

sociais. Já em democracia são criados os Tribunais de Família e Menores (atuais juízos de família e menores), assessorados, num primeiro momento, por um serviço de apoio social do próprio tribunal,⁴ e, desde 2007, pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais (EMAT) do Instituto de Segurança Social,⁵ e é prevista a realização de diversos exames médicos e psicológicos.⁶

A relação de cooperação e circulação de sentido entre direito e ciência tem sido conceptualizada pela sociologia crítica do direito e pelos estudos sociais da ciência como uma das características distintivas da modernidade (Hunt, 2010; Jasanoff, 1995, 2004b; Nelken, 2007; Santos, 2005). Autores como Sheila Jasanoff (1995, 2004b), Laurence Dumoulin (2007), Boaventura de Sousa Santos (2005), entre outros demonstram como as ideias de verdade e justiça são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, num duplo processo de isomorfização e de demarcação entre o direito e a ciência, que são, simultaneamente, entendidos como campos do conhecimento e da ação sujeitos a contingências e a incertezas, social e historicamente condicionados, numa forte crítica da retórica de universalidade e neutralidade (Costa, Machado e Nunes, 2002; Jasanoff, 1995; Machado, 2007).

No âmbito do direito e da justiça da família e das crianças, os estudos internacionais e nacionais apontam para uma participação crescente de peritos/as, associada à adoção de critérios indeterminados e de respostas individualizadas, bem como para uma elevada concordância entre as perícias e as decisões judiciais (Bala e Antonacopoulos, 2007; Gonçalves, 2010; Kruk, 2011; Semple, 2011). Simultaneamente, revelam como conceções dominantes de maternidade, paternidade e família, continuam a influenciar a lei e a prática judiciária de regulação das responsabilidades parentais (Boyd, 2003; Moloney, 2001; Pedroso, Casaleiro e Branco, 2014), prevalecendo uma forte associação entre maternidade e cuidado das crianças e entre paternidade e sustento das crianças. O discurso jurídico assume-se, assim, como um mecanismo de controlo

⁴ Nos termos da redação inicial da Organização Tutelar de Menores, resultante do Decreto-Lei n.º 314/78, de 27/10, junto das secretarias funcionaria um serviço de apoio social, a quem competia “a realização das diligências que o juiz ou o curador de menores considere necessárias para decisão da causa ou para execução das medidas decretadas” (cf. artigos 5.º e 6.º).

⁵ Decreto-Lei n.º 214/2007, publicado no D.R., n.º 103, 1.ª Série, de 29 de maio de 2007, que aprovou a nova orgânica do Instituto de Segurança Social (ISS), transferindo para a sua competência matéria de processos tutelares cíveis, até aí da competência do Instituto de Reinserção Social (IRS).

⁶ Organização Tutelar de Menores, resultante da revisão pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro e das sucessivas alterações, revogada recentemente pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, relativa ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível.

e disciplina de homens e mulheres, através da imposição de um modelo da vida familiar pós-rutur, assente entre outros aspetos na manutenção do casal parental e na partilha do cuidado da criança, com o objetivo de adaptar os comportamentos aos padrões normativos de maternidade e paternidade (Boyd, 1996; Collier e Sheldon, 2008; Rhoades e Boyd, 2004). Note-se, contudo, que este não opera de modo homogéneo ou isolado, socorre-se de uma diversidade de práticas e discursos interrelacionados com outros poderes e saberes, como o discurso pericial (Machado, 2007; Smart, 1999).

Em Portugal, esta é, todavia, uma área ainda pouco explorada pela sociologia, existindo apenas estudos sociológicos que se debruçam sobre as famílias, as questões de género e os regimes de regulação judicial das responsabilidades parentais pós-rutur (Marinho, 2011; Pedroso, Branco, Casaleiro e Pozzi, 2012; Silva, Jorge e Queiroz, 2009; Wall, Aboim e Cunha, 2010) e as perícias forenses de ADN nos processos de averiguação oficiosa da maternidade e paternidade (Costa, 2013; Machado, 2007), estando a investigação nesta área específica reservada sobretudo à psicologia (Caridade, Machado e Gonçalves, 2006; Gonçalves, 2010; Parente e Manita, 2010). No contexto internacional, a produção científica é vasta focando desde os critérios que presidem à regulação judicial das responsabilidades parentais (Boyd, 2003), ao papel dos/as peritos/as no processo e decisão judicial de regulação das responsabilidades parentais (Bala, 2007; Bala e Antonacopoulos, 2007; Kruk, 2011; Semple, 2011; Théry, 1989a), ao papel das ciências sociais (como a psicologia) na própria legislação (Fineman, 1988; Neale e Smart, 1997; Théry, 1989b), à validade destas perícias (Bala, 2006a; Kruk, 2011; Tippins e Wittmann, 2005). Contudo, a maioria dos trabalhos publicados no campo internacional aplica-se a contextos que não o português, na maioria das vezes o anglo-saxónico ou francês, e foca-se, em geral, exclusivamente num tipo de perícia.

Revela-se, assim, fundamental refletir sobre a relação entre o direito da família e das crianças e as perícias judiciais⁷ na aplicação do direito da família e das crianças nos

⁷ Perícia judiciária é aqui entendida como o conjunto de formas assumidas pela introdução de uma racionalidade técnico-científica no processo e decisão judicial, independentemente do enquadramento jurídico, de quem a solicita, de quem a realiza ou do momento processual em que acontece. A noção sociológica adotada distingue-se, assim, da definição de perícia plasmada no Código Civil e no Código de Processo Civil, que exclui a prova testemunhal de peritos/as em audiência, bem como os relatórios sociais elaborados pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais do Instituto de Segurança Social, nos termos dos artigos 147.º e 178.º, da Organização Tutelar de Menores.

tribunais portugueses, e o seu contributo para a (re)produção, direta ou indireta, conceções dominantes de família, maternidade e paternidade e, conseqüentemente, de (des)igualdades de género. É este o objetivo a que me proponho nesta tese. Parto da conceção ampla e sociológica de perícia proposta por Dumoulin (2007, p. 202) “o conjunto de formas assumidas pela introdução de uma racionalidade técnico-científica na instituição, processo e decisão judicial”⁸ e do princípio que as perícias judiciárias não são meros recursos para os atores judiciais, podendo ser decisivas no pronunciamento de um juízo. A análise que aqui desenvolvo pretende ser um contributo para o debate acerca da relação entre direito e ciência e, em especial, sobre o impacto das perícias judiciárias no âmbito da regulação do exercício das responsabilidades parentais, bem como das questões de género.

A pesquisa parte de duas hipóteses centrais. A primeira hipótese afirma a centralidade das perícias judiciárias nos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais, tanto na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais, como na condução do processo judicial, num processo de colonização da prática judiciária pelas perícias judiciárias (Foucault, 1977). Daqui decorrem duas (sub)hipóteses. A primeira estabelece que as decisões judiciais são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, através da ação e interação de magistrados/as e peritos/as. A segunda afirma que a capacidade de influenciar o processo e a decisão judicial depende de múltiplos fatores desde quem a solicita, passando pela autoria da perícia, o tipo de informação veiculada, a existência de outros meios de prova (testemunhas, outros relatórios periciais) e o grau de concordância entre estes, até à existência de laços de confiança entre magistrado/a e perito/a.

A segunda hipótese central afirma que tanto as perícias como as decisões judiciais são influenciadas por e (re)produzem conceções dominantes de maternidade, paternidade e família, (re)produzindo desigualdades sociais e sexuais. A coadunação ou não aos estereótipos de maternidade e paternidade influencia o regime de responsabilidades parentais estabelecido quanto à atribuição da guarda dos/as filhos/as e residência habitual e das responsabilidades parentais de particular importância, e à fixação do regime de convívio do progenitor não residente. Daqui decorre a (sub)hipótese que

⁸ Todas as citações na língua original que não o português foram por mim traduzidas.

defende que o discurso judicial, auxiliado pelo discurso pericial, se assume como um mecanismo de controlo e disciplina das famílias, de homens e mulheres, através da imposição de um modelo de vida familiar pós-rutura.

Consequentemente, a análise desenvolve-se em torno de quatro objetivos: 1. Averiguar que perícias são convocadas para formar a decisão judicial; 2. Analisar o contributo destas perícias para o processo e decisão judicial; 3. Analisar como as/os magistradas/os interpretam e utilizam (ou não) o contributo das perícias judiciais nos processos e decisões judiciais em articulação (ou não) com a lei; 4. Averiguar como o discurso pericial e judicial (re)produz concepções dominantes em relação ao género e parentalidade na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais.

Do ponto de vista metodológico, a prossecução destes objetivos implicou, em primeiro lugar, o recurso ao conceito de coprodução e à definição sociológica e abrangente de perícia judiciária, em vez da jurídica, como elementos estruturadores do modelo de análise. E, em segundo lugar, à análise documental, como principal técnica de recolha da informação, e, às entrevistas, como técnica complementar. Tomei como objeto empírico os processos tutelares cíveis relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais findos, em 2014, numa secção especializada de família e menores, com decisão judicial ou homologação de acordo em ata de discussão ou julgamento. Esta opção permitiu, por um lado, reconstituir e analisar todas as ações e interações entre magistrados/as e peritos/as, independentemente da data de início do processo e da sua duração e do tipo de perícia. E, por outro lado, compreender como magistrados e magistradas interpretam e utilizam, ou não, o contributo das diferentes perícias judiciais na condução dos processos judiciais como um todo e não exclusivamente na elaboração das decisões judiciais.

O texto da tese estrutura-se em duas partes. Na primeira apresento a problemática teórica e o desenho metodológico da pesquisa e na segunda parte analiso a informação empírica e confronto os resultados com as hipóteses inicialmente propostas

A primeira parte é constituída por três capítulos. No **primeiro capítulo** discuto diferentes contributos teóricos que permitem contextualizar e compreender como o direito e a justiça da família e das crianças e os conflitos familiares judicializados se centraram nas crianças no final do século XX início do século XXI. Parto da análise

das principais tendências de transformação da família e do lugar das crianças na família e das relações parentais e da regulação jurídica das responsabilidades parentais, recorrendo, para tal, às teorias e estudos da sociologia da família (Beck, 2005; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2010; Torres, Vieira da Silva, Monteiro e Cabrita, 2005; Wall, 2005a) e da sociologia crítica (feminista) do direito (Boyd, 2003; Picontó Novales, 2012; Smart, 1999; Théry, 2001). Procuro ainda dar conta das especificidades da realidade sociojurídica e de crise financeira e políticas austeritárias portuguesas, que afetaram o país a partir de 2011, dado o arco temporal (2012-2016) em que se desenvolveu a tese.

O **segundo capítulo** divide-se em duas partes. Num primeiro momento, discute-se a interação entre o direito e a ciência, entre profissionais do direito e peritos/as, no âmbito do direito da família e das crianças e, em especial, da regulação judicial das responsabilidades parentais, a partir dos contributos de Michel Foucault (1977, 1980, 1997b), Boaventura de Sousa Santos (2005) e Sheila Jasanoff (1995, 2007), entre outros. Procura-se contrariar as perspetivas que defendem a autonomia e autorreferência do sistema jurídico, como a teoria autopoietica de Niklas Luhman (1988). Em seguida, analisa-se como direito e prática judiciária produzem e reproduzem ideologias dominantes de maternidade e paternidade e constroem mulheres e homens enquanto sujeitos sexuais e *gendered*, nas regulações judiciais do exercício das responsabilidades parentais, recorrendo para tal aos contributos de diferentes teóricas feministas do direito (Boyd, 2003; Smart, 1999; Smart e Sevenhuijsen, 1989).

É com base nas linhas de problematização teórica enunciadas nestes dois primeiros capítulos que se estabelece o modelo de análise apresentado no **terceiro capítulo**, no qual se expõem, e justificam, as principais opções metodológicas. Em primeiro lugar, apresenta-se o modelo analítico, as hipóteses de trabalho, os conceitos fundamentais e a sua operacionalização, bem como a justificação do objeto empírico da pesquisa, e os métodos e técnicas adotados, designadamente a recolha documental e análise de conteúdo de processos tutelares cíveis e, complementarmente, as entrevistas a atores judiciais e não-judiciais. Reflete-se, ainda, sobre as opções tomadas no trabalho de campo, em especial quanto à recolha e tratamento da informação empírica. Antes de avançar para a análise da informação empírica caracterizam-se, também, os processos tutelares cíveis e perícias judiciárias, bem como as famílias e as crianças dos

processos, através de algumas variáveis descritivas elementares, procurando situá-los no contexto judicial e familiar mais amplo.

A segunda parte é também constituída por três capítulos. No **capítulo 4** discute-se os processos de seleção e produção das perícias judiciárias dos processos tutelares cíveis relativos à regulação das responsabilidades parentais, procurando refletir sobre as suas contingências e indeterminismos. Pretende-se, por um lado, perceber os critérios subjacentes à seleção das perícias judiciárias e entidades que as realizam: critérios legais, características dos processos, características da entidade ou das perícias e à relação entre magistrados/as e peritos/as. E, por outro lado, discutir as diferentes metodologias e fontes, mais ou menos padronizadas, a que os/as peritos/as recorrem para responder aos quesitos do tribunal, e a sua relação com o tipo de informação (e recomendações) veiculada nas perícias.

O **capítulo 5** centra-se no impacto das perícias judiciárias na condução e desfecho dos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Revelando que consoante quem a solicita, a autoria da perícia, o tipo de informação veiculada, a existência de outros meios de prova e o grau de concordância entre estes, as perícias judiciárias podem ser um recurso negligenciado, estratégico ou vinculativo na condução do processo judicial e na construção da decisão judicial

Por fim, a análise desenvolvida no **capítulo 6**, quanto às questões de género relacionadas com a maternidade e a paternidade subjacentes aos processos de regulação das responsabilidades parentais, debruça-se sobre dois objetos: em primeiro lugar, atenta-se nas motivações afetivas, patrimoniais e de certificação administrativa subjacentes aos processos tutelares cíveis relativos ao exercício das responsabilidades parentais; e, em segundo lugar, foca-se na prevalência de concepções dominantes de família, maternidade e paternidade nas perícias judiciárias e (consequentemente) decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais.

Finalmente, na **conclusão** do trabalho sintetizo os principais resultados, que apontam para a confirmação das hipóteses acerca da centralidade das perícias judiciárias na condução do processo judicial e na regulação do exercício das responsabilidades parentais, e das concepções dominantes de família, maternidade e paternidade, nas perícias judiciárias e (consequentemente) decisões judiciais, procurando retirar

algumas conclusões, e abrir novas pistas de análise, para a discussão acerca do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais português.

Capítulo 1

A transformação da família e do lugar das crianças

Introdução

Nos últimos anos, os conflitos judiciais em torno das crianças aumentaram significativamente na maioria das sociedades ocidentais (Beck, 2005; Boyd, 2003; Smart, 2004). A evolução da justiça da família e das crianças, em Portugal, acompanha esta tendência, tendo-se registado um aumento exponencial das ações tutelares cíveis de regulação, alteração, incumprimento e limitação do exercício das responsabilidades parentais (Pedroso, 2011; Pedroso e Branco, 2008; Pedroso, Casaleiro e Branco, 2011). Este fenómeno deve ser enquadrado no contexto das transformações sociojurídicas mais amplas e interligadas da família, dos conflitos da família e do direito e justiça da família e das crianças.

A partir da década de 70 do século XX começou a ser defendida a ideia de que emergia nas sociedades ocidentais, ainda que com diferentes ritmos e características, uma modernidade mais complexa, reflexiva e diferenciada, marcada pela expansão e aprofundamento do processo histórico de individualização (Bauman, 2006; Beck, 2005; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2006). Neste contexto as dinâmicas conjugais e parentais têm sido analisadas à luz da acentuação de tendências de privatização e sentimentalização das relações familiares (Ariès, 1988; Badinter, 1985; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Shorter, 1995; Singly, 2006, 2010), com reflexos quer nos indicadores demográficos relativos aos comportamentos familiares, quer na emergência de novos valores e representações. De facto, a partir da década 1970, os indicadores demográficos foram retratando mudanças profundas nos comportamentos familiares e nas relações de género nos países europeus: o decréscimo da nupcialidade e dos casamentos católicos, o aumento das uniões de facto e da taxa de divórcio, a queda da fecundidade e o aumento dos nascimentos fora do casamento e o crescimento de novas formas de organização familiar. Portugal não

foi exceção, marcado por um processo de modernização tardio e acelerado, em relação a outros países ocidentais, na sequência da revolução democrática em 1974, e pela interseção entre a mudança e a continuidade, o moderno e o tradicional nas relações familiares e parentais (Almeida, 2003; Portugal, 2014; Torres, 2002; Wall, 2005a). A par das transformações das dinâmicas familiares e parentais, a transformação interligada do direito da família e das crianças tem sido analisada à luz, por um lado, da tendência para a privatização, desinstitucionalização e contratualização das relações familiares e desjuridificação e desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família entre adultos, e por outro lado, da tendência para a (re)publicização e expansão do direito da família, designadamente em matéria de defesa dos direitos das crianças (Pedroso e Branco, 2008; Pocar e Ronfani, 2008).

O processo de sentimentalização da infância tem sido apontado como outra das características distintivas das sociedades contemporâneas (Ariès, 1988; Shorter, 1995), em que a criança passa a ser percebida enquanto ser vulnerável necessitado de proteção, de cuidados e de formação por parte da família e do Estado (Segalen, 2010). O Estado aumenta a sua intervenção na esfera da família em nome da proteção da criança, seguindo uma lógica de controlo social (Donzelot, 1977; Singly, 2006; Théry, 1989b) e dá-se uma transformação gradual da representação das relações domésticas, das funções da família, dos deveres parentais, com a pluralização das interações familiares, a dissolução do modelo de “ganha-pão masculino” e do “cuidar feminino”, e o reconhecimento da criança como um ser distinto e único (Ariès, 1988; Kellerhals, Troutot e Lazega, 1989; Segalen, 2010; Shorter, 1995). Esta evolução traduziu-se nas transformações sucessivas do regime de regulação das responsabilidades parentais e dos critérios de bem-estar das crianças, nas sociedades ocidentais e em Portugal, ao longo do século XX: desde o poder paternal absoluto, em que a criança é vista como um pequeno adulto propriedade do pai, até à afirmação do superior interesse da criança e partilha de responsabilidades parentais, do final do século XX início do século XXI (Boyd, 2003; Sottomayor, 2011).

No presente capítulo, procura-se contextualizar e compreender como o direito e a justiça da família e das crianças e os conflitos familiares judicializados se (re)centraram nas crianças nos últimos anos. Para tal, analisam-se as principais tendências de transformação da família e do lugar das crianças na família e das relações parentais, recorrendo aos teóricos e estudos da sociologia da família (Beck,

2005; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2010; Torres *et al.*, 2005; Wall, 2005a). Em seguida, a partir do contributo de Susan Boyd (2003), Teresa Picontó Novales (2012) e Clara Sottomayor (2011), entre outras, e da análise de legislação, discute-se a transformação interligada da regulação jurídica das responsabilidades parentais. Por fim, o aumento da procura da justiça da família e das crianças para resolução dos conflitos relativos ao exercício das responsabilidades parentais é discutido à luz dos contributos das abordagens da sociologia da família e da divisão do poder parental (Allen e Hawkins, 1999; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Gatrell, 2007), e da teoria crítica do direito (Maclean, 2007; Parkinson, 2006). Consideram-se ainda os fatores exógenos e endógenos ao sistema judicial (Pedroso, 2006), que contribuem para a evolução da procura judicial em Portugal, ou seja, as transformações sociojurídicas mais amplas e interligadas da família e do lugar da criança e das transformações jurídicas e a recente situação de crise financeira e políticas austeritárias, bem como do direito e justiça da família e das crianças.

1 (Desen)Laços Familiares

A relação entre o processo histórico de modernização das sociedades ocidentais e as transformações no mundo da vida privada é um dos elementos centrais da análise sociológica das relações familiares: desde a família conjugal moderna,⁹ fruto de uma modernidade iniciada no Renascimento, até à família da segunda modernidade, fruto de uma modernidade mais complexa, diferenciada e reflexiva, emergente a partir de meados do século XX (Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2010; Torres, 2002). As mudanças sociais ocorridas a partir de meados do século XX na generalidade dos países ocidentais conduziram a uma alteração dos padrões de vida familiar e à emergência da designada família da segunda modernidade. A democratização e massificação do ensino, a emancipação feminina, o reconhecimento progressivo dos direitos das mulheres e das crianças, a valorização do amor nas relações conjugais, a reivindicação da independência e da autonomia individuais e a

⁹ Émile Durkheim no final do século XIX início do século XX no clássico “A Divisão do Trabalho Social” refere a passagem da família paternal e patriarcal para um novo tipo de família, a família conjugal moderna – a família constituída apenas pelo marido, a mulher e os filhos menores e solteiros do casal – na qual os membros se submetem à autoridade do chefe de família e o pai tem obrigação de alimentar os filhos, que dependem da sua vontade até à maioridade, altura em que cessam todas as obrigações paternas e os filhos assumem a sua personalidade, os seus interesses e a sua responsabilidade própria (Torres, 2002).

lógica de mercado que propõe bens cada vez mais individualizados contribuem para produzir e caracterizar a família da segunda modernidade (Beck, 2005; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Singly, 2006, 2011).

Mais concretamente, a família contemporânea, a família da segunda modernidade ou da modernidade avançada, como Giddens (1992) a prefere designar, traduz, em termos gerais, um aprofundar do processo de individualização, iniciado no fim do século XIX, marcado por um processo de emancipação dos atores sociais das tradições e determinismos que caracterizaram a sociedade industrial (Bauman, 2006; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992). E, por outro lado, a transformação dos laços familiares, num movimento de sentimentalização e privatização, com uma crescente valorização do sentimento amoroso nas relações familiares, bem como da privacidade e da independência da vida familiar (Beck, 2005; Singly, 2011).

No âmbito da tendência para a individualização e para o maior protagonismo dos indivíduos na construção do seu próprio destino no campo das relações amorosas e sentimentais, o casamento e a família nuclear, enquanto modelo de vida familiar, tornaram-se uma matéria de escolha para os indivíduos, um estilo de vida entre outros. Anthony Giddens (1992) defende a emergência de um modelo de relação “pura”, autorreferenciado, que se traduz, entre outros aspetos, no facto de as relações entre parceiros não se pautarem por padrões estabelecidos ou impostos do exterior, mas sim por critérios definidos pelos parceiros conjugais e em torno do que estes consideram ser a qualidade intrínseca da relação. Com a erosão dos quadros normativos rígidos que definem um padrão de comportamento ajustado a papéis fixos ou imutáveis, os indivíduos têm uma maior capacidade de intervenção na construção da sua própria identidade (Giddens, 1992). E, por conseguinte, assumem uma maior capacidade de definir e negociar as suas próprias regras de relacionamento, conduzindo a uma grande diversidade na forma como as relações íntimas são expressas e vividas.

No mesmo sentido Singly (2006) defende que a segunda família moderna é essencialmente uma família relacional e, nesta medida, um lugar central da construção identitária, pela revelação de si na relação com os outros significativos. Mas também privatizada e sentimentalizada, onde se evidencia a ênfase nos afetos e na igualdade de género, propícios às lógicas de revelação identitária. Contudo, Singly (2006) afasta-se do ideal da “relação pura” proposta por Giddens (1992), que privilegia a

liberdade e a procura crescente de um eu reflexivo e esquece, ou negligencia, uma dimensão importante, a segurança ontológica. De acordo com Singly (2010) um dos paradoxos que a família da segunda modernidade enfrenta é a contradição implícita entre a procura de autonomia e a dependência do indivíduo em relação à família, e no próprio casal em relação à individualidade/conjugalidade, e que se acentua com o processo de modernização e diversificação das relações familiares.

Beck e Beck-Gernsheim (2002, 2004) apresentam um quadro semelhante com a sua tese de individualização, argumentando que as antigas previsibilidades e certezas da sociedade industrial dão lugar na segunda modernidade a novos riscos e oportunidades, com consequências profundas na experiência do amor, sexualidade e vida familiar. O processo de individualização enfraquece e desafia os laços sociais tradicionais de parentesco e casamento, libertando os indivíduos dos preceitos e convenções, mas, ao mesmo tempo, o amor e a intimidade são cada vez mais procurados para aliviar o isolamento dessa autonomia.

Bauman (2006) defende, de forma análoga, que o processo de individualização levou à flexibilização e fragilização das relações humanas contemporâneas, fruto do que o autor designa de modernidade líquida. A sociedade líquida moderna distingue-se, segundo o autor, pela “incerteza em relação ao futuro, fragilidade da posição social e insegurança existencial” (Bauman, 2006, p. 132), fruto entre outros aspetos da inconsistência dos compromissos e das parcerias. Na modernidade líquida, o grande dilema do indivíduo contemporâneo centra-se na procura por relações livres das amarras institucionais e na necessidade, premente, de referências afetivas sólidas como a família, seja ela de que tipo for (Bauman, 2006).

Os trabalhos de François Singly (2006, 2011) revelam precisamente como as transformações das famílias contemporâneas correspondem a um compromisso entre as reivindicações de autonomia dos indivíduos e o seu desejo de continuar a partilhar a esfera privada com pessoas próximas do ponto de vista afetivo, que respondem a outras necessidades, ou seja, estabilidade e segurança. Assim, a família contemporânea que emerge do processo de individualização é, simultaneamente, individualista e relacional, ou seja, a família torna-se um espaço privado, ao serviço dos indivíduos (Singly, 2011). A família contemporânea constrói-se com base no amor, mas o fundamental não é a instituição e sim os seus membros, permitindo a individualização dos seus elementos (Portugal, 2014). Deste ponto de vista a

‘destraditionalização’ da vida social libertou as pessoas dos papéis sociais fixos e determinados do passado, permitindo-lhes criar laços, assentes mais na gratificação pessoal do que na obrigação contratual (Gillies, 2003). É o amor que dá sentido à relação amorosa, findo o amor nada mais há a unir os membros do casal, ou seja, sem amor não faz sentido manter o casamento ou a união (Beck e Beck-Gernsheim, 2002).

Neste contexto as relações familiares são caracterizadas pelo risco e fragilidade e os indivíduos veem-se apanhados num paradoxo, em que o amor e a intimidade são cada vez mais centrais e cada vez mais difíceis de manter (Bauman, 2006; Beck e Beck-Gernsheim, 2002). A fragilidade das relações familiares é, portanto, apenas “o reverso dessa atração louca e livre” (Singly, 2006, p. 17). Neste sentido Torres (1996) defende que conjugalidade e divórcio são duas faces da mesma moeda, pois o divórcio resulta da transformação das expectativas e das finalidades colocadas na conjugalidade, mais viradas para a realização afetiva individual e o encontro de si no relacionamento amoroso, a negociação e a igualdade de género.¹⁰ Assim, a família contemporânea compõe-se, decompõe-se e recompõe-se na tensão entre o relacional e a autonomia (Portugal, 2014; Singly, 2011).

Esta mudança, que a socióloga francesa Irène Théry (2001) apelidou de *démariage*, está intimamente ligada à progressiva contratualização das relações entre adultos, ou seja, as decisões de casar ou não casar, divorciar ou não divorciar, passaram a ser questões do foro privado. Verificando-se, assim, a tendência da passagem do casamento de instituição social para contrato privado (Théry, 2001), que já não é estipulado no interesse da comunidade e da família enquanto unidade, mas sim, no interesse do indivíduo, de forma a poder conquistar a própria felicidade e sendo, deste modo, revogável se e quando tal finalidade não se atinge, ou não se atinge em pleno (Cunha, 2007; Pedroso, 2011; Singly, 2011). As transformações dos laços familiares e o aumento e banalização do divórcio são, assim, indissociáveis da transformação acelerada da regulação jurídica da(s) família(s), nas sociedades ocidentais, no que Beck e Beck-Gernsheim (Beck e Beck-Gernsheim, 2004) designam de meta-transformação do direito.

¹⁰ A associação entre o casamento e o divórcio foi estabelecida pela primeira vez por Roussel (1980) no âmbito dos estudos do divórcio. Este autor defende existir uma relação entre cada modelo de divórcio e de casamento: o “divórcio sanção” com o “casamento aliança”; o “divórcio perda ou sobrevivência” com o “casamento fusão”; e o “divórcio dissociação” com o “casamento associação”, o que também foi confirmado em Portugal pelo estudo de Anália Torres (1996).

As normas sociais e jurídicas passam a ser vistas como uma intrusão indevida na vida privada e na esfera da autonomia individual. O Estado reduz o controlo exercido em relação aos modos como as uniões se formam e se selecionam, e há uma evolução para novas formas de contratualização das relações familiares (por exemplo, a união de facto) e para a desjudicialização da resolução dos conflitos civis de família¹¹ (Pedroso, 2011; Pedroso e Branco, 2008; Pocar e Ronfani, 2008). Em Portugal, este processo traduziu-se, num primeiro momento e após a revolução democrática de 1974, na permissão legal do divórcio no casamento católico com o fim da figura do homem como “chefe de família” e a não discriminação entre filhos/as tidos dentro e fora do casamento, seguido do processo de desjudicialização do divórcio, iniciado em 1995 com o Decreto-Lei n.º 163/95,¹² de 13 de julho, e do reconhecimento e proteção jurídica das pessoas a viver em economia comum e em união de facto (hetero e homossexual), em 2001, através das Leis n.º 6/2001 e 7/2001, de 11 de maio, e culminando recentemente na eliminação da culpa na determinação do divórcio, com a Lei n.º 61/2008, e a permissão do casamento entre pessoas do mesmo sexo, em 2010, com a Lei n.º 9/2010 de 31 de maio (Pedroso *et al.*, 2011).¹³

Em termos demográficos, as mudanças sociojurídicas referidas pelos diferentes autores (Beck, 2005; Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2006, 2011) refletiram-se numa alteração da trajetória seguida pelas principais tendências no que se refere à família e à composição do agregado doméstico, nas sociedades ocidentais. A nível europeu é possível identificar quatro grandes tendências (Lappegård, 2014): em primeiro lugar, uma dissociação entre a nupcialidade e a fecundidade, registando-se um aumento das crianças a nascerem fora do casamento,

¹¹ A título de exemplo, em Portugal, a partir da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, o divórcio por mútuo consentimento passa a ter natureza administrativa, realizando-se exclusivamente na Conservatória do Registo Civil.

¹² Este diploma atribui às Conservatórias do Registo Civil competência para, paralelamente aos Tribunais, decretarem o divórcio por mútuo consentimento no caso de casais sem filhos menores.

¹³ Como salienta Jorge Duarte Pinheiro (2007, p. 16), o Direito da Família foi o ramo do Direito Civil português que maiores mudanças sofreu ao longo do século XX, assistindo-se a um questionamento das matérias reguladas e tratadas, como a heterossexualidade enquanto requisito de existência do casamento (aliás, com as alterações introduzidas ao Código Civil em 2010 deixou de existir este requisito), a imposição dos deveres conjugais (estrutura que foi posta em causa com as alterações ao regime do divórcio introduzidas em 2008), o papel da culpa no divórcio (eliminada em 2008), e a alteração de paradigma relativamente ao poder paternal, que passou a ser encarado como responsabilidades parentais, deixando, assim, de conter um cariz marcadamente patriarcal e apontando para o superior interesse da criança em ter dois progenitores igualmente responsáveis pela sua educação e bem-estar, entre outras.

mas em contexto de coabitação; em segundo lugar, um aumento do estabelecimento de vínculos conjugais informais por via da coabitação em união de facto, seja como uma etapa prévia ao processo de casamento, seja mesmo como uma alternativa ao casamento, como consequência direta da tendência para o individualismo e secularização das relações familiares; em terceiro lugar, um adiamento dos principais eventos familiares, aumentando a idade de transição para a conjugalidade e para a parentalidade, mas também uma maior diversidade na sequência e momento dos principais eventos, que é indissociável não só das tendências para o individualismo, mas também da instabilidade e precariedade laboral que se faz sentir na Europa e que leva os jovens a adiarem a saída de casa dos pais, o casamento e a natalidade; por fim, regista-se um aumento da taxa bruta de divorcialidade por toda a Europa, associada ao processo de individualização e sentimentalização das relações familiares. Em suma, desde meados da década de 1970, por todas as sociedades ocidentais homens e mulheres têm casado menos e tido menos filhos/as e em faixas etárias mais avançadas do que as gerações anteriores, bem como coabitado e divorciado mais (Aboim, 2006; Aboim, Cunha e Vasconcelos, 2005).

Não obstante, o padrão familiar europeu continua a ser a vivência em casal, ainda que se verifique uma maior diversidade de agregados familiares e as famílias se destaquem agora pela sua pequena dimensão (uma média de cerca de três pessoas) (Aboim *et al.*, 2005; Almeida, Guerreiro, Lobo, Torres e Wall, 1998). Como refere Lappegård (2014, p. 34),

embora a norma seja viver juntos até que a morte os separe, os casamentos dissolvem-se cada vez mais, resultando em formas de organização familiar cada vez mais diversificadas, incluindo mais pessoas sós, mais famílias monoparentais e mais famílias recompostas.

O modelo de família da primeira modernidade, assente na divisão de papéis de género dentro e fora da família, com marido ganha-pão e mulher doméstica e principal cuidadora da(s) crianças, e na indissolubilidade do laço conjugal está, por conseguinte, a dissolver-se e a dar lugar a novos modelos de família, sendo que o que distingue a segunda modernidade para além da pluralização dos laços familiares, é a ‘normalização da diversidade’, que é social e legalmente aceite (Beck e Beck-Gernsheim, 2004, p. 504).

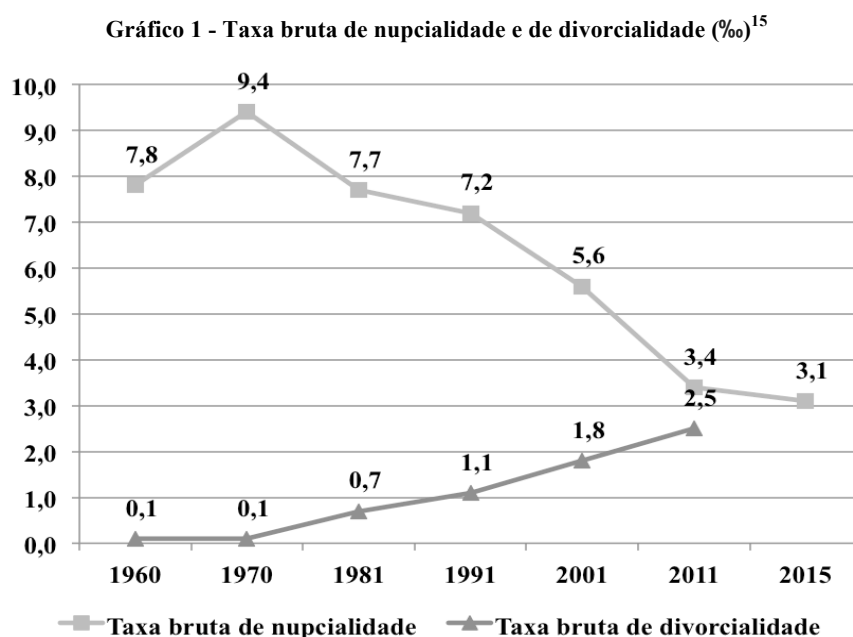
1.1 Os (Desen)laços familiares em Portugal

Em Portugal, após uma fase que Almeida *et al.* (1998) designam de “familiarismo renovado”, ocorrido até à década de 1960 e caracterizado por uma nupcialidade elevada, rejuvenescimento da idade média no casamento, por um menor número de nascimentos fora do casamento e por um aumento dos casais com filhos/as, seguiu-se um movimento de modernização, iniciado em meados da década de 1970, caracterizado pela inversão das tendências anteriores e, conseqüente, aproximação aos padrões demográficos e familiares dos que mais cedo se observaram noutras sociedades ocidentais (Aboim, 2006). A rápida modernização da vida familiar, em Portugal, é visível nos indicadores demográficos, com a crescente informalização e diversificação da vida conjugal, diminuição da natalidade, aumento do divórcio e da recomposição familiar, mas também nas dinâmicas internas do casal e da família, agora menos orientadas por lógicas institucionais e mais centradas em lógicas companheiristas, democráticas e de maior autonomia, quer dos casais em relação ao grupo de parentesco, quer dos indivíduos na família (Aboim, 2006; Torres, 1996, 2002; Wall, Cunha e Ramos, 2014).

A desaceleração do crescimento demográfico e, mais recentemente, o decréscimo dos volumes populacionais, a par do contínuo processo de envelhecimento demográfico, resultado da queda da fecundidade e aumento da esperança de vida, consubstanciam as principais linhas de caracterização das tendências demográficas dos últimos anos em Portugal (Pina e Magalhães, 2014, p. 25). No que respeita à vida familiar, a análise do gráfico 1 revela, em primeiro lugar, um decréscimo consistente da taxa de nupcialidade desde 1980, atingindo o seu valor mais baixo em 2015, 3,1. A crescente desinstitucionalização e laicização dos laços conjugais é um elemento central da mudança familiar em Portugal. Viver em conjugalidade há muito que deixou de ser sinónimo de casamento, especialmente na sua vertente religiosa - os casamentos católicos representam apenas 35,9% do total de casamentos realizados em 2015, contra 86,6% em 1970 -, dada a crescente relevância das relações conjugais informais (Cunha e Atalaia, 2014). De acordo com Aboim (2006), viver em união de facto, em Portugal, abarca situações distintas: coabitação como um exercício de experimentação que precede o casamento;¹⁴ coabitação ligada à parentalidade, em que o nascimento

¹⁴ Em Portugal, a percentagem de casamentos em que os nubentes já possuíam residência anterior comum tem vindo a aumentar, representando em 2015 mais de metade do total de casamentos

de um/a filho/a precipita a vivência em casal; coabitação no seguimento de ruturas conjugais – famílias recompostas.



Fonte: FFMS, PORDATA (2017)

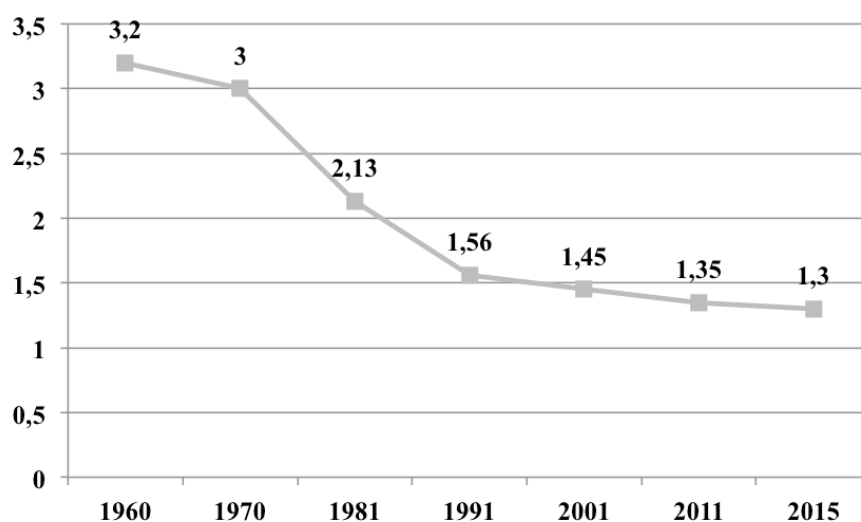
Em segundo lugar, o processo de sentimentalização e privatização da vida familiar, com a representação da conjugalidade como um compromisso afetivo e privado, torna-a mais vulnerável à rutura. Em Portugal, a taxa bruta de divorcialidade aumenta gradualmente de 0,06, em 1970, até atingir o seu valor mais elevado de 2,5, em 2011 (cf. gráfico 1), o que não é também indiferente às alterações jurídicas no sentido da desjudicialização do divórcio. Sendo que o divórcio representa a dissolução de um casamento, de uma família, mas representa também a possibilidade de constituição de uma nova família. Com efeito, entre 1995 e 2013, também a percentagem de casamentos em que pelo menos um dos cônjuges já tinha sido casado tem vindo a aumentar de 11,6% para 28% (INE, 2016). Em suma, os indicadores demográficos apresentam sinais de reforço da informalização do laço conjugal e de pluralização do leque de transições possíveis nos percursos familiares, acrescendo-os de momentos de rutura e de recomposição, em conformidade com uma visão menos institucional da relação a dois e da própria família (Aboim, 2006).

realizados em Portugal (54,5%), situação bem diferente da que se verificava em 1995, em que na larga maioria dos casamentos os nubentes não tinham residência anterior comum (Pina e Magalhães, 2014).

¹⁵ No que toca à taxa bruta de divorcialidade os dados mais recentes disponíveis dizem respeito a 2013 e refletem uma ligeira descida da taxa para 2,2 (FFMS, 2017).

Em terceiro lugar, observa-se, uma viragem profunda na fecundidade, por um lado, com o adiamento do nascimento do/a primeiro/a filho/a e a redução do número médio de filhos/as por mulher, e, por outro lado, a dissociação da relação entre fecundidade e nupcialidade (Almeida, 2009). Com a difusão de meios de contraceção médica e disseminação de novos valores sobre a criança e a importância da escola na sua socialização, sobre a família e o casal, o corpo e a identidade feminina (Almeida, 2009), a fecundidade em Portugal decresceu muito rapidamente: do valor médio de 3,1 filhos/as por mulher em idade fértil registado em 1960 passou-se para 1,3 em 2015 (cf. gráfico 2). Sendo que a partir de 1983, os valores nacionais da fecundidade deixam de assegurar a substituição de gerações, que corresponde a um índice sintético mínimo de 2,1 (Almeida, André e Lalanda, 2002). De acordo com Almeida (2009), a prevalência de um modelo assimétrico entre géneros de divisão do trabalho doméstico e de educação dos/as filhos/as, num contexto de redes ainda deficitárias de guarda formal ou informal de crianças, a entrada massiva e duradoura das mulheres no mercado de trabalho, imparável em Portugal desde a década de 1960, constitui outro fator inibidor de estratégias de fecundidade múltipla, em Portugal.

Gráfico 2 – Índice sintético de fecundidade

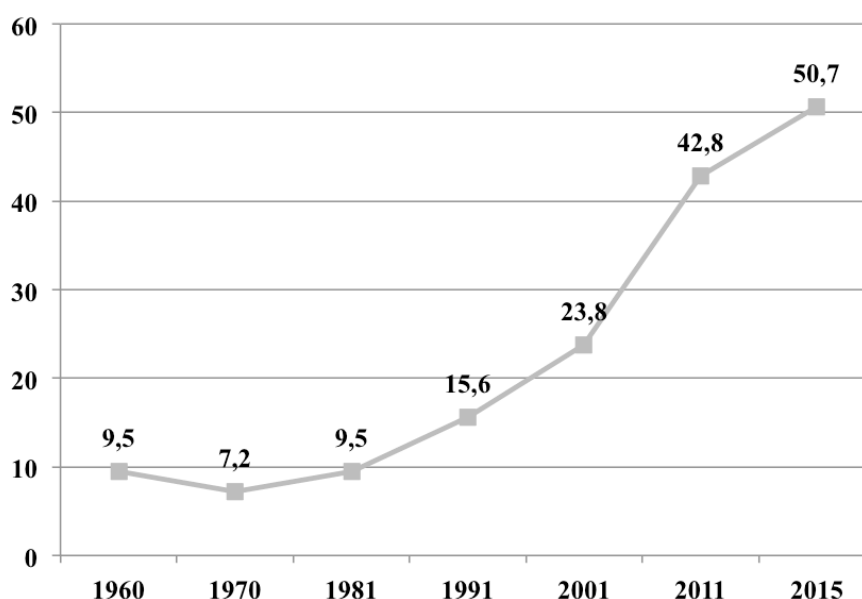


Fonte: FFMS, PORDATA (2017)

Simultaneamente, a percentagem de nados vivos nascidos fora do casamento aumentou de forma expressiva nos últimos anos, como se pode observar no gráfico 3, atingindo em 2015 50,7% dos nascimentos, mas terá sido sobretudo o aumento do peso relativo de nados vivos ocorridos fora do casamento mas cujos progenitores viviam em coabitação a contribuir para este aumento, indiciando a intensificação de

outros modos de formação familiar para além do casamento (Pina e Magalhães, 2014). Se bem que adiada e planificada, a maternidade mantém o seu vínculo privilegiado ao casal, e não ao indivíduo; a procriação a solo, estatisticamente muito pouco significativa neste universo, surge como uma situação excecional, no qual se destacam mulheres com percursos contracetivos de risco e muito desfavorecidas tanto em termos de indicadores escolares como profissionais (Almeida *et al.*, 2002).

Gráfico 3 - Percentagem de nados-vivos fora do casamento



Fonte: FFMS, PORDATA (2017)

Por fim, observa-se um adiamento da conjugalidade e da parentalidade. O prolongamento dos estudos, a entrada mais tardia no mercado trabalho e a precariedade laboral, a opção da coabitação como experiência prévia ao casamento contribuem para que os jovens casem consideravelmente mais tarde (32,5 anos para os homens e 31 anos para as mulheres era a idade média ao primeiro casamento em 2015) e para que as mulheres portuguesas sejam mães mais tarde (aos 30,2 anos em média em 2015) (FFMS, 2017).

Estas transformações têm reflexos na evolução da estrutura familiar portuguesa. A valorização da independência económica e residencial, em diferentes fases da vida, terá conduzido, nas últimas décadas do século XX, a um reforço da família nuclear de casal com ou sem filhos/as e, também, a uma maior individualização da vida privada, reduzindo a dependência do indivíduo em relação à família e à rede alargada de parentes próximos, sobretudo em determinadas fases da vida, como a transição para a

vida adulta, o pós-divórcio ou a velhice (Aboim, 2006; Wall *et al.*, 2014). Neste contexto registou-se uma diminuição progressiva do número de pessoas a viver debaixo do mesmo teto, passando a dimensão média das famílias de 3,7 pessoas por família, em 1970, para 2,5 pessoas, em 2015 (FFMS, 2017). Diminuindo também significativamente os agregados de famílias complexas, em que a uma família simples se juntam outras pessoas aparentadas dentro do mesmo lar, refletindo uma maior autonomia dos casais e dos indivíduos que têm vindo a dispor de acrescidas condições de independência económica e residencial (Wall *et al.*, 2014).

Wall *et al.* (2014) chamam, contudo, à atenção para o facto de o decréscimo mais expressivo nas famílias complexas ter ocorrido na década de 1990 (menos 3,5%) e não ao longo da última década (2001/2011) (menos 1,7%), o que poderá, eventualmente, encontrar uma explicação no agravamento das condições de vida das famílias ao longo dos últimos anos. A precariedade económica e o difícil acesso a um alojamento próprio é hoje a principal motivação para a coresidência em famílias complexas, pelo que a crise económica pode ter conduzido a um certo abrandamento deste movimento de descida (Wall, 2005a; Wall *et al.*, 2014). Como refere Martin (2007), se reconhecemos o impacto da reflexividade e individualização nas relações familiares, não podemos, também ignorar as desigualdades sociais, que limitam o processo de individualização. As condições socioeconómicas são aliás um elemento explicativo também para o adiamento da conjugalidade e parentalidade e até do divórcio a nível europeu (Lappegård, 2014; Martin, 2007).

Apesar das profundas mudanças na conjugalidade contemporânea (Aboim 2006), e de o divórcio ou a separação serem acontecimentos cada vez mais comuns no percurso de vida dos indivíduos, o casal (62% das famílias em 1960 e 59% em 2011) e em especial o casal com filhos/as são ainda, em 2011, as formas predominantes de organização da vida familiar em Portugal (cf. quadro 1) (Cunha e Atalaia, 2014; Wall *et al.*, 2014). Contudo, e como referem Almeida *et al.* (1998), embora os tipos de família que surgem no contexto de modernização tenham uma estrutura semelhante à da década de 1960, estas nem sempre têm o mesmo significado, por exemplo, ser mãe ou pai sozinho/a com filhos/as significa, cada vez mais, ser divorciada/o e não viúva/o ou solteiro/a, como no passado.

Quadro 1 - Evolução do tipo de família- Portugal, 1960-2011 (%)

| | 1960 | 1991 | 2001 | 2011 |
|--|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Famílias sem núcleo | 16,4 | 16,6 | 19,5 | 23,3 |
| Pessoas a viver sozinhas | 11,5 | 12,4 | 15,5 | 20,4 |
| Outros tipos de família | 4,9 | 4,2 | 4 | 2,8 |
| Famílias simples (c/ 1 núcleo familiar s/ outras pessoas) | 68,2 | 69,5 | 70,1 | 68 |
| Casais (subtotal) | 62,3 | 63,9 | 63,1 | 59 |
| Casal sem filhos/as | 14,8 | 20 | 22 | 23,8 |
| Casal com filhos/as | 47,5 | 43,9 | 41,1 | 35,2 |
| Monoparentais (subtotal) | 5,9 | 5,6 | 7 | 9 |
| Pai com filhos/as | - | 0,8 | 0,9 | 1,2 |
| Mãe com filhos/as | - | 4,8 | 6 | 7,8 |
| Famílias complexas | 15,4 | 13,9 | 10,4 | 8,7 |
| Total | 100 | 100 | 100 | 100 |

Fonte: INE, Censos 1960, 1991, 2001 e 2011

Por um lado, como se pode observar no quadro 2, aumentaram exponencialmente os casais “de facto” (com e sem filhos/as), tendência que é consistente com os processos de informalização da vida em casal, assim como com o aumento das famílias recompostas, onde essa informalidade tem sido a regra (Cunha e Atalaia, 2014).

Quadro 2 - Casais com e sem filhos e casais recompostos por tipo de núcleo (“de direito” e “de facto”), 1991, 2001 e 2011 (%)

| | Ano | | |
|----------------------------|----------------|----------------|----------------|
| | 1991 | 2001 | 2011 |
| Casais | | | |
| "de direito" sem filhos/as | 30,7 | 32,6 | 35,4 |
| "de facto" sem filhos/as | 1,4 | 2,7 | 5,8 |
| "de direito" com filhos/as | 65,4 | 60,5 | 51,3 |
| "de facto" com filhos/as | 2,5 | 4,2 | 7,5 |
| Total dos casais | 2480561 | 2687708 | 2745928 |
| Casais recompostos | | | |
| "de direito" | - | 44,1 | 40,8 |
| "de facto" | - | 55,9 | 59,2 |
| Total Recompostos | - | 48786 | 105763 |

Fonte: INE, Censos 1991, 2001 e 2011

Por outro lado, os quadros 1 e 2 revelam que se assistiu a um aumento do peso relativo dos casais sem filhos/as (de 15% em 1960, para 24% em 2011), dos núcleos familiares monoparentais (de 6% em 1960, para 9% em 2011) e das pessoas que vivem sós (de 12% em 1960, para 20% em 2011), o que, de acordo com Wall *et al.* (2014), pode atribuir-se quer ao envelhecimento populacional e à queda e adiamento da fecundidade, quer ao aumento das ruturas conjugais (divórcios e separações). No

que respeita às famílias monoparentais, observa-se uma preponderância dos núcleos de mães sóas (87,4% das famílias clássicas monoparentais são do sexo feminino (FFMS, 2017)), reveladora, de acordo com Marinho (2014), do efeito do predomínio da “guarda com residência materna” na sociedade portuguesa nas últimas décadas, ou seja, do princípio de que a seguir a um nascimento fora do casamento (ou de uma união de facto) e após uma rutura conjugal (separação ou divórcio) os/as filhos/as devem ser entregues ao cuidado exclusivo das mães.¹⁶ No mesmo sentido, de acordo com Wall *et al.* (2014), na população entre os 30 e os 49 anos, as mulheres tendem a viver mais em monoparentalidade do que os homens, enquanto estes vivem mais em agregados de pessoas sóas, em resultado, certamente, da reorganização residencial pós-divórcio.

Estas transformações enquadram-se nos dois grandes movimentos de transformação das famílias portuguesas, o de privatização da vida conjugal e familiar e o de individualização (embora menos enfático e generalizado), que ocorreram, desde a década de 1960 com as mudanças na sociedade portuguesa (Wall, 2005b). Apesar das notáveis mudanças que reconfiguram os comportamentos familiares, a família continua a desempenhar um papel de destaque e a ser uma representação consensual no universo de valores da população portuguesa (Almeida, 2009). De acordo com Ainsaar e Rootalu (2015), os resultados do *European Social Survey* de 2012 revelam que, enquanto na maioria dos países não existem diferenças significativas no nível de satisfação entre casais com e sem filhos/as, Portugal é um dos poucos países em que os casais sem filhos/as revelam uma menor satisfação do que os casais com filhos/as. Neste sentido, Cunha (2005) defende que, apesar da modernização da sociedade portuguesa, a nível demográfico e das conquistas das mulheres na esfera pública, que inclusivamente fizeram aproximar a sociedade portuguesa do padrão europeu no que concerne a estes indicadores, em Portugal, ter filhos/as não deixa de ser visto como a chave da realização tanto feminina como masculina, reunindo, aliás, um consenso bem mais generalizado do que a média europeia. Porém, de acordo com Wall (2005b), o movimento de individualização, em Portugal, é mais acentuado nos meios mais favorecidos e deve ser interpretado no seio dos constrangimentos familiares, parentais e identitários, que o acompanham e influenciam. A título de exemplo, os

¹⁶ Note-se que os dados dos Censos 2001 e 2011 não permitem identificar o número de núcleos familiares monoparentais em que o pai e a mãe dividem entre si o tempo em que residem com os filhos.

papéis parentais e em particular o papel maternal nas mulheres altamente qualificadas ocupam um lugar central e um sentido importante na existência, o que pode dificultar ou contrariar o trajeto de emancipação social (Wall, 2005b).

Em suma, Portugal registou um conjunto de transformações sociais profundas nas relações familiares e parentais a nível das práticas, das representações e dos valores, ainda que um pouco mais tarde e de forma mais acelerada quando comparado com outros países ocidentais (Torres, 2002). Os estudos das dinâmicas da vida familiar revelam processos de diversificação e transformação nas relações conjugais e nos projetos de fecundidade, sempre ancorados nos diferentes posicionamentos sociais dos seus protagonistas (Aboim, 2006; Almeida, 2003; Torres, 1996, 2002; Wall, 2005a). Estes mostram ainda como a mudança e a continuidade se entrecruzam nas relações familiares e parentais, em Portugal, dando conta da coexistência e combinação de ideais, valores e práticas “tradicionais” e “modernos” na negociação das relações familiares, o que tem expressão no encontro do institucionalismo, do familialismo, do companheirismo e do individualismo, com mudanças lentas e graduais nos papéis de género (Portugal, 2014).

2 O lugar da criança na família e as relações parentais

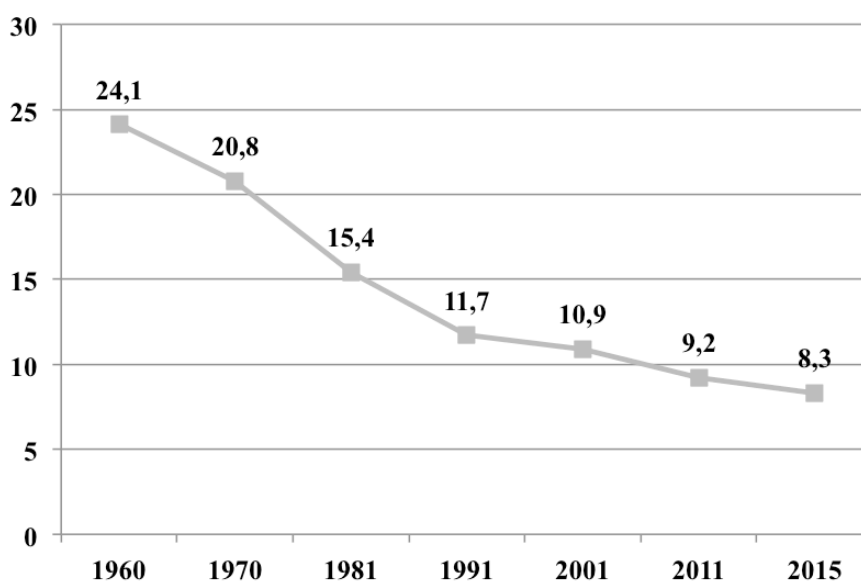
As sociedades contemporâneas têm vindo a testemunhar profundas mudanças no lugar da criança na família: são mudanças quantitativas, na dimensão da descendência, no calendário dos nascimentos; mas são também qualitativas, nos contextos e motivações para a procriação, nas expectativas que se depositam nos filhos/as, nas funções que desempenham na vida familiar (Cunha, 2005; Segalen, 2010). Estas mudanças são indissociáveis das transformações dos laços conjugais (Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Singly, 2011), referidas anteriormente, e do novo sentimento para com a criança, enquanto objeto (e sujeito) afetivo da família conjugal (Cunha, 2005).

Num contexto de privatização e sentimentalização das relações conjugais e parentais, a decisão de ter filhos/as é fruto de uma escolha racional do casal ou do indivíduo, gerida em função dos ritmos e objetivos internos da vida em comum ou dos investimentos individuais noutras esferas de atividade (Almeida, 2009). Como coloca Badinter (2010, p. 12). o individualismo e o hedonismo característicos da segunda

metade do século XX “tornaram-se os principais motivos da nossa reprodução, mas por vezes também da sua recusa”. Se no passado as descendências numerosas eram não só inevitáveis num contexto de contraceção incipiente e mortalidade infantil elevada, como necessárias para o bom funcionamento da vida familiar e doméstica, enquanto resposta à necessidade de mão de obra, à preocupação com a velhice e ao desejo de transmitir um nome, uma terra, uma linhagem, atualmente há uma tendência para os casais terem poucos/as filhos/as, de forma planeada e de modo a satisfazerem sobretudo, mas não exclusivamente, expectativas afetivas (Cunha, 2005; Segalen, 2010).

À medida que se vai desenvolvendo uma nova atitude em relação à criança – simultaneamente afetiva, atenta e pedagógica – os casais começam a aspirar à limitação da descendência, de modo a investirem em cada filho/a, que passa a ser único/a e insubstituível (Cunha, 2005, 2007). Em Portugal, observa-se, como se referiu, uma redução do número médio de filhos/as por mulher em idade fértil (índice sintético de fecundidade) e da taxa de natalidade (cf. gráficos 2 e 4) o que a par do envelhecimento da população e dos recentes movimentos migratórios conduziu a uma diminuição em termos absolutos e relativos das crianças e jovens entre os 0 e os 19 anos no total da população residente de 3.221.385 (37,3% no total da população), em 1971, para 2.031.905 (19,6% no total da população), em 2015.

Gráfico 4 – Taxa bruta de natalidade (‰)



Fonte: FFMS, PORDATA (2017)

A concepção da criança enquanto objeto (e sujeito) afetivo da família conjugal contemporânea tem raízes na produção acadêmica dos anos 1950 e 1960 (Cunha 2005). Trata-se, antes de mais, de uma herança de Ariès (1988), autor que ao estabelecer a ponte entre a emergência do sentimento da infância – pioneiro entre a burguesia francesa dos séculos XVI e XVII – e a primeira revolução contracetiva – que aí teve início um século depois – atribuiu ao novo estatuto social da criança na família a chave do seu processo de modernização. De acordo com Ariès (1988, p. 320), “podemos conceber a família moderna sem amor, mas a preocupação com os/as filhos/as e a necessidade da sua presença estão profundamente enraizados”.

Esta nova atitude face à criança que cresce na família é designada por Ariès (1988) de processo de sentimentalização da infância, em que a criança passa a ser percebida enquanto ser vulnerável necessitada de proteção, de cuidados e de formação. Se na Idade Média¹⁷ a criança era desvalorizada, como um ser frágil, com poucas garantias de sobrevivência (devido à elevada mortalidade infantil), no século XVII e XVIII ela recupera o seu valor social, revalorização esta consequente à própria revalorização do indivíduo e da dimensão privada. Nos meios burgueses e aristocráticos, a infância passa a ser considerada como um período especialmente importante da vida e a criança passa a ser um “bem” valioso a preservar e proteger do mundo exterior, bem como a educar em casa e na escola. As crianças tornaram-se progressivamente o centro e objeto das atenções e estratégias educativas da família, contribuindo para a diminuição da mortalidade infantil e limitação de nascimentos e alterando e circunscrevendo o papel da mulher ao lar como cuidadora e educadora por excelência. É, neste contexto, que Ariès (1988) e Shorter (1995) falam também da emergência do amor maternal, fruto da proximidade criada entre a mãe e o seu bebé.

Na esteira da abordagem funcionalista de Parsons sobre a família conjugal norte-americana, Kellerhals *et al.* (1989) argumentam que o lugar da criança na família contemporânea transformou-se à luz do processo de diluição das funções que esta desempenhava nas sociedades do antigo regime (função económica, assistencial, de linhagem, religiosa e estatutária), tornando-se o desejo de assegurar uma relação

¹⁷ Nas palavras de Philippe Ariès (1988, p. 319): “Na idade média, nos tempos modernos, por mais tempo ainda nas classes populares, as crianças confundiam-se com os adultos assim que eram capazes de passar sem a ajuda da mãe ou da ama, poucos anos após um desmame tardio, por volta dos sete anos de idade. Entravam, então, sem transição, na grande comunidade dos homens, compartilhando com os seus amigos jovens ou velhos os trabalhos e os divertimentos de cada dia”.

afetiva privilegiada uma das razões fundamentais para ter filhos/as. Mesmo a relevância da função simbólica de coesão conjugal não se trata já de legitimar a existência do casal, como no passado, e sim de concretizar, através da vinda de uma criança, o sentimento amoroso que enlaça os cônjuges. Ao contrário da família tradicional em que existia uma relativa indiferença quanto à criança e em que esta era vista sobretudo como um adulto em miniatura, que contribuía para a sobrevivência económica da família, a família moderna estabelece uma relação mais emocional e intimista entre os diferentes membros e em especial com as crianças (Kellerhals *et al.*, 1989), o que é considerado um sinal, quer da perda do papel económico dos filhos/as, quer da privatização da vida familiar, que faz com que a criança passe a ter sentido apenas para o casal. Nas sociedades contemporâneas, os modelos relacionais mais comuns entre pais e filhos/as caracterizam-se, de acordo com Giddens (1992), pela comunicação emocional e pela intimidade, sendo que os pais se sentem ligados aos/às filhos/as por um amor incondicional, que se constitui como um bem precioso e raro (Beck e Beck-Gernsheim, 2002).

Partindo das propostas de Kellerhals *et al.*, Cunha (2005, 2007) baliza as funções contemporâneas dos/as filhos/as no quadro familiar contemporâneo em quatro dimensões de análise: afetiva, instrumental, estatutária e expressiva.¹⁸ Contudo, a autora acompanha Kellerhals *et al.* (1989) quanto ao facto da vontade de estabelecer um laço sentimental sólido e gratificante ser, provavelmente, a razão por excelência que motiva atualmente a procriação. Esta é de resto uma característica da família moderna em que, segundo Edward Shorter (1995, p. 23), o “sentimento” que a domina pode ser definido como “a disposição de reordenar os objetivos da vida de modo a que os laços emocionais com as outras pessoas [inclusive com as crianças] vão para o cimo da lista e objetivos mais tradicionais tomem o seu lugar mais abaixo”.

¹⁸ A dimensão afetiva remete para o universo de gratificações com que a criança preenche a vida familiar. A dimensão instrumental engloba a função produtiva, ou seja, a participação nas esferas doméstica ou profissional; a função de solidariedade material, que remete para expectativa de apoio, em termos económicos e de cuidados; e a função de solidariedade emocional. A dimensão estatutária agrega uma função identitária (maternidade/paternidade), de aquisição de autoridade (exercício de poder e de influência), de mobilidade social e de linhagem. A dimensão expressiva é equacionada a partir de três funções: a função de papel dá conta da importância dos filhos enquanto motor de um conjunto de atividades quotidianas sentidas como gratificantes; a função de sociabilidade lúdica; e a função socializadora.

Em Portugal, Vanessa Cunha (2007) no seu estudo sobre as funções dos/as filhos/as conclui que, pese embora a gratificação afetiva se destaque largamente, as expectativas que são colocadas na relação com os/as filhos/as são muitas e variadas, não se confinando às funções da dimensão afetiva e variando em função da classe social e da escolaridade. A autora sublinha, designadamente, a importância das funções socializadora, de sociabilidade lúdica e de papel, funções que apontam para um quadro mais democrático, companheirista e relacional da vida familiar, e as funções da dimensão estatutária, em particular a identitária, o que é revelador do impacto da maternidade na construção de uma autoimagem positiva. A função produtiva é a que tem menor adesão comparativamente a todas as outras, o que é considerado um sinal evidente da mudança do lugar da criança na família em Portugal, em que a economia doméstica dispensa a contribuição dos/as filhos/as. Sendo de notar que, apesar da tendência de mudança no sentido da desvalorização de algumas funções de cariz instrumental, como a função produtiva, estas continuam a ser importantes para um conjunto significativo de mulheres, em especial as com baixos recursos escolares e profissionais (Cunha, 2005, 2007).

2.1 A diversificação das relações parentais

As práticas e as normas sociais relativas à parentalidade, maternidade e paternidade, têm também de ser conceptualizadas no quadro das transformações contemporâneas da vida familiar e de valorização do sentimento de infância (Martin, 2003) e em especial no contexto de pluralização e diversificação das relações familiares e da mudança nos modelos culturais de género, com o declínio do modelo de “ganha-pão masculino” e do cuidar feminino (Wall, Aboim e Marinho, 2010). Se as fontes do século XVII afirmam a importância do pai e da sua autoridade, os séculos subsequentes até meados do século XX promovem a liderança da mãe no lar, até ao momento em que o aprofundar dos processos de individualização e sentimentalização, a par da consolidação dos valores da igualdade de género e da democracia, reconheceram novos papéis e estatutos individualizados a homens e mulheres na família e na sociedade e fizeram emergir um novo amor, o “amor paternal” (Badinter, 2010).

No âmbito do processo de individualização da família, as formas de relacionamento conjugal e parental estatutárias, institucionalistas e hierárquicas foram dando lugar a novas formas de relacionamento mais “modernas” focadas no valor da relação

pessoal, dos afetos, da intimidade e da igualdade (Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2006). Para tal contribuíram também as transformações políticas e legislativas no campo da família em vários países europeus e em Portugal, no sentido do apoio aos valores de partilha, de cooperação e de igualdade entre homens e mulheres na família, da proteção e do apoio ao pai e à mãe no mercado de trabalho e da promoção de uma paternidade mais participativa, em que autoridade paternal absoluta (*pater familiae*), a autoridade masculina na família, deu lugar à autoridade parental e marital partilhada no casal (Almeida, 2003; Marinho, 2011; Wall, 2010b).

A consolidação dos valores da igualdade de género e da democracia conduziram ao reconhecimento de novos direitos e protagonismos na vida pública e privada a mulheres e homens, que mais libertos de normas e códigos específicos viram também o seu lugar e papéis na parentalidade e na família transformados (Marinho, 2011), num processo de reconfiguração das relações de género na família. É neste sentido que autores como Beck (2005), Lewis (2001; Pascall e Lewis, 2004) e Pfau-Effinger (2004) se referem à afirmação do modelo de duplo emprego em detrimento do modelo de organização familiar baseada no homem ganha-pão e na mulher doméstica, que reconfigura a divisão do trabalho pago na família e a divisão conjugal tradicional do trabalho parental e doméstico e de articulação trabalho-família. Neste contexto, a associação entre o sustento da família e a paternidade e entre o cuidado e a maternidade é desafiada, sendo os homens chamados a desempenhar novos papéis e práticas nos cuidados quotidianos aos/às filhos/as e na gestão da vida doméstica, e as mulheres para novos protagonismos na vida pública e na partilha com os homens das responsabilidades familiares (Lewis, 2001; Marinho, 2011; Pascall e Lewis, 2004; Wall, Aboim e Cunha, 2010). Richard Collier e Sally Sheldon (2008, p. 117) defendem que “agora os pais são vistos como tendo um relacionamento mais direto com os seus filhos e/ou filhas do que no passado”, ou seja, “a relação paternal com as crianças já não é mediada pelo tipo ou qualidade da relação que o pai tem com a mãe”.

As práticas e representações da parentalidade registaram mudanças significativas na divisão dos cuidados e da educação da criança, quer durante a conjugalidade, quer no pós-separação/divórcio. A divisão estanque de modelos e papéis vai dando lugar a práticas de cooperação parental e conjugal negociadas, incorporando uma cultura

igualitária e de comunhão no casal, que aproxima papéis parentais de homens e mulheres, através de diferentes configurações de práticas de duplo cuidar (Marinho, 2011; Wall e Guerreiro, 2005). No pós-separação, em concreto, o modelo tradicional de parentalidade separada (ou paralela), moldado por uma dualidade profunda de género que tende a afastar a criança de um dos progenitores, é substituído progressivamente pelo modelo de coparentalidade no pós-divórcio, marcado pela divisão rotativa e tendencialmente paritária dos tempos de residência, dos cuidados e da educação da criança, entre o pai e a mãe e que acolhe representações e práticas que valorizam a implicação do pai no quotidiano dos/as filhos/as e a cooperação entre o pai e a mãe, mantendo assim para a criança a comunidade parental e filial construída durante a conjugalidade (Marinho, 2010).

Contudo, se há sinais claros de transformação das relações conjugais e parentais, a verdade é que esta mudança não significa um corte radical com os modelos anteriores. Em primeiro lugar, a modernidade conjugal não se revê exclusivamente no modelo da família moderna ou relacional, cuja organização afetiva, democrática e igualitária procura responder às lógicas sociais individualizantes, propiciando a produção de identidades individuais no seu interior (Beck e Beck-Gernsheim, 2002; Giddens, 1992; Singly, 2010). Do declínio deste modelo emergiram, sim, diferentes modalidades de divisão do trabalho no casal, que combinam de formas complexas permanências na mudança, em função do contexto socioeconómico e do nível de formação socioprofissional (Aboim e Wall, 2002; Pfau-Effinger, 2004; Wall, 2010a; Wall, Aboim e Marinho, 2010; Wall e Guerreiro, 2005). Os estudos têm revelado, em termos gerais, três modelos principais de divisão de papéis de género dentro e fora da família, do ponto de vista das representações e das práticas sociais: o modelo de segregação tradicional, do marido ganha-pão/mulher doméstica; o modelo intermédio de emprego e meio (marido principal ganha-pão/mulher a tempo parcial), em que o papel profissional da mulher é secundário em relação ao do marido e a mulher continua a assegurar a maior parte das tarefas e dos cuidados às crianças; e o modelo de duplo emprego/duplo cuidar, mais igualitário, seja no plano da atividade profissional, seja no plano do trabalho não pago (Pfau-Effinger, 2004; Wall, 2010a).

Num estudo sobre a vida familiar, a família conjugal com filhos/as, Aboim e Wall (2002) corroboram a tendência para uma diversidade das formas de interagir na vida conjugal, em Portugal, identificando seis tipos de interação familiar: o tipo “paralelo”,

caracterizado por uma autonomia desejada e sexualmente diferenciada e por fechamento ao exterior; o tipo “paralelo familiar”, que alia o predomínio de práticas separadas a uma ténue fusão familiar, a divisões de género assinaláveis, a intenções fusionais e a uma abertura média ao exterior; o tipo “bastião”, fusional, fechado e marcado por papéis de género diferenciados; o tipo “fusão aberta”, onde a fusão é forte, a divisão de papéis é relativamente igualitária e a integração externa é permeável a diversas saídas e convívios; o tipo “confluente”, caracterizado por práticas polivalentes ligadas a uma regra fusional, por papéis de género pouco diferenciados e por abertura forte; finalmente, o tipo “associativo”, que conjuga práticas polivalentes expressivas, intenções explícitas de autonomia, papéis de género pouco diferenciados (sobretudo a nível do trabalho profissional) e abertura forte ao exterior. Em suma, não se encontra na sociedade portuguesa atual modelos dominantes, mas antes uma pluralidade considerável de formas de viver em casal e em família, sendo que esta diversidade de formas de interação não é alheia aos contextos socioeconómicos dos casais.

Em segundo lugar, não obstante os homens tendam a ser mais ativos nos cuidados e nas tarefas que envolvem os filhos/as, as mulheres continuam a assumir a maioria das responsabilidades no que toca ao cuidado das crianças, no que Beck e Beck-Gernsheim (Beck e Beck-Gernsheim, 2014) referem como sendo uma “revolução estagnada”. Beck (2005) alerta precisamente que as condições conducentes à individualização das mulheres, como a contraceção, o divórcio, a democratização do ensino e a entrada no mercado de trabalho, e que expressam o grau de libertação das mulheres, enfrentam outras que reaproximam as mulheres dos seus papéis tradicionais. As leis do divórcio e a realidade dos divórcios, a falta de proteção social, os obstáculos no mercado de trabalho e o fardo da dupla jornada caracterizam algumas das contradições que o processo de individualização trouxe para a vida das mulheres.

Os estudos sobre a divisão sexual do trabalho doméstico e do poder na família, em Portugal, revelam menos transformações do que se poderia esperar, sendo as alterações mais claras nas representações do que práticas (Almeida, 2003; Wall, Aboim e Marinho, 2010; Wall e Guerreiro, 2005). Wall e Guerreiro (2005) no seu texto sobre a divisão familiar do trabalho em Portugal concluem, em primeiro lugar, que na divisão profissional do trabalho, o duplo emprego, em que ambos os cônjuges

trabalham a tempo inteiro, destaca-se, rompendo com o perfil do provedor masculino único, ainda que as mulheres tendam a apresentar trajetórias de trabalho profissional mais diversificadas, enquanto os cônjuges apareçam sempre no perfil de provedor a tempo inteiro. E, em segundo lugar, concluem, à semelhança de outros estudos, que na divisão das tarefas domésticas a participação do homem é muito menor do que se poderia esperar em função das normas atuais de reciprocidade e de igualdade no casal. O estudo de Torres *et al.* (2005) conclui que apesar da clara desigualdade de género na divisão conjugal do trabalho, esta é menor nos cuidados aos/às filhos/as, indicando que a entrada do homem nas tarefas quotidianas se faz sobretudo pela relação com os/as filhos/as, sem dúvida muito mais gratificante do que as restantes tarefas, para além de que os cuidados masculinos aos/às filhos/as tendem a estar associados a atividades lúdicas (Marinho, 2011; Singly, 2010).

Em suma, a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho não foi acompanhada por uma maior participação dos homens no trabalho doméstico, que continua a ser assumido primordialmente pelas mulheres. Persistindo em Portugal enormes desigualdades na repartição do trabalho não remunerado no interior da família, tanto nas tarefas domésticas, nos cuidados das crianças ou dos idosos, como no tipo e número de tarefas, ou número de horas de trabalho, a balança é sempre desfavorável às mulheres (Alves, 2014; Portugal, 2014).

Sílvia Portugal (2006) recorrendo ao modelo de Jane Lewis sobre os padrões de cuidados e de trabalho masculino e feminino defende que a realidade portuguesa parece configurar um regime de “dupla carreira”, assente numa ideologia de um regime *male-breadwinner*. Por outras palavras, por um lado, as mulheres estão maioritariamente inseridas no mercado de trabalho e a legislação estabelece direitos e benefícios sociais iguais para trabalhadores, homens ou mulheres. Por outro lado, o Estado não fornece aos indivíduos os meios necessários para assegurar as exigências da vida familiar e persiste uma ideologia familista, na qual a família prevalece como principal provedora. A excecionalidade de Portugal configura-se em torno de um triângulo com três vértices: a escassez de equipamentos sociais de apoio à família, a responsabilidade das mulheres pelo trabalho de reprodução familiar e a sua elevada participação no mercado de emprego formal e informal.

Paralelamente à persistência de desigualdades de género, a variedade de orientações normativas, valores e práticas que hoje moldam as interações pais-filhos/as no casal e

no pós-separação/divórcio, bem como o modo como nelas se entrelaça a mudança e a continuidade, revelam a diversificação de estilos de paternidade e de funcionamento conjugal e parental (Martinho, 2011). Neste sentido Collier (2008, p. 180), defende que devemos evitar a tentação de observar a modernização da posição dos homens nas famílias de forma linear:

Classe social, raça, etnia e localização geográfica são fatores importantes que influenciam as estruturas familiares e as práticas de paternidade em comunidades e locais específicos. Ao mesmo tempo, a experiência de cuidar e as responsabilidades sociais associadas à paternidade são mediadas pela biografia individual e pela história da vida. As realidades micropolíticas de paternidade, isto é, a experiência quotidiana do sustento, da domesticidade e do cuidado dos crianças, ocorrem na interface da estrutura e da agência individual.

Wall *et al.* (2010) mostram como os homens portugueses têm diversas formas de viver e perceber a paternidade no contexto de diferentes modos de funcionamento familiar. Desde a paternidade conjunta característica das famílias “companheiristas” em que ambos os cônjuges colocam a criança e a família em primeiro lugar e partilham todas as tarefas (prover, cuidado, domésticas) até aos homens provedores, das famílias paralelas, no pólo oposto, que providenciam os recursos da família e monitorizam as crianças à distancia, sem se envolverem nas práticas quotidianas, passando pelos pais de apoio, que ajudam as mulheres nas tarefas domésticas e de cuidado. Em suma, as tendências de privatização e sentimentalização da família moderna impulsionaram a composição de formas distintas de parentalidade, alicerçadas na diversificação de práticas parentais, em especial masculinas, e de modelos culturais de partilha parental (Marinho, 2011).

3 O lugar da criança no Direito da Família e das Crianças

O recuo da natalidade, possibilitado pelo recurso a métodos contraceptivos eficazes, a emergência de uma família moderna, individualista e relacional, e a crescente fragilidade das relações familiares, a par da crescente valorização social da infância são indissociáveis das transformações legais que colocam a criança no centro do direito da família e das crianças e visam a promoção e a proteção dos direitos das crianças (Commaille, 2004; Pedroso, 2011; Pedroso e Branco, 2008). Nas sociedades modernas, as crianças passaram a ser consideradas titulares de direitos próprios cuja negação ou violação poderá corresponder à aplicação de sanções (Carvalho, 2003). Verifica-se, pois, que a regulação da família contemporânea se gere entre duas

tensões: por um lado, uma retração ou contração da regulação de tipo normativo, com a flexibilização dos processos de separação ou de dissolução matrimonial (ruptura ou por consenso; com culpa ou sem culpa; decorrente de separação de facto) ou a equiparação dos direitos dos vários (novos) modelos familiares (entre outras situações) (Pedroso, 2011), que Singly (2006, 2011) designa de pluralismo jurídico¹⁹; por outro lado, o Estado, para promover os direitos das crianças e as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção e, conseqüentemente, reforça o controle das relações familiares por via judicial, administrativa e social (Donzelot, 1977; Pedroso e Branco, 2008). De acordo com Beck e Beck-Gernsheim (2004), uma consequência paradoxal e ainda assim previsível da tendência de desregulação das relações familiares é, precisamente, uma nova espiral de cláusulas regulatórias sobretudo relacionadas com as crianças, no que Pedroso e Branco (2008) designam de (re)publicização do direito da família. À medida que as velhas barreiras estabelecidas pela legislação, tradição ou religião se dissolvem e aumentam as opções de estilo de vida, surge uma necessidade crescente de regulação nas esferas jurídica e social, uma vez que a sociedade requer regras e previsibilidade nas relações entre os seus membros (Beck e Beck-Gernsheim, 2004, p. 503).

O ideal de proteção da infância é algo relativamente recente, remontando à segunda metade do século XIX o início do desenvolvimento de uma intervenção especializada nesta área, fruto de uma nova sensibilidade face à mortalidade infantil, que é indissociável da diminuição do número de nascimentos (Segalen, 2010), e sustentada num primeiro momento, em torno de três tipos de serviços: os de assistência, os de instrução e os de justiça (Carvalho, 2003). Nas palavras de Paul Lacombe (2009 [1889] *apud* Segalen, 2010, p.47), um sociólogo do século XIX: “O legislador, que é necessariamente o agente do interesse nacional, tende a proteger as crianças de todas as idades para conservar a sociedade.”

Até finais do século XIX inícios do século XX, a criança era vista como um adulto em miniatura, propriedade do *pater familias*. É só no final do século XIX início do século XX, que emergem, na Europa, as primeiras leis nacionais especialmente destinadas à proteção dos menores – em que se inclui a Lei portuguesa de Proteção da Infância de

¹⁹ O conceito de pluralismo jurídico utilizado por François Singly (2006, 2011), distingue-se do conceito de pluralismo jurídico desenvolvido pela Sociologia do Direito. De acordo com Pedroso, o pluralismo jurídico é concebido pela sociologia do direito como a “coexistência de uma pluralidade de quadros ou sistemas de direito no seio de uma dada unidade de análise sociológica” (2011, p. 53).

1911²⁰ –, assentes na perspetiva paternalista da necessidade de intervenção estadual específica, diferenciada dos adultos (Duarte-Fonseca, 2010). É também no início do século XX que surgem os primeiros documentos de direito internacional, como a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 1924 pela Sociedade das Nações.

Porém, as crianças e os jovens só se tornaram objeto permanente das atenções do Estado e da sociedade mais tarde, na segunda metade do século XX, quando o desenvolvimento do Estado-Providência integrou definitivamente a responsabilidade de proteção e educação das novas gerações. A nível internacional, em 1959, as Nações Unidas adotam a Declaração dos Direitos da Criança, resultante da revisão da Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 1924 pela Sociedade das Nações. À semelhança da anterior, esta declaração chama a atenção para a circunstância de a criança necessitar da proteção dos adultos para o exercício dos seus direitos. Por conseguinte, prevalece a representação da criança como um ser frágil e que necessita de proteção dos adultos, estando a perspetiva da criança ou ausente ou assumida como integrada na perspetiva dos adultos (Van Bueren, 2007). A consideração da criança mais como objeto da intervenção protetora do Estado do que como sujeito de direitos.

Em 1979, comemorando os 20 anos da Declaração dos Direitos da Criança, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou o Ano Internacional da Criança. Este evento teve o mérito de estabelecer a viragem para uma nova forma de encarar os direitos da criança, perspetivados em função da própria criança, que se consagrou 10 anos mais tarde na Convenção sobre os Direitos da Criança. A criança deixou de ser encarada apenas como um ser indefeso e vulnerável, a vítima esquecida e inocente da exploração e negligência, mas também como sujeito de direitos, capaz de expressar opiniões, titular do direito de as ver tomadas em devida consideração, devendo ser informada – exigindo-se um direito efetivo de participação.

Nas palavras de Commaille (2004, p. xxiv), “a criança tornou-se, ao mesmo tempo, rara e preciosa”, tanto para a família, como para o Estado, passando a ser uma preocupação prioritária das políticas públicas do final do século XX e início do século

²⁰ Em Portugal, as primeiras leis de proteção da criança surgiram após a implantação da República. O Decreto de 27 de maio de 1911, que aprova a Lei de Proteção da Infância, é o primeiro diploma que visa a criança abandonada ou desprotegida. Esta lei “visa à educação, à purificação, ao aproveitamento da criança”, considerada “a base das sociedades, a matéria prima com que hão-de construir-se e cimentar-se os alicerces, erguer-se a arquitetura desempenada de uma nacionalidade nova, solidamente organizada”.

XXI. O Estado reafirma, então, o seu direito de interferência na vida da criança, mas não se preocupa mais em torná-la um ser saudável, bom cidadão ou bom combatente ao serviço da nação, como no início do século XX, a criança passa a ser protegida por si mesma, em nome dos direitos que goza e cujo aparecimento acompanhou o movimento do seu reconhecimento enquanto pessoa (Segalen, 2010). De acordo com Segalen (2010), podemos dizer que a criança é “multipropriedade”: produzida no e para o casal, a criança é igualmente pública, protegida por um corpo de leis; mas cada vez mais, pertence a si mesma, exprime as suas escolhas e os seus direitos; pelo contrário, ou ao invés correlativamente, a sociedade tem o direito à criança.

3.1 Regulação jurídica das responsabilidades parentais: tendências gerais e o caso português²¹

Esta evolução traduziu-se também nas transformações sucessivas do regime de regulação das responsabilidades parentais e dos critérios de bem-estar das crianças nas sociedades ocidentais e em Portugal ao longo do século XX, início do século XXI. E é, de acordo com Théry (1989b), indissociável de duas dinâmicas históricas: por um lado, do aumento da intervenção do Estado na esfera da família em nome da proteção da criança, em particular da criança “em risco”, seguindo uma lógica de controlo social (Donzelot, 1977); e, por outro lado, da transformação gradual da representação das relações domésticas, das funções da família, dos deveres parentais e o reconhecimento da criança como um ser distinto, único (Ariès, 1988; Kellerhals *et al.*, 1989; Shorter, 1995)

Ao longo do século XIX, a legislação de vários países ocidentais (Inglaterra, Estados Unidos da América, Portugal, etc.) afirmava um direito paternal quase absoluto à guarda da criança, refletindo o elevado estatuto jurídico do marido na instituição do casamento (Boyd, 2003). No início do século XX, este princípio jurídico entrou em declínio e, concomitantemente, começou lentamente a valorizar-se o bem-estar da criança. Nesta época, o abandono da visão da criança como “propriedade” do pai e a emergência de teorias psicológicas, que enfatizavam a importância da ligação maternal na educação infantil, conduziram à adoção da chamada doutrina dos “tenros

²¹ Parte deste ponto segue de perto os seguintes artigos: “A (des)igualdade de género nos Tribunais de Família e Menores de Lisboa e Braga: um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais” (2014), na revista *Sociologia*, publicado em coautoria com João Pedroso e Patrícia Branco, e “A regulação judicial das responsabilidades parentais: Direito e ciência em (inter)ação”, publicado por mim na *Oficina do CES* (Casaleiro, 2013).

anos” e à preferência maternal na atribuição da guarda das crianças (Neale e Smart, 1997; Sottomayor, 2011).

Em Portugal, o Código Civil de 1867, herdeiro da tradição patriarcal do direito romano, e o Código Civil de 1966, em vigor à reforma do Código Civil de 1977, dissociavam, nos casos de separação dos pais, a guarda e o exercício das responsabilidades parentais, pois, quando a guarda era confiada à mãe, o pai continuava a exercer o poder-dever de representar os/as filhos/as menores, de dirigir a sua educação e de administrar os seus bens (Sottomayor, 2011). Com efeito, só a reforma do Código Civil de 1977 (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de novembro) consagra a igualdade entre os progenitores e introduz o princípio do exercício das responsabilidades parentais pelo progenitor a quem a criança foi confiada, rompendo com o estabelecido nos códigos civis de 1867 e de 1966, sendo que o direito da família atual é, fundamentalmente, o direito que resultou desta reforma (Oliveira, 2004). Porém, simultaneamente, a Constituição da República Portuguesa, em 1976, no número 1, do artigo 68.º, relativo à maternidade, mencionava apenas a insubstituível ação em relação aos filhos/as por parte da mãe: “O Estado reconhece a maternidade como valor social eminente, protegendo a mãe nas exigências específicas da sua insubstituível ação quanto à educação dos/as filhos/as e garantindo a sua realização profissional e a sua participação na vida cívica do país”.²²

Assim, a partir deste momento e até meados da década de 1990, pese embora a legislação não estabelecesse qualquer critério explícito, generaliza-se, em Portugal, a aplicação da preferência maternal nas decisões judiciais sobre a guarda (exclusiva) das crianças de tenra idade, sendo a questão da guarda dos/as filhos/as perspetivada à luz do caráter insubstituível (reconhecido na constituição) da ação da mãe na educação dos/as filhos/as considerando-se crianças de tenra idade, crianças mais velhas, pré-adolescentes (Sottomayor, 2011). Se, por um lado, parece ter-se contrariado o critério patriarcal do pai enquanto chefe de família e valorizar-se a mãe enquanto sujeito de afetos e maior proximidade no quotidiano e crescimento dos/as filhos/as, por outro, tal não deixou de significar um reforço do estereótipo relativo ao

²² Este princípio esteve em vigor até 1982, quando a Lei n.º 1/82, de 30/09, estabelece no artigo 68.º relativo agora à maternidade e paternidade: “1. Os pais e as mães têm direito à proteção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível ação em relação aos filhos, nomeadamente quanto à sua educação, com garantia de realização profissional e de participação na vida cívica do país. 2. A maternidade e a paternidade constituem valores sociais eminentes.”

papel social da mulher e a sua estreita ligação à maternidade, numa lógica claramente patriarcal (Boyd, 1996; Silva *et al.*, 2009).

Contudo, esta ordem normativa foi gradualmente desafiada (Neale e Smart, 1997) e, nos anos 1980, em diferentes países ocidentais, a legislação relativa à guarda das crianças foi “declarada” um domínio “neutral”, onde o “superior interesse das crianças” estava em primeiro lugar e as mães e os pais tinham direitos iguais (Boyd, 2003). No centro da regulação das responsabilidades parentais, como no contexto mais geral do direito da família e das crianças, passou, então, a estar um dos princípios fundamentais da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, o superior interesse da criança. Apesar de relativamente fluída, esta noção compreende, de acordo com Singly (2006, p.65): a necessidade de estabilidade da criança; a capacidade dos pais de ultrapassarem o conflito conjugal; a afirmação da manutenção dos laços com ambos os progenitores.

Na década de 1990, as reformas da legislação procuraram consubstanciar e aprofundar o princípio da manutenção dos laços com ambos os progenitores através da promoção da guarda e/ou responsabilidades parentais partilhadas (Boyd, 2003), refletindo a preocupação pública com o “pai ausente” no contexto do divórcio ou da separação, que relaciona a (ausência de) responsabilidade familiar e económica do pai a preocupações mais abrangentes com a desordem social, delinquência juvenil e pobreza familiar (Collier e Sheldon, 2008). De acordo com Collier e Sheldon (2008), a ideia de que é desejável o progenitor não-residente – em geral o pai – ter contacto com a criança, desde que os regimes sejam considerados seguros e no superior interesse da criança, está associada à reconceptualização da responsabilidade financeira dos pais (que se traduziu na procura de formas de assegurar que estes pagavam as pensões) e um novo entendimento do lugar que os pais separados no bem-estar e desenvolvimento das crianças – ideia geral de que as famílias separadas precisam dos pais-homens. A título de exemplo, o preâmbulo da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que regula as responsabilidades parentais em Portugal refere precisamente que pretende promover um maior envolvimento dos progenitores masculinos, contribuindo para uma maior igualdade de género, ao encorajar o exercício partilhado das responsabilidades parentais. Os pais divorciados são encorajados a olhar para parentalidade como um compromisso para a vida em que eles vão partilhar os mesmos direitos, deveres e obrigações que tinham enquanto

casados (Collier e Sheldon, 2008). Assim é assumido que eles vão continuar a partilhar as responsabilidades parentais, bem como o cuidado das crianças, num processo colaborativo.

Para este processo contribuíram largamente os “profissionais da moral familiar”, como Singly os designa, que participam nas lutas políticas e sociais em torno da definição das categorias que enquadram a vida privada e a família, apoiando-se nos saberes para os reformular em normas (Fineman, 1988; Singly, 2006).²³ Mas também a pressão de movimentos e associações de pais divorciados que reivindicavam igualdade na consecução da guarda dos/as filhos/as (Maclean, 2007; Picontó Novales, 2012; Silva *et al.*, 2009). O discurso sobre o direito dos/as filhos/as a ambos os progenitores e a necessária implicação dos pais para o seu bom desenvolvimento e para proteger o seu superior interesse tem sido objeto de crítica por diferentes autores (Fineman, 1988; Maclean, 2007; Neale e Smart, 1997; Picontó Novales, 2012; Rhoades e Boyd, 2004) e grupos feministas,²⁴ que têm defendido que esta é mais uma questão discutida em termos dos direitos dos adultos-pais-homens, defendendo que o direito dos adultos, e dos pais em geral, nem sempre coincidem com a necessária proteção do superior interesse e direitos das crianças.

Apesar das críticas e embora com ligeiras diferenças, o princípio da manutenção dos laços da criança com ambos os pais depois da separação generalizou-se na maioria das legislações nacionais dos países ocidentais (cf. a título de exemplo Bodelón (2012) para Espanha, Boyd (2003) para o Canadá, Reino Unido e Estados Unidos e Singly (2011) para França). E, conseqüentemente, as reformas jurídicas operadas nos últimos anos na Europa (Espanha, Portugal, Reino Unido, França, Itália) favoreceram e, em alguns casos, fizeram mesmo prevalecer a guarda conjunta ou alternada (Pocar e Ronfani, 2008; Rhoades e Boyd, 2004; Picontó Novales, 2014). Num momento inicial apenas como guarda conjunta legal, que instaurou a partilha da autoridade

²³ A título de exemplo, Singly (2011) refere a noção de “lei do pai”, da psicanálise de Jacques Lacan, que foi utilizada, nos anos 1990-2000, em França, associada à conceção da ordem simbólica, por peritos e grupos sociais, preocupados com o declínio da autoridade paternal.

²⁴ A título de exemplo veja-se o parecer elaborado pela Associação Portuguesa de Mulheres Juristas a propósito da Lei n.º 61/2008 que defende ser “contraproducente impor [aos progenitores] o exercício conjunto das responsabilidades parentais, pois tal é dar-lhes mais instrumentos para perpetuar o conflito”, cujos efeitos se repercutirão, sobretudo, nas crianças. Argumentaram ainda que, com base em estudos anteriormente efetuados sobre a adaptação das crianças ao divórcio dos pais, “ficou demonstrado que a guarda conjunta não diminui o sofrimento causado às crianças (...) nem constitui a panaceia para os problemas gerados pelo divórcio”. Na posição oposta de defesa da proposta de lei posicionou-se a Associação Pais para Sempre.

parental entre os progenitores, no quadro da residência única da criança, usualmente com a mãe; depois, aos poucos, acrescida da opção de uma residência alternada, que é praticada hoje em vários países, muito embora apenas por uma minoria das famílias separadas (Marinho, 2011).²⁵

No caso português, nos últimos anos, as transformações jurídicas aproximaram progressivamente a legislação nacional das tendências internacionais identificadas, ou seja, o superior interesse das crianças passou a presidir à regulação das responsabilidades parentais, enfatizando-se a igualdade entre os progenitores, a importância da manutenção dos laços com ambos os progenitores e promovendo-se a partilha das responsabilidades parentais dentro e fora do casamento. Em 1995, a Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, alterou o Código Civil, introduzindo a possibilidade de os pais optarem pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais (art. 1906.º, n.º2) ou de acordarem que determinados assuntos sejam resolvidos por acordo de ambos (art. 1906.º, n.º 3), vigorando, para os casos de falta de acordo dos pais, o princípio do exercício unilateral das responsabilidades parentais pelo progenitor a quem foi atribuída a guarda do/a filho/a (art. 1906.º, n.º1). Em 1999, a Lei n.º 59/99, de 30 de junho estabelece como regime-regra (dependente do acordo dos progenitores) o exercício conjunto do poder paternal e como subsidiário o exercício unilateral ou singular. A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, estabelece como regime regra o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância²⁶ para a vida da criança. Assim, em Portugal, a lei estabelece apenas e como regime regra a “responsabilidade parental conjunta”, sendo a residência alternada apenas uma opção dada aos pais que está implícita na lei, mas não tem uma designação própria, ao contrário de países como Espanha, onde

²⁵ De acordo com um relatório de 2009 do Conselho da Europa coordenado por Karin Wall a “responsabilidade parental conjunta”, ou a guarda conjunta legal, figura na lei de, pelo menos, 23 países europeus: Austria, Alemanha, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslovénia, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Islândia, Itália, Irlanda, Letónia, Mónaco, Noruega, Polónia, Portugal, Sérvia, Suécia, Suíça e Reino Unido (Wall, Pappámikaail, Leitão e Marinho, 2009). A residência alternada, ou a guarda física partilhada foi introduzida pela primeira vez na Europa no Reino Unido pelo *Children Act* em 1989 e na França em 1987, onde foi alargada à coabitação em 1993. Em 2002, foi introduzida na lei francesa com o mesmo estatuto da residência única e na lei belga em 2006. Hoje é uma opção sujeita ao acordo dos progenitores e dos tribunais em países como a Alemanha, a Irlanda, a Itália, o Mónaco, a Noruega e Portugal.

²⁶ O legislador não quis definir ou identificar o que entendeu por questões de particular importância, estando-se, assim, perante um conceito indeterminado. São, normalmente, apontados como exemplos de questões de particular importância a escolha do estabelecimento de ensino, a sujeição a uma intervenção cirúrgica ou a tratamentos especiais, a educação religiosa da criança ou algum aspeto da administração do seu património (Gomes, 2012).

recentemente foi introduzida na lei enquanto figura jurídica como guarda conjunta ou alternada.²⁷

Os Estados agem, assim, de modo a que homens e mulheres sejam, enquanto pais, obrigados a conjugar esforços para continuarem a ocupar-se em conjunto dos/as filhos/as mesmo após o divórcio. Ao exigir a permanência do casal parental, a legislação limita, segundo Singly (2011), duplamente o processo de individualização. Primeiro, retira do contrato conjugal a dimensão parental que deve ser mantida, mesmo contra a sua vontade. Segundo, constrange-os a continuarem em equipa parental, preconizando “a responsabilidade parental conjunta”. Assim, o direito da família conjuga o período do *demarriage* com o seu antídoto, a coparentalidade (Théry, 2001). É como se o legislador ignorando a realidade do conflito e da rutura pretendesse dissociar as regras que se aplicam aos casais das que regulam a parentalidade (Bastard, 2006; Picontó Novales, 2012). Como refere Picontó Novales (2012, p. 71), é como se se tivesse chegado a um paradoxo extremo nos direitos da família: ao mesmo tempo que se reconhece a diversidade das famílias e das relações familiares, as necessidades e direitos individuais das pessoas que as compõem, o exercício da responsabilidade parental é sujeito a uma ordem rigorosa e unívoca.

No caso português, a Lei n.º 61/2008 alterou, simultaneamente, o regime do divórcio, eliminando o tradicional divórcio litigioso e permitindo o divórcio sem culpa ou, nos termos da lei, o divórcio sem consentimento de um dos cônjuges, e as normas relativas às 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.²⁸ O regime jurídico português de regulação do exercício das responsabilidades parentais abrange o destino e a guarda²⁹ das crianças, a sua

²⁷ Refere-se a um sistema alternado no qual a criança passa períodos de tempo com o pai, e outros com a mãe, conservando ambos a responsabilidade conjunta relativamente aos demais direitos e deveres da autoridade parental (Picontó Novales, 2014).

²⁸ De referir, também, que o artigo 1907.º do Código Civil trata do exercício das responsabilidades parentais quando o/a filho/a é confiado a terceira pessoa, sendo a esta que cabem os poderes e deveres dos pais, cabendo ao tribunal decidir os termos em que são exercidas as responsabilidades parentais.

²⁹ Note-se que a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, abandonou a noção de guarda prevista no artigo 1905.º, n.º 2 do Código Civil, na redação anterior, e sua substituição pela noção de residência utilizada no artigo 1906.º, mas que não foi acompanhada no artigo 1907.º, norma que utiliza a noção de guarda quando se refere à confiança dos cuidados da criança a terceiras pessoas. No entender de Sottomayor (2011), o legislador quis demonstrar que não adotou o sistema antigo de guarda única, utilizando um conceito mais asséptico e vazio. Contudo, a autora considera que o conceito de residência é idêntico ao de guarda, uma vez que a determinação da residência junto de um dos pais não significa somente o

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/a filho/a e os atos da vida corrente, a fixação do regime de convívio do progenitor a quem o/a filho/a não é confiado, a fixação dos alimentos a prestar pelo progenitor não guardião, abrangendo, eventualmente, a administração de bens (artigos 1905.º e 1906.º da Lei n.º 61/2008, e 180.º, n.º 1 e 3, da Organização Tutelar de Menores).

Na constância do matrimónio, as responsabilidades parentais são exercidas por ambos os pais, de comum acordo, nos termos estipulados no artigo 1901.º do Código Civil. 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 conciliação 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 artigo 1906.º do Código Civil, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância 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. Contudo, quando o exercício em comum relativamente às questões de particular importância for julgado contrário aos interesses da criança, o tribunal deve, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas em exclusivo por um dos progenitores³⁰ (artigo 1906.º, n.º 2 do Código Civil). O exercício das responsabilidades parentais relativas a atos da vida corrente cabe ao progenitor com quem a criança vive ou com quem se encontra temporariamente, mas este não pode contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo outro progenitor.

A Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro alterou também a designação anterior, de poder paternal, para responsabilidades parentais. Para Anália Torres (2008) com a mudança

estabelecimento do local e da pessoa com quem a criança coabita, mas também a prestação de cuidados básicos e o exercício dos direitos-deveres de educação e de proteção da criança no quotidiano.

³⁰ 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).

de designação muda-se o centro da atenção, que passa a estar não naquele que detém o ‘poder’, que será o adulto, mas naqueles cujos direitos se querem salvaguardar, ou seja, nas crianças. Para Xavier (2009) esta alteração torna explícita a consideração dos menores de 18 anos como ‘sujeitos’ de direitos e a preponderância da responsabilidade dos progenitores quanto à relação social e jurídica de cuidado sobre a função estritamente jurídica de “representação do menor”. Bolieiro e Guerra (2009) entendem que a substituição de termos (e de conceitos) operada com o novo regime, que se pressentia há muito como exigível, vem afirmar a ideia de que “o divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos/as”. Ou seja, evidencia-se a distinção entre a relação conjugal e a relação parental, assumindo-se que a rutura da primeira não pode ser pretexto para a rutura da segunda. Ao mesmo tempo que se procura promover uma maior igualdade de género e, em especial, uma maior participação e responsabilização do progenitor que fica sem guarda da criança (em geral o homem).

Contudo, a retórica de neutralidade de género da regulação das responsabilidades parentais esconde a natureza genderizada do debate: são as mulheres, as mães que continuam a ser as principais cuidadoras das crianças, independentemente do seu estado civil (Standing, 1999). Em Portugal, segundo dados do Ministério da Justiça, no período de 1995 a 2006, em cerca de 90% dos casos continua a ser a mãe a ficar com a guarda da criança (guarda e residência), sendo que o pai ficou com a guarda da criança apenas em 7,7% dos casos e as soluções de guarda conjunta, em que pai e mãe dividem o poder parental, aplicaram-se a 1,4% dos processos. Um estudo de 2010 coordenado por João Pedroso apontava no mesmo sentido: a residência dos/as filhos/as era fixada na grande maioria dos casos junto da mãe (77,6% no Tribunal de Família e Menores de Lisboa e 72% em Braga), seguida de longe pelos familiares (14% no Tribunal de Família e Menores de Lisboa e 6,6% em Braga) e pelo pai (8% no Tribunal de Família e Menores de Lisboa e 6,6% em Braga), sendo que este estudo registou apenas uma residência alternada. Em conformidade com o regime regra estabelecido na lei, o exercício em comum das responsabilidades parentais é estabelecido em 47,6%, mas em 34,9% dos casos a guarda e residência dos/as filhos/as é atribuída em exclusivo à mãe. Este dado é, em si, revelador da desigualdade de responsabilidades que continua a existir, apesar de todas as mudanças, entre as mulheres e os homens no que se refere ao exercício da parentalidade depois da rutura conjugal. A verdade é que, em muitas famílias, tende a

haver por parte dos homens uma demissão das responsabilidades parentais depois do divórcio (Aboim, 2011).

Neste sentido, diferentes estudos e críticas feministas têm vindo a sublinhar o *gap* entre a igualdade legal e a prevalência da (des)igualdade material – igualdade legal vs igualdade de facto. A lei transforma os/as cidadãos/ãs em sujeitos de direitos e deveres, uniformizando-os/as, na medida em que todos/as são iguais perante a lei, e naturalizando-os/as, considerando que todos/as eram iguais antes da lei (Kapur, 2006). Contudo, é reconhecido há muito que a procura de um tratamento igualitário em contextos em que homens e mulheres têm uma situação díspar, como a família e o mercado de trabalho, tem efeitos perniciosos (McCorkel *et al*, 2000). Nas palavras de Sandberg (1989, p. 109), “o resultado de tratar as pessoas de forma igual quando a sua situação é na realidade diferente é uma desigualdade de facto”. Ou como coloca Virgínia Ferreira (1998, p. 177), “enquanto a ordem jurídica estabelecida na década de 1970 é baseada num conceito universalista da cidadania, reforça efetivamente desiguais e injustas práticas sociais ao considerar homens e mulheres iguais produtores e reprodutores.”

Esta ideologia da igualdade coloca as mulheres numa situação de desvantagem, uma vez que se assume agora que os pais têm capacidades parentais iguais às mães e que contribuem de forma igual para o cuidado das crianças quando as mães trabalham fora de casa. Isto desvaloriza significativamente a importância dos cuidados que as mulheres continuam a prestar às crianças e desvia a atenção das desigualdades estruturais que moldam a vida das mulheres empregadas (Boyd, 1989a). Carol Smart (1995, 2004) e Martha Fineman (1991), entre outras, notaram como a igualdade foi associada tradicionalmente a um tratamento semelhante, uma estratégia que não pode ter sucesso em alcançar igualdade “de facto” para as mulheres precisamente porque elas não ocupam a mesma posição que os homens na estrutura socioeconómica. Como Pickett (1991) argumenta um regime que permite e até encoraja os pais a manter o controlo sobre as decisões enquanto as mulheres continuam a ser as cuidadoras primárias das crianças dificultará, para mulheres e homens, a alteração das configurações de poder, reproduzindo relações patriarcais.

Em suma, as transformações jurídicas têm sido objeto de múltiplas críticas por parte das teorias feministas do direito por não responderem adequadamente ou ignorarem mesmo as desigualdades materiais que prevalecem entre homens e mulheres. Carbone

(1994, p. 183) sintetiza como as diferentes correntes se posicionam em relação a esta questão:

As feministas liberais acreditam que as responsabilidades domésticas das mulheres as colocam inevitavelmente em desvantagem e privilegiam políticas que encorajem os homens a assumir uma parte proporcional das responsabilidades familiares. As feministas da diferença acreditam que não é o facto das mulheres cuidarem das crianças, mas o facto do cuidado das crianças ser tão desvalorizado que é a fonte dos problemas. As feministas radicais acreditam que é impossível saber se o envolvimento das mulheres no cuidado das crianças poderia diferir numa sociedade diferente e focam-se nas formas como o casamento e as políticas de trabalho perpetuam a dominação masculina.

Carbone (1994) ressalva que, não obstante as diferenças, todas as abordagens concordam que estas leis contribuem para o relativo empobrecimento de muitas mulheres e crianças e que mesmo quando as regras são *gender neutral* estas são sistematicamente aplicadas de forma enviesada. O impacto desproporcional da doutrina das responsabilidades parentais nas mães foi estudado por diferentes autoras feministas (Boyd, 2003; Cain, 2011; Gillies, 2003) e tem sido teorizado como sendo o resultado dos novos ideais de parentalidade que à primeira vista podem não parecer prejudiciais às mulheres.³¹

As famílias monoparentais, constituídas normalmente pela mãe e pelos/as filhos/as, apresentam um nível de vida muito mais baixo do que o da família antes do divórcio e do que o progenitor sem a guarda dos/as filhos/as, o que está associado: aos salários mais altos dos homens, que são na maioria dos casos o progenitor que fica sem a guarda dos/as filhos/as após o divórcio, ao elevado índice de não pagamento ou de pagamentos meramente parciais ou de periodicidade irregular da obrigação de alimentos e ao montante reduzido dessa em relação aos custos reais de educar uma criança (Sottomayor, 2011). Boyd (2003), Cain (2011) e Smart (2004) defendem, contudo, que para além do impacto socioeconómico é necessário considerar o impacto afetivo de um ambiente pós-divórcio em que tanto a autonomia da mãe como os seus laços afetivos parecem estar sob ameaça, ficando as mulheres sujeitas a um maior controlo e disciplina. Carol Smart (2004) analisou o impacto emocional e social desproporcional nas mulheres com os regimes de guarda partilhada 50/50. Susan Boyd (2003) nota como a autonomia da mulher pode na verdade ser reduzida pela necessidade de facilitar um contacto alargado da criança com o pai.

³¹ No capítulo seguinte discute-se de forma mais aprofundada estas questões.

4 A criança no centro dos conflitos judiciais das famílias modernas

Na segunda modernidade perante a instabilidade associada ao compromisso amoroso, o compromisso parental surge como o último reduto da estabilidade afetiva e emocional para o indivíduo, uma espécie de garantia de amor eterno (Beck, 2005). A conjugalidade continua a ser desejada e procurada como ideal de gratificação afetiva, contudo a percepção da maior contingência do laço conjugal contrasta com o caráter indissolúvel do laço parental (Cunha, 2007), reforçado também pelas alterações legislativas que afirmam o princípio da manutenção dos laços da criança com ambos os pais e exigem permanência do casal parental mesmo após a separação (Singly, 2011). Irène Théry (2001, p. 123) defende que “à ideia da indissolubilidade do casamento, o tempo do *démariage* substitui progressivamente a da indissolubilidade da filiação, enquanto pivot da segurança simbólica”. Nas palavras de Beck (2005, p. 114): “Os parceiros vêm e vão. As crianças ficam. Tudo o que é desejado, mas não é realizável num relacionamento é direcionado para a criança”. Se a família contemporânea se distingue, como se viu, pela existência de fortes tensões entre princípios e interesses contraditórios (Singly, 2011), também a criança contemporânea é um concentrado de contradições (Segalen, 2010; Beck, 2005): a criança é vista, simultaneamente, como um impedimento ao processo de individualização e como a fonte da última, permanente, irrevogável e inalterável relação primordial.

Este contexto de valorização dos laços afetivos e (consequente) fragilidade das relações amorosas, em que as crianças se tornaram um reduto afetivo, de relação perene e indissolúvel, pode, assim, explicar (em parte) o aumento consistente das disputas judiciais pela guarda e acesso das/às crianças (Beck e Beck-Gernsheim, 2004; Boyd, 2003; Neale e Smart, 1997; Pedroso e Branco, 2008). Contudo, Beck (2005) aponta razões culturais, económicas e históricas mais profundas que ajudam a explicar porque é que as crianças se estão a tornar um “bem disputado” no divórcio, designadamente a passagem do modelo *marital support* para o de *two-earner*, em que há um afastamento dos papéis tradicionais das relações conjugais e uma redistribuição das oportunidades e encargos. Com a entrada massiva das mulheres no mercado de trabalho, os homens perdem a sua função de provedor “exclusivo” da família, enquanto as mulheres continuam a desempenhar o tradicional papel de cuidadoras, ao mesmo tempo que trabalham. Assim, num contexto de divórcio, as mulheres ficam com o trabalho e com os/as filhos/as e os homens ficam com o trabalho e sem os/as

filhos/as, o que é visto como um fator de desigualdade de género. Como Giddens (1992, p. 113) sintetiza,

No modelo "marital support", em termos esquemáticos, a mulher depois do divórcio fica com as crianças e sem rendimento e o homem, pelo contrário, fica com o rendimento e sem as crianças. No modelo "dupla carreira", pouco parece mudar, à primeira vista, para além de a mulher ter um rendimento e as crianças.

À medida que a desigualdade económica entre homens e mulheres diminui, os pais tomam consciência da sua desvantagem, em especial quando o seu trabalho não é satisfatório, realizador ou seguro. Nas palavras de Beck (2005, p. 113), “os homens que se libertam do «fado» de uma carreira e se viram para as suas crianças regressam a casa para um ninho vazio”. Perante estas condições, características da modernidade tardia, o autor sugere que as crianças são reavaliadas pelos homens e que existe uma maior probabilidade de eles quererem ficar com as crianças após o divórcio, o que é também potenciado pelas leis atuais. Ou seja, a forma tradicional de organização da guarda parental, após o divórcio, caracterizada pela atribuição da custódia da criança à mãe, deixou de ser atrativa para os homens (Beck, 2005), emergindo as disputas pela guarda e visitas das crianças.

Nesta linha, as abordagens sobre a divisão do poder parental, sobre as dinâmicas de “apropriação masculina” e de “resistência” feminina e masculina (Gatrell, 2007; Modak e Palazzo, 2002) e *gatekeeping* feminino e masculino (Allen e Hawkins, 1999; Fagan e Barnett, 2003) podem ser úteis para compreender os conflitos judiciais em torno das crianças e como estas se tornaram objeto dos jogos de poder gendricados no casal (Gatrell, 2007; Marinho, 2011). Por um lado, no âmbito da transformação das relações parentais e de reconfiguração da divisão tradicional de género, autores como Modak e Palazzo (2002), Gatrell (2007) e Marinho (2011) dão conta da emergência de dinâmicas de “apropriação masculina” em que há uma competição masculina pelo laço afetivo com a criança e pelos papéis e competências parentais tradicionalmente esperados da mulher. Gatrel (2007, p. 370) no seu artigo defende a possibilidade que:

(...) os homens em casais de dupla carreira são ameaçados pelo desafio que o emprego materno coloca ao privilégio masculino. Neste contexto, os pais casados/coabitantes podem defender a dominação masculina, afirmando os seus direitos numa esfera considerada anteriormente como sendo da mulher: o cuidado das crianças. Estes objetivos e as estratégias para aumentar o poder paterno são partilhados também por pais divorciados que também procuram limitar o privilégio maternal através das crianças.

Por outro lado, a prevalência do protagonismo feminino na parentalidade, apesar da passagem do modelo do homem ganha-pão e da mulher doméstica para o modelo do duplo emprego, é entendido por autores como Allen e Hawkins (1999) e Fagan e Barnett (2003) como um impeditivo do envolvimento paterno. As mulheres tendem a resistir à perda de liderança na parentalidade e a restringir quer a relação direta pai-filhos/as, quer a participação do homem na partilha parental, num conjunto de crenças e comportamentos que tem sido designado de *gatekeeping* (Allen e Hawkins, 1999; Fagan e Barnett, 2003; Marinho, 2011). Allen e Hawkins (1999, p. 200) conceptualizam o *gatekeeping* materno a partir de três dimensões:

a relutância da mãe em renunciar à responsabilidade sobre os assuntos da família, estabelecendo padrões rígidos, a validação exterior de uma identidade de mãe e conceções diferenciadas dos papéis na família (...) que inibem principalmente o esforço de colaboração entre homens e mulheres nas tarefas familiares ao limitarem as oportunidades dos homens aprenderem e crescerem na área das atividades domésticas e do cuidar das crianças.

Com efeito, ao contrário do pressuposto legal de separação entre a relação parental e conjugal, a relação do pai com os/as filhos/as é muitas vezes mediada pela mãe e no contexto de pós-divórcio depende da relação conjugal anterior (Collier e Sheldon, 2008; Roussel, 1980). As práticas de resistência ocorrem, contudo, não só no feminino, mas também no masculino, existindo autores que defendem a existência de “resistências” masculinas à partilha com a mulher de alguns dos seus papéis e identidades tradicionais na família, como o de provedor e de autoridade sobre a criança (Collier, 2008; Collier e Sheldon, 2008; Gatrell, 2007; Marinho, 2011). Marinho (2010, 2011) no seu estudo sobre a paternidade na residência alternada³² conclui que as formas de residência alternada - a paternidade assertiva, a paternidade reconstruída, a paternidade conjunta e a paternidade condicionada - dependem mais da negociação privada entre o pai e a mãe, e do compromisso mútuo que assumem do que de legitimidades normativas, sendo que os fatores interacionais têm um peso maior do que os contextuais ou estruturais, como a classe social, na configuração das formas de paternidade.

³² Note-se que a autora opta pela noção sociológica de residência alternada que se refere à guarda conjunta com residência alternada criada por Neyrand (2004b *apud* Marinho, 2011) e que pretende evidenciar a natureza rotativa e tendencialmente paritária da participação dos progenitores na missão de criar a criança; que é o tempo da criança que é partilhado com cada um dos progenitores, estabelecendo a permanência dos laços parentais na sua definição identitária; e a ideia de que a criança não pertence a nenhum dos dois, independentemente do que ficou estabelecido judicialmente.

Collier (2009) afasta-se, contudo, desta posição, defendendo que o direito tem um poder central na mediação das disputas, operando como um discurso simbólico crucial na ratificação e legitimação do papel e identidades dos pais e da igualdade formal entre homens e mulheres. Os estudos têm revelado como no pós-separação tanto pais como mães procuram negociar e equilibrar as exigências das novas políticas e leis de família de partilha das responsabilidades parentais enquanto sujeitos *gendered* (com uma classe, raça, etc.) e indivíduos com uma história pessoal (Collier e Sheldon, 2008; Neale e Smart, 1997). Negociar esses processos num contexto de rutura e transição, como é o divórcio, pode resultar numa tensão entre as mensagens contidas no direito de cooperação e manutenção do vínculo parental, as normas familiares que devem presidir à vivência da família e aquelas que as famílias efetivamente experienciam, podendo agravar conflitos. Com efeito, de acordo com Neale e Smart (1997) o argumento da “verdadeira igualdade” não só assenta numa interpretação completamente errada das condições sociais em que supostamente se funda, como pode sustentar conflitos de género. Bren Neale e Carol Smart (1997) argumentam que as desigualdades de género entre homens e mulheres, quer no mercado de trabalho, como na esfera familiar, persistem, apesar das profundas transformações sociojurídicas. No estudo realizado, Bren Neale e Carol Smart (1997) observaram que uma proporção significativa de pais divorciados sai da vida dos/as filhos/as, mantendo apenas alguns contactos esporádicos, sem cumprir o pagamento das pensões alimentares. E que os pais pareciam efetivamente querer as crianças a viver com eles depois do divórcio, sobretudo quando tinham uma relação menos estável com o mercado de trabalho.

Os estudos sociojurídicos têm também relacionado o aumento dos conflitos sobre a regulação das responsabilidades parentais com as alterações jurídicas no sentido da partilha das responsabilidades parentais. Neale e Smart (1997) argumentam que a transformação legal dá aos pais o ímpeto para se envolverem num conflito que antes pareceria infrutífero, sendo que, de acordo com Collier e Sheldon (2008), para homens e mulheres, o modelo do divórcio responsável obriga-os muitas vezes a posicionarem-se em relação a discursos concorrentes enquanto pais. Neste sentido, Scott e Emmery (2014) argumentam que o facto de o superior interesse ser um conceito indeterminado e, conseqüentemente, as decisões judiciais terem uma maior

discrecionalidade, contribui para aumentar o conflito entre os progenitores, minando a sua capacidade de colaborarem.

No mesmo sentido Kruk (2011, p. 378) defende que:

O princípio do superior interesse da criança oferece um campo de batalha fértil para os pais em desacordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais no pós-divórcio e conduz os pais para a batalha. A incerteza em torno do princípio do superior interesse da criança leva a conflitos intensificados e sustentados e alimenta o litígio, e, em alguns casos, violência. Pesquisas recentes sugerem que a hostilidade resultante do processo do divórcio é o melhor preditor de maus resultados emocionais para as crianças.

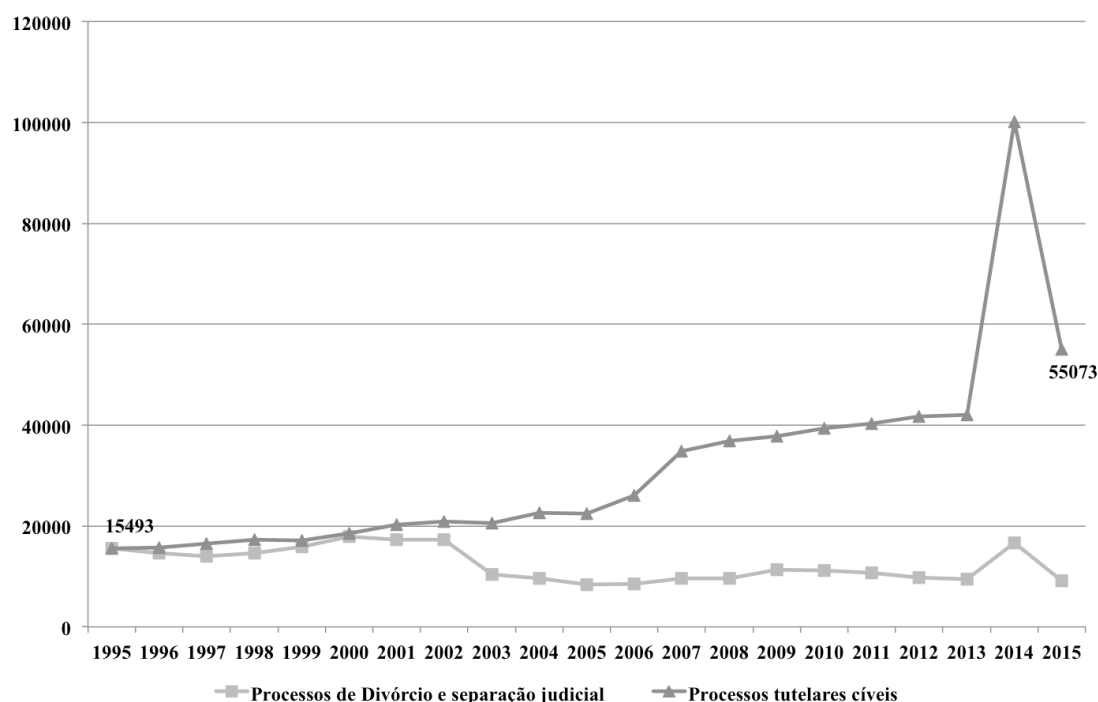
Patrick Parkinson (2006) argumenta que os conflitos sobre a regulação das responsabilidades parentais emergem da tensão entre o modelo de divórcio e o modelo de parentalidade pós-separação que se afirmou a partir de meados do século XX. O modelo de divórcio pressupõe que a relação entre o casal poderia terminar a qualquer momento, de tal maneira que as pessoas poderiam continuar com as suas vidas apenas com laços residuais aos seus antigos parceiros. O modelo de parentalidade pós-separação, por sua vez, assume que a família permanece, apesar da separação dos pais. Por fim, Rhoades (2008) defende que as reformas da legislação no sentido da partilha parental têm tido sucesso em produzir um número crescente de regimes de guarda partilhada, mas, ao mesmo tempo, a investigação indica que um número significativo destes regimes são caracterizados por um conflito parental intenso e que a partilha do cuidado das crianças é um fator chave para resultados emocionais negativos nas crianças.

4.1 A evolução dos conflitos familiares sobre crianças em Portugal

Em Portugal, no âmbito da justiça de família e das crianças, entre 1995 e 2015, os processos tutelares cíveis entrados aumentaram consistentemente, de 15.493 para 55.073 (cf. gráfico 5), enquanto os processos cíveis de família, como as ações de divórcio e separação de pessoas e bens, diminuía, refletindo a dualidade do direito da família português entre a desregulação e desjudicialização dos laços conjugais e a regulação dos laços parentais e publicização dos direitos da criança (Pedroso e Branco, 2008; Pocar e Ronfani, 2008). Sendo de salientar que enquanto as ações tutelares cíveis duplicaram na primeira década do século XXI de 23.607, em 2000, para 55.073, em 2015, de acordo com o INE (2016), o número de crianças e jovens entre os 0 e os 19 anos de idade diminuiu cerca de 10%, de 2.368.474, em 2000, para 2.021.195, em 2015. Assim, a taxa de ações tutelares cíveis entradas por 10.000

crianças e jovens entre os 0 e os 19 anos de idade passou de 78,4, em 2000, para 257,6, em 2015.

Gráfico 5 – Processos de divórcio e separação judicial e tutelares cíveis entrados, entre 1995 e 2015³³



Fonte: DGPJ (2017)

Para a análise das transformações no movimento processual devem considerar-se de acordo com Pedroso (2006, p. 266) duas ordens de fatores: os fatores endógenos, isto é, próprios do sistema judicial, e os fatores exógenos, exteriores ao sistema judicial. Os primeiros consistem em alterações legislativas (substantivas ou processuais), institucionais e técnicas, os segundos dizem respeito às transformações sociais, económicas, políticas e culturais e ao seu impacto na administração da justiça, em geral, e no movimento processual em particular (por exemplo, desenvolvimento económico, variação da população, etc.). Neste caso, e tendo em conta os contributos anteriores, importa considerar que o aumento da procura dos processos deve ser enquadrado, por um lado, no contexto das transformações sociojurídicas mais amplas e interligadas da família, do lugar da criança, e das relações parentais de género (fatores exógenos), e do direito e justiça da família e das crianças (fatores endógenos).

³³ De acordo com a DGPJ (2017), nos anos de 2012 e 2014, o número de processos entrados e findos foi invulgarmente elevado, consequência das transferências internas decorrentes da aplicação do Decreto-Lei n.º 113-A/2011, de 29 de novembro, que procede a uma reorganização dos tribunais judiciais de 1.ª instância e da Lei n.º 62/2013, de 28 de agosto (Lei da Organização do Sistema Judiciário).

No âmbito dos fatores exógenos, em Portugal, é também impossível contornar os efeitos da crise económica e das políticas austeritárias.

Em Portugal, à semelhança de outros países, observa-se, em primeiro lugar, uma crescente fragilidade das relações conjugais, uma diminuição da natalidade e uma reconfiguração das funções dos/as filhos/as e das relações de género na família que contribuem para um aumento dos conflitos judiciais de família relativos a crianças. Em segundo lugar, Marinho (2011) no seu estudo sobre a parentalidade na residência alternada dá conta de processos de negociação dos lugares e papéis paternos e maternos, mas também de processos de *gatekeeping* tanto masculino como feminino, associados à permanência de ancoragens estatutárias mais tradicionais nos papéis e nas identidades, que visam resguardar territórios e privilégios de género na ação, e que têm necessariamente reflexos na justiça da família e das crianças. Por fim, as transformações políticas e legislativas no campo da família em Portugal, no sentido do apoio aos valores de partilha, de cooperação e de igualdade entre homens e mulheres na família e da promoção de uma paternidade mais participativa (Almeida, 2003; Marinho, 2011; Wall, 2010b) pode também ter criado um espaço para um conflito de género que não existia previamente, como sugerem Neale e Smart (1997) e Sheldon e Collier (2008).

Note-se, todavia, que nos últimos anos, parte do crescimento dos processos tutelares cíveis deu-se nas ações de incumprimento e de alteração do exercício das responsabilidades parentais, o que não pode ser dissociado do contexto de crise económica e financeira e de políticas austeritárias que afetam Portugal desde 2008.³⁴ Dos dados disponíveis por espécie de processo tutelar cível, entre 2011 e 2013, enquanto o número de ações de regulação das responsabilidades parentais se mantém praticamente inalterado, o número de ações de alteração e incumprimento das responsabilidades parentais regista um aumento de 18%, passando de 18.396, em 2011, para 21.765, em 2013 (cf. quadro 3), sendo que representam quase 50% do total de ações tutelares cíveis entradas (46.994). Ora, de acordo com Pedroso *et al.* (2012), os alimentos a menores são responsáveis por grande parte da conflitualidade nos processos de incumprimento e de alteração das responsabilidades parentais.

³⁴ Nos últimos anos sucedem-se as notícias que dão conta do aumento da procura na sequência da crise. A título de exemplo cf. <http://www.dn.pt/portugal/interior/pais-pedem-para-baixar-pensoes1564619.html>

Quadro 3 - Processos tutelares cíveis entrados nos Tribunais de 1ª Instância por espécie de processo, 2011-2013³⁵

| | 2011 | 2012 | 2013 |
|--|-------------|-------------|-------------|
| Regulação das Responsabilidades parentais | 16323 | 17346 | 16510 |
| Alterações/Incumprimentos do Exercício das Responsabilidades Parentais | 18396 | 22417 | 21765 |

Fonte: APIPDF (2014)

A crise financeira de 2008, despontada pela falência do grupo Lehman Brothers, conduziu ao colapso do sistema financeiro mundial, dando origem a uma crise generalizada, que atingiu também Portugal. As respostas políticas a esta crise produziram regimes de austeridade caracterizados por cortes no Estado Social (Ferreira, 2012, 2014). Portugal é, dos países mais afetados pela crise, aquele em que os efeitos da austeridade têm uma distribuição mais claramente regressiva, com uma redução da capacidade de resposta dos serviços públicos (redução dos benefícios, eliminação de serviços, aperto das elegibilidades, diminuição dos recursos, etc.) perante necessidades crescentes da população, verificando-se uma deslocação para a sociedade daquilo que normalmente e substantivamente compete à esfera pública (Reis, 2014).³⁶ A política da austeridade, ao transferir o custo do ajustamento para as populações e, em particular, para as famílias potencia o aumento dos conflitos judiciais de incumprimento e alteração das responsabilidades parentais, em especial no que toca a pensão de alimentos e acesso ao Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores (FGADM).³⁷ Na tensão entre a desregulação/fragilização dos laços conjugais e a regulação dos laços parentais/publicização dos direitos da criança,

³⁵ A DGPI não disponibiliza informação estatística por espécie de processo e o relatório da APIPDF apresenta os dados apenas para o período de 2011 a 2013, pelo que não nos foi possível aceder a informação estatística anterior a 2011.

³⁶ A propósito da erosão do Estado Social português consultar capítulo “O Estado Social, Crise e Reformas”, de Pedro Hespanha, Sílvia Ferreira e Vanda Pacheco (2014).

³⁷ O Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social, através do Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores, assegura o pagamento das prestações da pensão de alimentos, em substituição do progenitor faltoso, no caso de incumprimento desta obrigação. A pensão de alimentos devida a menores – crianças ou jovens até aos 18 anos de idade –, tem como objetivo garantir a subsistência do menor. É tudo o que é indispensável ao sustento, habitação, vestuário do alimentando/menor, e também, a sua instrução e educação, sendo uma prestação em dinheiro, paga mensalmente. De acordo com o IGFSS, para que o menor possa beneficiar do pagamento da prestação de alimentos através do FGADM é necessário que se verifiquem determinados requisitos legais: Incumprimento da obrigação pelo respetivo devedor; A pessoa judicialmente obrigada a prestar alimentos não satisfizer as quantias em dívida (incumprimento); Menor residente em território nacional; Representante legal residente em território nacional; A capitação de rendimentos do respetivo agregado familiar não pode ser superior ao valor do IAS (indexante dos apoios sociais); O valor das prestações fixadas não pode exceder mensalmente, por cada devedor, o montante de 1 IAS; Menor - crianças ou jovens até aos 18 anos de idade.

a crise e as políticas austeritárias funcionam como um rastilho para os conflitos parentais com a pauperização das famílias. Desta forma, observa-se uma judicialização da questão social, através dos conflitos familiares, que emerge das reformas estruturais que desmantelam o Estado Social, colocando novos desafios aos tribunais de família e menores, enquanto garantes dos direitos fundamentais das crianças, como o direito à alimentação das crianças ou o direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral.

Babo (2013, p. 275) argumenta que “o dever de sustento que impende sobre todos os pais relativamente aos seus filhos menores e que de forma alguma lhes devia ser dispensado”, é porventura, no momento atual de crise económica e financeira e políticas austeritárias, “aquele que tem uma menor taxa de cumprimento”, o que se tem traduzido num aumento do número de beneficiários e das transferências do Orçamento de Estado para o FAGDM, a cargo do Instituto de Gestão Financeira da Segurança Social. Este fundo assegura o pagamento das prestações da pensão de alimentos em substituição do progenitor faltoso, no caso de incumprimento desta obrigação. Entre 2008 e 2014, como se pode observar no quadro 4, verificou-se um aumento crescente da despesa com esta rubrica, sendo a taxa média anual de crescimento de cerca de 9%, culminando com uma despesa de 30,8 milhões de euros em 2014 (IGFSS, 2015). Também o número de beneficiários aumentou 29,6%, no período considerado, de 12.205, em 2009, para 15.822, em 2013. Sendo de salientar a manutenção do crescimento em 2013 e 2014, apesar das alterações introduzidas pela Lei n.º 64/2012, de 20 de dezembro, que vieram restringir o acesso às famílias com rendimento igual ou inferior ao indexante de apoios sociais (419 euros), quando a lei anterior (DL n.º 164/99, de 13/05, alterado pelo DL n.º 70/2010, de 16/06) utilizava como referencial o salário mínimo nacional (485 euros, à época).

Quadro 4 - Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores

| | 2007 | 2008 | 2009 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 |
|---------------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Beneficiário | - | - | 12.205 | 13.553 | 14.740 | 15.309 | 15.822 | 19.054 |
| Despesa anual | 12.780 | 15.573 | 19.485 | 23.159 | 25.314 | 25.675 | 27.450 | 30.866 |

Fonte: IGFSS (2012, 2014, 2015)

Nos últimos anos, o contexto de crise contribuiu direta e indiretamente para alterações no volume e carácter dos conflitos familiares judicializados. Como defende Babo (2013, p. 276), “se por um lado os pais lutam em muitos dos casos pela própria

sobrevivência e a sobrevivência digna de seus filhos”, por outro lado, o Estado Social reduz os níveis de proteção social, “com reflexos no equilíbrio da estrutura familiar, da sua dinâmica e da sua viabilidade como núcleo de segurança e de base para o impulsionamento de todas as vertentes inerentes ao desenvolvimento harmonioso das crianças e adolescentes”, e, conseqüentemente, na justiça de família e das crianças.

Com as transformações sociojurídicas da família, das relações parentais e de género e o processo de sentimentalização e proteção jurídica das crianças e o conseqüente aumento dos conflitos judicializados relacionados com o exercício das responsabilidades parentais (intensificado, nos últimos anos, em Portugal com a crise económica), aumenta também o recurso a peritos/as para ajudarem a determinar que regime de regulação das responsabilidades parentais corresponde ao superior interesse da(s) criança(s). No capítulo seguinte discute-se os contributos da sociologia do direito, dos estudos sociais da ciência e dos estudos feministas sobre a relação entre direito e ciência, entre profissionais do direito e peritos/as, no âmbito da regulação judicial das responsabilidades parentais, e, igualmente, a relação destes campos com a (re)produção de desigualdades de género.

Capítulo 2

Direito e Ciência em (inter)ação

Introdução

No final do século XX início do século XXI, cruzam-se duas tendências, por um lado, um aumento consistente dos conflitos judiciais em torno das crianças, fruto das transformações interligadas da família, das relações parentais e de gênero, da valorização crescente das crianças enquanto objeto afetivo da família e da regulação normativa das relações parentais. Por outro lado, a adoção de critérios indeterminados, como o superior interesse das crianças, e a exigência de respostas individualizadas na regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais leva a que na prática dos tribunais os/as profissionais da magistratura solicitem mais frequentemente o contributo de profissionais não-judiciais. A relação entre o direito e a ciência não é, contudo, nova e a produção científica sobre esta relação é prolífica e emerge como uma preocupação dos estudos sociojurídicos (sobretudo) a partir de meados da década de 1980, afirmando-se como um tema central na reflexão e análise da modernidade (Jasanoff, 2004c; Nelken, 2007). Essas relações têm conhecido diferentes manifestações, que vão da tentativa de construir o próprio direito como uma 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 erros judiciários (Costa e Nunes, 2001; Machado, 2007).

Neste capítulo discute-se, num primeiro momento, os contributos teóricos que permitem desvendar os contornos da interação entre o direito e a ciência, entre profissionais do direito e peritos/as, no âmbito do direito da família e das crianças e, em especial, da regulação judicial das responsabilidades parentais. Mais

concretamente, parto do enquadramento geral oferecido pelas reflexões sobre o poder de Michel Foucault (1980, 1997a, 1997b, 2002), da sociologia crítica do direito (Santos, 2005) e dos estudos sociais da ciência (Jasanoff, 1995) sobre a relação entre direito e ciência, distanciando-me da abordagem da incompatibilidade dos discursos, herdeira da teoria autopoietica de Niklas Luhman (1988), que defende a autonomia e autorreferência do sistema jurídico.

A relação de cooperação e circulação de sentido entre ciência e direito tem sido conceptualizada por autores da sociologia crítica do direito, como Boaventura de Sousa Santos (2005), e dos estudos sociais da ciência, como Sheila Jasanoff (1995, 2007), como sendo uma das características distintivas da modernidade. Estas teorias e estudos demonstram como as ideias de verdade e justiça são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, num duplo processo de isomorfização e de demarcação entre o direito e a ciência, que são, simultaneamente, entendidos como campos do conhecimento e da ação sujeitos a contingências e a incertezas, social e historicamente condicionados, numa forte crítica da retórica de universalidade e neutralidade (Costa *et al.*, 2002; Jasanoff, 1995; Machado, 2007).

As perícias judiciárias, em particular, têm sido analisadas à luz de conceitos como os de coprodução, *boundary work*, tradução alargada dos estudos sociais da ciência, procurando ultrapassar a conceção tradicional da doutrina e jurisprudência que ignora as transações e negociações existentes entre os pólos do conhecimento e o da decisão e a capacidade vinculativa dos saberes. No âmbito do direito e da justiça da família e das crianças os estudos apontam para uma participação crescente de profissionais não-judiciais, associados à adoção de critérios indeterminados e de respostas individualizadas, bem como uma elevada influência e mesmo concordância entre as perícias e as decisões judiciais (Bala e Antonacopoulos, 2007; Gonçalves, 2010; Semple, 2011; Théry, 1987).

Num segundo momento, a partir dos contributos das teorias feministas do direito analisa-se o direito enquanto uma prática discursiva que, nas regulações judiciais do exercício das responsabilidades parentais, produz e reproduz ideologias dominantes de maternidade e paternidade e constrói mulheres e homens enquanto sujeitos sexuais e *gendered* (Boyd, 2003; Smart, 1999; Smart e Sevenhuijsen, 1989). Note-se, porém, que este não opera de modo homogéneo ou isolado, socorre-se de uma diversidade de práticas e discursos interrelacionados com outros poderes e saberes (Machado, 2004,

2007; Smart, 1999). Os estudos têm revelado como concepções dominantes de família e gênero, ainda que reformuladas, continuam a influenciar a lei e a prática judiciária de regulação do exercício das responsabilidades parentais (Boyd, 2003; Moloney, 2001; Pedroso *et al.*, 2014; Silva *et al.*, 2009), fazendo com que mulheres e homens, mães e pais, tenham experiências muito distintas, consoante se adequem ou não às concepções dominantes (Altman, 1996; Moloney, 2001). Ao impor que os progenitores não-residentes (muitas vezes os pais-homens) contactem com as crianças o mais frequentemente possível, e ao colocar nas mães a responsabilidade de assegurar estes convívios, o discurso jurídico assume-se como um mecanismo de controlo e disciplina de homens e mulheres, através da imposição de um determinado modelo da vida familiar pós-rutura, com o objetivo de adaptar os comportamentos aos padrões normativos de maternidade e paternidade.

1 A relação entre Direito e Ciência na modernidade

A história da constituição e das transformações do direito moderno tem sido acompanhada por tentativas recorrentes de pensar as suas relações com outras das instituições centrais da modernidade, a ciência (Costa e Nunes, 2001). A teoria autopoietica, de Niklas Luhman (1988) e Gunther Teubner (1993), procura compreender a relação entre o direito e outros sistemas sociais a partir da autonomia e fechamento operacional de cada um dos sistemas sociais face aos elementos do ambiente e do mecanismo de acoplamento estrutural, que traduz a capacidade dos sistemas de utilizarem elementos de outros sistemas para possibilitar as suas próprias operações internas, sem, no entanto, precisar internalizar os processos comunicativos do outro sistema. A autonomia de cada um destes sistemas é o resultado da autorreferência dos mecanismos de comunicação do sistema que resulta na separação entre diferentes sistemas, que são concebidos como providenciando o ambiente em que cada sistema específico funciona. Ou seja, para a teoria autopoietica o direito e a ciência são discursos que se reproduzem de acordo com os seus códigos discursivos ou comunicacionais específicos e que estabelecem interações, sem perderem a sua especificidade. Sendo que a diferenciação social e a emergência de sistemas radicalmente autónomos é, para esta teoria, uma das características definidoras da modernidade.

A perspectiva adotada nesta investigação contraria esta visão, afirmando a centralidade das interações, complementaridades, compromissos entre direito e ciência como elemento distintivo das sociedades modernas recorrendo para tal aos contributos de Michel Foucault (1978, 1980, 1997b), da sociologia crítica do direito (Ferreira, 2014; Santos, 1996, 2005) e dos estudos sociais da ciência (Jasanoff, 1995, 2004c; Latour, 1987; Nelken, 2007).

O direito e a sua relação com a(s) disciplina(s)³⁸ (e o poder disciplinar) surge num conjunto importante de textos de Michel Foucault escritos no final da década de 1970, designadamente “Discipline and Punish” (Foucault, 1977), “The History of sexuality” (Foucault, 1978) e “Power/Knowledge” (Foucault, 1980). Num dos ensaios de “Power/Knowledge” Foucault (1980, p. 106) defende que “os poderes da sociedade moderna são exercidos através, na base de e em virtude da heterogeneidade entre o direito público soberano e o mecanismo disciplinar polimorfo”. No mesmo sentido, Foucault (2002) sustenta que os diferentes mecanismos de poder, como ciência e direito, procuram apoiar-se, ou seja, estabelecem entre si conexões, repercussões, complementaridades, delimitações, que supõem que cada um mantenha, até certo ponto, as suas especificidades. Neste sentido, Foucault (1980, p. 141) defende que o direito na sociedade moderna tem de ser analisado e enquadrado a par de outros mecanismos de poder, designadamente o poder disciplinar:

O Direito não é nem a verdade do poder nem o seu álibi. É um instrumento de poder que é ao mesmo tempo complexo e parcial. A forma do direito com os seus efeitos de proibição tem de ser recolocada no contexto de um conjunto de outros mecanismos não jurídicos.

Michel Foucault (1980) atribui mesmo um papel marginal ao direito na sociedade contemporânea, relacionando-o com o regime de poder que antecede a emergência da episteme moderna. Neste sentido, Foucault (1980) defende uma mudança no estudo do poder³⁹, deslocando o foco do Estado-poder para o poder disciplinar e para os

³⁸ O uso de disciplinas no plural procura captar o duplo sentido em que Foucault (1980) utiliza este termo, disciplina enquanto forma moderna distintiva de dominação e poder e no sentido da pluralidade de disciplinas modernas assentes nas ciências médicas e humanas.

³⁹ Ainda que a problemática do poder achesse toda a sua obra, Michel Foucault recusou fazer uma teoria geral do poder, como se percebe na forma como inicia o artigo "O Sujeito e o Poder": "As idéias que eu gostaria de discutir aqui não representam nem uma teoria nem uma metodologia. Eu gostaria de dizer, antes de mais nada, qual foi o objetivo do meu trabalho nos últimos vinte anos. Não foi analisar o fenómeno do poder nem elaborar os fundamentos de tal análise. Meu objetivo, ao contrário, foi criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos. (...) Assim, não é o poder, mas o sujeito, que constitui o tema geral de minha pesquisa. É verdade que me envolvi bastante com a questão do poder (...). Era necessário estender as dimensões de uma definição de poder se quiséssemos usá-la ao estudar a objetivação do sujeito. Será preciso uma

micro-poderes, e rompendo, metodologicamente, com duas formas relacionadas de colocar a questão do poder: a primeira trata o poder como uma questão de Estado-poder, soberania; e a segunda equaciona o Estado-poder com a repressão, numa visão negativa do poder (Foucault, 1978). Para Michel Foucault (1978) a análise, em termos de poder, não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação, estas são apenas as suas formas terminais. Michel Foucault (1978) defende que existe uma rede complexa de micropoderes e que a análise do(s) poder(es) deve incluir as relações e articulações que são estabelecidas no conjunto dos micropoderes com o Estado. Por outras palavras, o poder é relacional e difuso, existem sobretudo relações de poder e não um poder único. Foucault parte de uma conceção assente nas práticas, o poder não é qualquer coisa que se adquire, se guarda e se deixa escapar, o poder exerce-se, assim, o que é relevante não é compreender a origem do poder, mas sim os mecanismos de exercício do poder.

De acordo com a tese metahistórica de Foucault, o direito constituía a forma principal de poder da era pré-moderna ou clássica e embora este perdure na sociedade moderna, ele foi “minado” ou mesmo suplantado pelo poder disciplinar, que emergiu entre os séculos XVII e XVIII (Foucault, 1997b). Este novo mecanismo de poder, o poder disciplinar, possui novas técnicas de controlar e treinar as pessoas, que não assentam na força e na coerção, mas na vigilância constante, e que intervém no corpo para o tornar útil e dócil. O funcionamento deste novo mecanismo de poder, das disciplinas, é assegurado “não através do direito mas através da normalização, não pela punição mas pelo controlo” (Foucault, 1978, p. 89). A(s) disciplina(s) está(ão) associada(s) a normas “particulares” e não a normas universais, como o direito, ou seja, a *standards* que o sujeito deve internalizar ou adotar no seu comportamento – como a pontualidade, limpeza, respeito. As normas estabelecem os objetivos que os que estão sujeitos à disciplina têm de se esforçar por atingir. Estas novas formas de poder funcionam, primordialmente, através de meios de vigilância. E em vez da punição corporal do antigo direito criminal, o modelo do poder disciplinar adota pequenas sanções, como exercícios e repetição de tarefas, bem como pequenas recompensas, com o objetivo de corrigir desvios e assegurar o ajustamento e a conformidade, ou

teoria do poder? Uma vez que uma teoria assume uma objetivação prévia, ela não pode ser afirmada como uma base para um trabalho analítico. Porém, este trabalho analítico não pode proceder sem uma conceituação dos problemas tratados, conceituação esta que implica um pensamento crítico – uma verificação constante” (Foucault, 1995, pp. 231–232).

seja, a normalização. A normalização é, assim, contraposta a um modelo de proibição-punição do direito e visa criar corpos dóceis.⁴⁰ O autor defende assim 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 (Foucault, 1980). Contudo, de acordo com Hunt (2010), o argumento de Foucault não significa que o direito possa desaparecer, o autor atribui sim um papel cada vez mais de subordinação ou suporte ao direito na sociedade contemporânea disciplinar.

O direito confrontado com a emergência de novas disciplinas, exteriores ao direito, procurou controlá-las, recodificando-as.

Este é o paradoxo de uma sociedade que, do século XVIII até ao presente, criou tantas tecnologias de poder que são estranhas ao direito: que este teme os efeitos e a proliferação destas tecnologias e tenta recodificá-las na forma de direito (Foucault, 1978, p. 109).

Este processo é descrito como um processo de juridificação em que formas de disciplina não-jurídicas adquirem características jurídicas, regras institucionais como contratos de trabalho e códigos de conduta são transformados em linguagem jurídica e invocam procedimentos judiciais, como o direito de representação ou de recurso (Hunt, 2010). O direito da família não escapou a este processo, o que é especialmente visível nas transformações à regulação das responsabilidades parentais, em que formas de disciplina e controlo familiares não jurídicas foram assumindo formas jurídicas ao longo do século XX.

Com efeito, o direito da família foi codificando as normas estabelecidas pelas disciplinas, com sucessivas alterações ao longo do século XX. Se na primeira metade do século XX, as teorias psicológicas, que enfatizavam a importância da ligação maternal na educação infantil, se traduziram na doutrina dos “tenros anos” (Neale e Smart, 1997), a defesa, a partir da década de 1980, da importância do contacto com ambos os progenitores influenciou também a forma como o direito articula e concebe,

⁴⁰ Foucault (1977) vê os métodos de vigilância e avaliação dos indivíduos, desenvolvidos, primeiramente, em instituições estatais como as prisões, como métodos efetivos desenvolvidos para transformar os outros em corpos dóceis. Pese embora em “Discipline and Punish”, Michel Foucault (1977) se centre no “corpo” como o principal alvo da disciplina, os escritos posteriores dão a entender uma expansão do alvo do poder disciplinar: “primeiro para a “alma” (a psique, subjetividade, personalidade, etc.) como o alvo das práticas disciplinares; e, em seguida, numa mudança mais radical, para o “governo do self”. Em suma, existe uma mudança da disciplina para a autodisciplina. Esta evolução é acompanhada pela emergência das ciências e das profissões psicológicas” (Hunt e Wickam, 1994, p. 49).

atualmente, as questões das responsabilidades parentais, não só quanto ao regime de regulação das responsabilidades ideal, como em termos gramaticais⁴¹ (Fineman, 1988). A adoção do critério do superior interesse da criança consubstancia em linguagem jurídica a importância da manutenção dos laços com ambos os progenitores defendida pelos profissionais das disciplinas,⁴² promovendo a guarda e as responsabilidades partilhadas (Boyd, 2003). Estes desenvolvimentos nasceram, assim, na fronteira e nos intercâmbios entre direito e as ciências sociais. De acordo com Sottomayor (2010, p. 81) o direito das crianças distingue-se, precisamente, pela sua interdisciplinariedade, desenvolvendo-se em estreita relação com as outras ciências sociais, como a psicologia, a sociologia, a pedopsiquiatria e a antropologia.

Apesar de sugerir a recodificação dos novos mecanismos de poder disciplinar pelo direito, Foucault (1978) resiste a atribuir qualquer efetividade significativa ao direito. Retomando sistematicamente as formulações em que o direito é visto como “completamente incongruente com os novos métodos de poder” e que “não é assegurado pelo direito mas pela técnica, não pela lei mas pela normalização, não pela punição mas pelo controlo” (Foucault, 1978, p.89).⁴³

Em vez da “oposição” entre direito e disciplina(s), com que Foucault procura caracterizar o que é distintivo da sociedade moderna, o que diferentes autores têm vindo a defender é que uma melhor compreensão da modernidade pode ser assegurada ao colocar direito e disciplina(s) como complementares e reconhecer a ubiquidade presente na regulação como a marca distintiva da condição moderna

⁴¹ A título de exemplo, como já foi referido, em Portugal, a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, alterou a designação anterior, de poder paternal, para responsabilidades parentais, evidenciando a distinção entre a relação conjugal e a relação parental, assumindo-se que a rutura da primeira não pode ser pretexto para a rutura da segunda (Pedroso et al., 2014).

⁴² De acordo com Fineman (1987), estes profissionais e teorias sugeriram que mais do que o conflito durante o casamento e do que a perturbação e insegurança resultantes de mudar de casa e de escola, o maior problema que as crianças enfrentavam, após o divórcio, era a perda do progenitor sem a guarda, ainda que a investigação sobre a adaptação de crianças após um divórcio indique que as consequências para as crianças estão relacionadas com um conjunto complexo de fatores socioeconómicos e psicológicos e pode depender mais da segurança do cuidado recebido, particularmente do progenitor residente.

⁴³ Note-se, contudo, que a tese de Foucault de declínio do direito na sociedade moderna não implica o completo desaparecimento do direito da modernidade. Foucault (1977, p.22) sugere sim que “é parte do destino do direito absorver a pouco e pouco elementos que lhe são estranhos”. Foucault (1978, p.144) esclarece: “Eu não quero dizer que o direito desvanece neste contexto ou que as instituições da justiça tendam a desaparecer, mas sim que o direito opera cada vez mais como norma e que a instituição judicial é crescentemente incorporada num continuum de mecanismos (médicos, administrativos entre outros), cujas funções são maioritariamente regulatórias”.

(Hunt, 2010; Santos, 2005). Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 54), “a relação de cooperação e circulação de sentido entre a ciência e o direito, sob a égide da ciência, é uma das características fundamentais da modernidade”.

Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 50) defende que o paradigma da modernidade assenta em dois pilares, o da regulação (constituído pelos princípios do Estado, da comunidade e do Mercado) e o da emancipação (constituído pelas três lógicas de racionalidade definidas por Weber, a racionalidade estético-expressiva, cognitivo-instrumental e moral-prática). E embora o paradigma da modernidade aspirasse ao desenvolvimento harmonioso e recíproco dos dois pilares, traduzido na completa racionalização da vida coletiva e individual:

Cada um dos pilares, e porque ambos assentam em princípios abstractos, tende a maximizar o seu potencial próprio, quer pela maximização da regulação quer pela maximização da emancipação, prejudicando, assim, o êxito de qualquer estratégia de compromissos pragmáticos entre ambos. (Santos, 2005, p. 51)

Para Santos (2005, 2009) a modernidade assenta, assim, numa tensão dinâmica e insolúvel entre o pilar da regulação e da emancipação. Sendo que a gestão reconstrutiva de excessos e insuficiências, intrínsecas às tensões internas e à amplitude do paradigma, foi gradualmente confiada à ciência e, numa posição subordinada mas igualmente importante, ao direito. O autor caracteriza a participação do direito como sendo, simultaneamente, central e subordinada, na medida em que, por um lado, “pelo menos a curto prazo, a gestão científica da sociedade teve de ser protegida contra eventuais oposições através da integração normativa e da força coerciva fornecida pelo direito” e, por outro lado, a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz, teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela (Santos, 2005, p. 53).

Isto explica a facilidade de se passar da ciência para o direito, e vice-versa, dentro da mesma instituição. O réu ou a ré, que depende do veredicto “científico-legal” sobre a sua saúde mental, pode ser remetido pela mesma instituição, o tribunal, para o campo médico ou para o campo jurídico-penitenciário.

(...) a apresentação de afirmações normativas como afirmações científicas e de afirmações científicas como afirmações normativas, é um facto endémico no paradigma da modernidade. (Santos, 2005, pp. 53-54)

Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 54) argumenta, então, que este “isomorfismo e a conseqüente circulação de sentido dão lugar a processos sociais que funcionam como experiências simbólicas de fusão, configurações de sentido que combinam de modo complexo elementos da ciência e do direito”. Note-se, contudo, que Boaventura

de Sousa Santos (2005, p. 53) atribui, à semelhança de Foucault, um papel subordinado do direito em relação à ciência, defendendo que “a racionalidade moral-prática do direito, para ser eficaz, teve de se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser isomórfica dela”. Porém, a relação entre direito e ciência é mais complexa do que a submissão ou isomorfismo do direito em relação à ciência e o suporte na “gestão científica da sociedade contra eventuais oposições através da integração normativa e da força coerciva fornecida pelo direito”, como coloca Santos (2005, p. 53). Como refere Jasanoff (1995), o direito e a justiça têm também um papel central na forma como a ciência e a tecnologia evoluem, ou seja, a gestão científica da sociedade é simultaneamente coadjuvada e/ou limitada pelo direito (coprodução da ciência).

Um dos principais focos de Sheila Jasanoff (1995, 2007) são as interseções entre ciência e direito, com especial destaque para a forma como o direito e a justiça moldam o desenvolvimento da ciência e da tecnologia. No entender desta autora, estas instituições estão de tal modo enredadas que a investigação de várias dimensões da prática jurídica e dos atores que se envolvem nela é provável lançar luz sob a produção de conhecimento científico da mesma forma que estudos de laboratórios científicos ou controvérsias científicas. Por outras palavras, o direito é hoje uma característica incontornável do ambiente que produz a “ciência socialmente incorporada”. No entender desta autora, os relatos sobre o desenvolvimento da ciência estão mesmo incompletos se não tiverem em consideração a influência que os imperativos jurídicos têm na moldagem da ciência (Jasanoff, 2007).

Importa, assim, recuperar o contributo da abordagem da coprodução proposta pelos estudos sociais da ciência, cuja precursora é Sheila Jasanoff (1995). O conceito de coprodução - cunhado originalmente por Bruno Latour (1987), para escrever e reescrever a fronteira entre o social e o natural - tem sido aplicado por Sheila Jasanoff à relação entre direito e ciência. A coprodução pode ser vista enquanto uma crítica da ideologia realista que separa sistematicamente os domínios da natureza, factos, objetividade do domínio da cultura, dos valores e da subjetividade. Note-se, todavia, que para Jasanoff (2004c) a coprodução não deve ser vista como uma teoria completa, mas mais como um idioma, uma forma de interpretar e dar conta de fenómenos complexos por forma a evitar as eliminações e omissões estratégicas da maioria das abordagens das ciências sociais.

A abordagem coproducionista procura demonstrar como direito e ciência são instituições semiautónomas sujeitas a influências mútuas (Lynch, 2004; Nelken, 2007). As ideias de verdade e de justiça são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, da mesma forma que a litigação estimula o desenvolvimento na ciência e vice-versa (Jasanoff, 2007). Esta abordagem procura, assim, distanciar-se da incompatibilidade dos discursos, que pode, segundo Nelken (2007), ser associada à teoria autopoética de Luhman e Teubner,⁴⁴ embora possa ser formulada de diferentes formas e possa desenhar-se a partir de diferentes vertentes da teoria social e jurídica contemporânea, como a do *culture clash*.⁴⁵ Para a teoria autopoética o direito e a ciência são discursos que se reproduzem de acordo com os seus códigos discursivos ou comunicacionais específicos:

os discursos não se constituem nem podem ajudar a constituir-se mutuamente; cada discurso apenas utiliza os inputs recebidos do seu ambiente, aplicando o seu código próprio e reproduzindo os seus próprios elementos. Direito e ciência não podem verdadeiramente envolver-se num combate sobre fronteiras ou em processos de coconstrução e quaisquer projetos de melhorar a sua colaboração, que ignorem a sua incomensurabilidade, estarão condenados, incluindo os de Jasanoff. (Nelken, 2007, pp. 170–171)

O problema de acordo com esta abordagem, como Teubner o coloca, é que o direito fica enredado numa armadilha epistémica (Nelken, 2007). Por um lado, os seus conceitos e práticas precisam do selo de credibilidade da ciência num mundo onde a ciência tem o monopólio da legitimidade de definir a verdade. Por outro lado, o seu esforço para alinhar as suas ideias com as de ciência está destinado ao fracasso, uma vez que o direito reproduz-se de acordo com o seu próprio código, instrumentalizando a ciência na prática judiciária, pelo que só consegue gerar “artefatos híbridos”, termos com estatuto epistémico ambíguo e consequências sociológicas imprevisíveis (Nelken, 2007).

A abordagem da coprodução chama a atenção para o facto de as culturas do direito e da ciência serem na verdade mutuamente constituídas. Sheila Jasanoff (1995, 2007), em particular, argumenta que estas duas instituições, ambas intimamente preocupadas

⁴⁴ Conferir “The unity of the Legal System” (1988), de Niklas Luhmann, e “Law as an Autopoietic system” (1993), de Gunther Teubner.

⁴⁵ A abordagem da *culture clash* foca-se nos objetivos distintos do direito e da ciência como as principais fontes de conflito entre eles: o compromisso da ciência é com o progresso, enquanto a principal preocupação do direito é com o processo. Consequentemente, o sistema jurídico tem como compromisso construir consenso ou pelo menos ouvir vários pontos de vista, enquanto a ciência persegue a natureza da realidade, venha o que vier (Jasanoff, 2007).

com regras e ordem, não podem deixar de influenciar mutuamente os seus discursos e prerrogativas. Sheila Jasanoff (2007) refere como um dos nós centrais de *engagement* entre ciência e direito o próprio conceito de lei.

Desde o início da revolução científica que a palavra lei tem sido utilizada para denotar tanto regularidades encontradas na natureza como regras através das quais autoridades religiosas ou seculares governam o comportamento humano. A convergência semântica não passou despercebida nos escritos sobre ciência e direito, embora cada domínio tenha prosseguido praticamente ignorando o outro. (Jasanoff, 2007, p. 764)

Sendo que, de acordo com esta autora, os compromissos entre direito e ciência ocorrem não só ao nível conceptual e da legitimação institucional, mas também no trabalho contínuo de resolução das disputas legais (Jasanoff, 1995, 2007). Para além de que enquanto agentes de poder, direito e ciência também colaboram na sustentação de entendimentos mais amplos de como a sociedade funciona, incluindo ideias sobre o *human self and agency*, o mercado e o bem coletivo.

Neste sentido, a proposta de Pierre Guibentif (2007) de observar o direito a partir de dois aspetos, o das instâncias e o do agir é um contributo valioso. Pierre Guibentif (2007) a partir de uma análise das teorias sociológicas comparadas e aplicadas à realidade social, de Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhman, constrói um quadro teórico, no âmbito da sociologia do direito contemporânea, como uma grelha, destinada a situar as teorias em relação à realidade social. O direito é uma instância diferenciada, em que a sua realidade social se cruza com outras instâncias em que o discurso jurídico, para além da lógica jurídica se cruza com outras lógicas, como a da economia, da educação ou da psicologia. Por um lado, tem-se um conjunto complexo de organizações a que se convencionou chamar “sistemas jurídicos nacionais”. Por outro lado, trata-se de um mundo, mais difuso e movediço, de arenas de debate, de publicações, de dispositivos de consulta. Trata-se de comunicação jurídica que interfere ou se prende com atividades pertencentes a outras instâncias como a economia, a ciência, a gestão de organizações, etc.. Mas, o direito também é “agir”, ou seja, sujeitos individuais ou coletivos, que se afirmam, adquirem força em conflitos e jogos de alianças. O direito poderá contribuir para a emergência de sujeitos neste mundo social envolvente, fornecer-lhes instrumentos e dar-lhes forças. Mas, também designa um âmbito, no interior do qual se verificam conflitos entre pessoas ou entidades envolvidas na prática do direito. No entender de Pierre Guibentif (2007), um dos desafios à investigação da realidade jurídica é entender como se articulam

estes processos internos e externos. A presente investigação ocupa-se em especial da dimensão do “agir”, ou seja, das interações entre magistrados/as e peritos/as na regulação das responsabilidades parentais, porém, não se pode ignorar a dimensão das instâncias e os cruzamentos presentes entre a lógica jurídica e outras na produção normativa, como referido no capítulo anterior (cf. Fineman, 1988; Singly, 2006).

1.1 Verdade jurídica e verdade científica

O sistema jurídico olha desde há muito para a ciência como um aliado indispensável no projeto partilhado de procura da verdade (Jasanoff, 1995). Com efeito, a viragem do séc. XVIII para o séc. XIX coincidiu com a implantação – um pouco por toda a parte na Europa continental – do sistema probatório conhecido como da íntima convicção do julgador ou da prova livre (Monteiro, 1997).⁴⁶ Neste sistema há uma distinção clara entre o órgão investigador e acusador e o do julgamento, no processo penal, e, no que respeita aos meios de prova, emergem novas técnicas probatórias possibilitadas pelo desenvolvimento exponencial da medicina, da biologia e da química (Monteiro, 1997). Os avanços científicos permitem, no que respeita aos meios de prova, sublinhar a importância da prova pericial na determinação dos factos e aproximar a verdade processual do facto histórico (Sousa, 2003). Neste contexto, Cristina Monteiro (1997) defende que a racionalidade probatória deixou-se contagiar por uma ciência dona de novos recursos, capaz, por isso, de colocar mais alto a

⁴⁶ A história da prova não é retilínea, no sentido em que é impossível dividi-la em fases com características próprias e únicas que se sucedem sem retorno (Monteiro, 1997). De acordo com Cristina Monteiro (1997, p. 13) “prova sobrenatural, prova livre e prova legal vão e voltam, definindo-se de cada vez (quando tornam a predominar num dado sistema) de modo algo diferente”. Susana Sousa (2003) sintetiza em traços largos a evolução do instituto da prova no direito desde a antiguidade clássica, passando pela idade média, pela renascença e iluminismo até chegar aos dias de hoje. Na antiguidade egípcia, babilónica, hebraica e grega era utilizada sobretudo a prova sobrenatural ou religiosa na procura da certeza no juízo divino, através dos ordália ou dos juramentos, meios probatórios por excelência. A característica peculiar deste tipo de prova - prova sobrenatural ou do juízo divino - é que, mesmo quando usada a título subsidiário, prevalece sobre todas as outras; nenhuma delas a pode destruir (Monteiro, 1997). A laicização do processo, por volta do século I a.C. implicou o domínio da retórica e da persuasão no âmbito de uma lógica de tipo argumentativo, em que o meio probatório por excelência era a prova testemunhal – época retórica. Já a partir do século XIII, a lógica argumentativa do sistema legal é substituída por uma lógica de tipo demonstrativo com o domínio da prova documental, desenvolvendo-se uma hierarquização dos meios probatórios – o período da prova legal. No final do século XVIII, a abolição da tortura, a retirada do valor definitivo da confissão, e a recusa da força vinculativa da soma aritmética dos testemunhos e da estrutura inquisitória do processo contribuíram para o fim de um longo reinado da prova legal (Monteiro, 1997). Neste período, os pensadores iluministas, unidos no propósito de reforçar as garantias do arguido, sustentaram a substituição do modelo da prova legal pelo modelo da prova livre, segundo o qual a avaliação da prova se deveria fundar na convicção íntima dos julgadores (Sousa, 2003). Por fim, no início do século XIX emerge o sistema probatório conhecido como da íntima convicção do julgador ou da prova livre.

fasquia do conhecimento possível e, ao mesmo tempo, utilizadora de uma linguagem objetiva, que permitia o diálogo universal.

A “era da prova científica” significará, assim, o advento de uma mentalidade probatória que não se contenta com a verdade formal (típica da prova legal), nem com a verdade subjetiva (própria da íntima convicção), perseguindo antes uma verdade material e objectiva – mais próxima do “real acontecido” e, sobretudo, possuidora de uma força persuasória generalizável. Caracterizada deste modo, a prova científica corresponde, mais do que ao tipo de recursos – meios probatórios – de que pode socorrer-se (embora também), a uma racionalidade, a uma certa maneira de ver a actividade de julgar (Monteiro, 1997, p. 43).

É, neste contexto, que Michel Foucault (1977, p. 170) argumenta que o direito está a ser colonizado pelas novas disciplinas, ao ser invadido por práticas de observação e avaliação, como o inquérito, “meio de constatar ou de restituir os fatos, os acontecimentos” e “matriz dos saberes empíricos e das ciências da natureza”, e o exame, “meio de fixar ou de restaurar a norma, a regra” e “matriz de todas as psicologias, sociologias, psiquiatrias, psicanálises” (Foucault, 1997a, p. 21). Assumindo o discurso científico um papel cada vez mais importante no funcionamento da justiça contemporânea, designadamente na justiça juvenil e penal. A história da verdade jurídica revela, assim, de acordo com Hunt e Wickham (1994) a progressiva dependência, identificada por Foucault, do pensamento jurídico em relação a outros sistemas de conhecimento.

Aroso Linhares (2003) numa crítica a Michel Foucault questiona, contudo, o processo de vinculação (subordinação) do problema da “verdade jurídica” ao território estratégico epistemológico das “ciências débeis”, ou seja, o efeito do processo de “deslocação interna” do poder e de subordinação da “verdade jurídica” à “verdade científica”. Este autor defende que

(...) a genealogia da prova jurídica nos ensina a descobrir uma hipótese de transposição-colonização que se desenrola em sentido oposto: entenda-se, um procedimento de constituição de sujeitos e de objetos que, sendo gerado pelas práticas jurídico-processuais na sua contingência agonística (historicamente experimentada), só através destas e do efeito de generalização que elas autorizam, pode afinal impor-se (ou ser absorvido) pelo território (aparentemente incontaminado) das ciências (Aroso Linhares, 2003, p. 152).

No entender de Aroso Linhares (2003, p. 150), uma genealogia da verdade judicial, de inspiração foucaultiana, é, assim e antes de mais, o relato de um confronto único “entre as pretensões do(s) universo(s) do direito e dos universos livres do direito e ao mesmo tempo (e num cruzamento irreduzível) também entre as expectativas de determinação das ciências e dos saberes (e muito especialmente dos saberes

comuns)”, “provocado por uma tentativa de reconstrução do passado mas também e indissociavelmente pelo modo como esta reconstrução pretende intervir no “presente” e num determinado presente”, “que se submete a um enquadramento institucional pré-determinado e que assim se distingue de todos os outros (de que os possíveis relatos históricos nos dão conta)”.

Neste sentido, Castanheira Neves (2003, 2013) e Faria Costa (2001) defendem que a verdade jurídica é uma verdade prática, não uma verdade teórico-científica. A verdade jurídica é uma verdade em si mesma, função da intenção especificamente jurídica, isto é, dos objetivos práticos que o direito se propõe na consideração e resolução dos seus problemas normativos. Esta distingue-se, assim, segundo Castanheira Neves (2013), da verdade científica, que “parte de uma situação da vida e só não permanece nela porque a empobrece analiticamente, procurando atingir o universal por sucessivas abstrações”. Faria Costa (2001) defende que a verdade é uma noção operatória da aplicação do direito. A verdade jurídica não é nem “absoluta” nem “ontológica”, é antes de tudo uma verdade judicial, prática, uma noção operatória da sua aplicação e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida (Faria Costa, 2001; Sousa, 2003). Por outras palavras, é a verdade que as normas processuais permitem e que a decisão jurisdicional legitima (Faria Costa, 2001, pp. 426-427).

Nesta linha, Cristina Monteiro (1997, pp. 14-15) distingue a prova jurídica da prova científica:

Na sua actividade de testar a correção da hipótese que trabalha, o cientista pode recorrer à reprodução do facto ou cadeia de factos objecto do seu estudo. (...) E, sobretudo, ao cientista interessa-lhe precisamente a classe do fenómeno – não cada facto na sua singularidade irrepitível. (...) “Para verificar a correção de enunciado factual (leia-se: para dar como provado certo facto) [o investigador-juiz] não pode reproduzir o comportamento objecto da sua indagação – trabalha com fenómenos irrecriáveis. (...) O julgador não “quer” os factos para tentar induzir uma regra geral; nem possui à partida uma tese que pretenda ver confirmada naqueles factos. “Quer” os factos em si mesmos, para poder depois confrontá-los com as regras de que é detentor: as normas jurídicas (que valem independentemente do “realmente acontecido” em cada caso). Dito de outro modo: a norma a que se pretende subsumir o caso não dilucida as dúvidas sobre o “fenómeno” em si, não é uma norma interpretativa dos factos; requer a reconstituição destes em ordem a desencadear a adequada consequência jurídica.

De forma semelhante Chateauraynaud (1996) distingue a prova judicial da prova científica. O autor recorre aos conceitos de caso e controvérsia para distinguir a prova judicial da científica, sendo que a prova judicial está mais próxima do primeiro e a

científica do segundo. Caso e controvérsia são, no entender de Chateauraynaud (1996), dois extremos de um *continuum* com múltiplas variantes e configurações. O caso envolve uma estrutura triádica: duas partes são constituídas e colocam as suas reivindicações perante um/a juiz/juíza. A natureza deste/a juiz/juíza pode variar, mas há um consenso sobre a legitimidade do juiz, que tem um aparelho de instrução/investigação e audição autónomos. Pelo contrário, na controvérsia não existe um/a juiz/juíza previamente estabelecido/a. Para que uma controvérsia termine a comunidade científica desenvolve as suas próprias instâncias de julgamento (comité científico independente, assente na autoridade científica reconhecida dos seus membros) e define as suas próprias regras (testes e avaliações).

Sheila Jasanoff (1995, 2004b, 2007), por sua vez, distancia-se das abordagens que representam o direito e a ciência em termos binários como pólos opostos, ou seja, afasta-se das abordagens que caracterizam o direito e a ciência como *clashing cultures*, em que o processo adversarial do direito e a sua insistência em resolver as disputas são antitéticas à procura alegadamente objetiva e aberta pela verdade da ciência. Sheila Jasanoff (1995) defende pelo contrário que um olhar cuidadoso permite encontrar tanto congruências, como *clashes* nos processos do direito e da ciência. Por um lado, identifica um conjunto de características que direito e ciência têm em comum, enquanto sistemas de investigação. Parafraseando a autora, cada tradição afirma a sua capacidade autoritária de analisar as evidências e retirar conclusões racionais e persuasivas delas (Jasanoff, 1995, p. 8). A fiabilidade dos observadores (ou testemunhas) e a credibilidade das suas observações são uma preocupação central, tanto para a decisão judicial como para a científica. Ao contrário da religião, nem a ciência nem o direito obedecem a uma única autoridade dogmática. Em ambos os campos, as regras que regulam a avaliação dos factos passam ocasionalmente por mudanças massivas. E o progresso normal no seio destas disciplinas ocorre através de uma revolução descentralizada e silenciosa trazida por indivíduos que tomam decisões nas fronteiras da doutrina estabelecida.

E, por outro lado, reconhece as diferenças existentes entre o pensamento jurídico e o pensamento científico, em especial na abordagem à descoberta dos factos e na definição da credibilidade, identificadas por Monteiro (1997) e Chateauraynaud (1996). Os espaços formais de ambas as instituições reivindicam dedicar-se à procura

da verdade, embora com desfechos diferentes: o direito precisa dos factos enquanto auxiliares para fazer justiça, a ciência procura factos como um fim em si mesmo.

O direito também visa estabelecer os factos corretamente, mas apenas como um complemento ao seu objetivo transcendente de solucionar as disputas de forma justa e eficiente. Esta dicotomia básica remete para outros contrastes. Como o direito precisa de um encerramento, o processo jurídico de descoberta dos factos está sempre limitado temporalmente (...). (...) O direito tem de tomar uma posição com base nos factos que tem em mãos, por mais prematura que essa decisão possa parecer aos cientistas. (...) Para servir a sua necessidade de finais decisivos, o direito inventou um sistema complexo de regras e práticas para escolher qual acreditar quando existem incertezas quanto aos factos; estas regras e práticas por definição não são “científicas”. Elas incluem para começar as regras pelas quais o sistema jurídico determina que evidencia e que testemunhas são relevantes para a disputa em questão. Outro conjunto de regras jurídicas respondem ao problema de tomar decisões na base de evidências conflitantes. (Jasanoff, 1995, p. 8-10)

Sucintamente, o direito encontra factos para resolver disputas, enquanto a ciência faz afirmações para estender linhas prévias de investigação e permitir que outras surjam. Jasanoff (1995) chama ainda a atenção para as diferenças entre as determinações de credibilidade no direito e na ciência. O *ethos* da ciência defende que a verdade de uma afirmação deve ser avaliada independentemente dos atributos pessoais do indivíduo que faz a afirmação, enquanto nos julgamentos muitas vezes a credibilidade científica depende da credibilidade pessoal do/a perito/a e da sua capacidade de transmitir a sua opinião (Jasanoff, 1995, p. 55).

Em suma e como sugere Jasanoff (1995) é importante reconhecer tanto os paralelos, como divergências, entre as funções de produção de conhecimento do direito e da ciência. Ambas são instituições de procura de factos, mas combinam considerações normativas e epistémicas de forma distinta, de acordo com os seus imperativos institucionais (Jasanoff, 2004a). O direito, portanto, toma o caso como o seu teatro de operações e procura responder a questões que emergem dentro de contextos factuais restritos; a ciência tenta produzir factos que circulem para lá das circunstâncias da sua produção. Estes contrastes determinam que questões são consideradas relevantes de investigar, como as questões são colocadas, como e por quem é que o inquérito é levado a cabo e que *standards* de validade são aplicados a testar o conhecimento no direito e na ciência.

1.2 Direito, Ciência e Sociedade: retórica da neutralidade e universalidade

Nos processos judiciais, os/as juízes/as 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). A hegemonia da ciência e do direito modernos reside, de acordo com Boaventura de Sousa Santos (2005), precisamente na prerrogativa por eles assumida de representarem a realidade no que ela tem de mais verdadeiro, importante e válido. O autor chama, contudo, a atenção para os limites da representação científica e jurídica modernas e para a necessidade de investigar o contexto epistemológico social e político das construções científica e jurídica na busca de procedimentos ocultos que subjazem aos procedimentos manifestos.

Michel Foucault (1980) já havia demonstrado como a verdade não é uma força universal, a verdade é produzida e reproduzida, filtrada por uma complexa rede de relações sociais, mecanismos e interditos/tabus, sendo que, em última análise, não há “a” verdade, há uma “vontade de verdade”, um conjunto de práticas excludentes que classificam e distinguem o que é considerado verdadeiro e o que é considerado falso. 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. O que é falso não será reproduzido e assim cada sociedade institui e perpetua o seu “regime de verdade”, isto é, a produção do discurso é controlada, selecionada, organizada e redistribuída por pessoas com autoridade e por um conjunto de procedimentos bem

definidos. 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.

Neste contexto, Foucault argumenta que fazer a afirmação de ser ciência é na verdade um exercício de poder, porque ao reclamar a cientificidade é concedido menos estatuto e valor a outros discursos não-científicos, como a fé ou experiência, que são classificados como conhecimentos menores. Para o autor, 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. Nas palavras de Foucault (2002, p.80):

Não podemos nos contentar em dizer que o poder tem necessidade de tal ou tal descoberta, desta ou daquela forma de saber, mas que exercer o poder cria objetos de saber, os faz emergir, acumula informações e as utiliza. O exercício do poder cria perpetuamente saber e, inversamente, o saber acarreta efeitos de poder.

Michel Foucault (1997a; 2002) enfatiza, ainda, como as lutas de poder são uma parte intrínseca do próprio saber: sempre que é produzido conhecimento (saber), há uma reivindicação de poder. Assim, o “saber” não é somente saber, mas o que ele designa de “poder-saber”. Foucault (1980) defende que o saber não é uma procura pela verdade pura, é sim um processo de seleção de informação que permite que algo seja rotulado como “facto” e/ou “verdade” e que passa(rá) por um processo de ratificação, escrutinado por quem detém posições de autoridade e reproduzido nos seus instrumentos de poder (livros e artigos) e avaliado por outros também com poder – transformando-se assim em “senso-comum”. É neste sentido que Foucault (1980) descarta, 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.

Nesta linha, Carol Smart (1999) argumenta 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 resultados⁴⁷) para percebermos que o poder do direito se desenvolve de forma semelhante. O facto de o direito ser uma forma de discurso que pode fazer afirmações

⁴⁷ A autora faz ainda referência à prática diária do direito em que a versão legal das histórias se torna a única válida, correta, a versão verdadeira, o que concede poder ao direito e aos seus representantes.

de cientificidade e, portanto, de verdade, posiciona-o numa hierarquia de conhecimentos que permite desqualificar os “conhecimentos subjugados” e aumentar o seu poder.

Carol Smart (1999) reconhece, como sugere Foucault, que outras formas de regulação não-jurídicas (as disciplinas de Foucault) são cada vez mais importantes, mas defende que, por um lado, o direito pode utilizar estes mecanismos de regulação emergentes para aumentar o seu poder e, por outro lado, assiste-se a um processo crescente de juridificação de determinadas áreas. Além disso,

o direito tem o seu próprio método, o seu próprio campo de ensaio, a sua própria linguagem especializada e o seu sistema de resultados. Pode ser um campo de conhecimento que tem um estatuto inferior em relação às ciências consideradas «reais», não obstante, ele separa-se de outros discursos da mesma forma que a ciência (Smart, 1999, p. 9).

O método que os/as profissionais da magistratura usam para decidir casos – identificar e categorizar os factos, identificar os princípios legais pertinentes, através da seleção de precedentes e/ou da interpretação legal e aplicar a lei aos factos para chegar a uma conclusão - presume-se ser neutro, objetivo e imparcial, e produzir sempre a decisão "correta" (Smart, 1999). Consequentemente, no entender de Smart, o facto do direito preceder a ciência não o exclui da análise verdade/poder/saber proposta por Foucault (Smart, 1999, p. 74).

Nesta linha, a partir da década de 1980, 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, colocando em causa as narrativas convencionais da modernidade que apresentam estes dois campos de conhecimento e de ação como sendo regulados pelos princípios da universalidade e neutralidade (Machado, 2007, p. 58). As teorias críticas do direito e os estudos sociais da ciência conceptualizam o direito e a ciência, como duas das instituições que são constitutivas de consciência que ajudam a delimitar o mundo e (des)legitimam as relações sociais existentes, sublinhando o indeterminismo das regras, as contradições e dualidades internas e a consciência que o direito, tal como a ciência, não responde simplesmente a necessidades sociais, mas cria as próprias condições das quais estas emergem (Jasanof, 2007).

No âmbito da sociologia crítica do direito, a “crescente «sociologização»” da sociologia do direito (Guibentif, 2007, p. 114) tem, de acordo com António Casimiro

Ferreira (2014), contribuído para o surgimento de inúmeras propostas teóricas as quais se afastam de conceito de autorreferência e de valorização da autonomia do direito perante a sociedade – ou seja da concepção do direito como sistema autopoietico⁴⁸ - mesmo na perspectiva complexa e sedutora da teoria de Niklas Luhmann e dos seus seguidores, como é o caso de Gunther Teubner, entre outros. Um dos autores ‘clássicos’ que rompe com a teoria do direito autopoietico, ou seja, com a concepção de um direito totalmente livre do peso social, é Pierre Bourdieu (Ferreira, 2014). Pierre Bourdieu (1989) demonstra que o direito nasce a partir da sua relação com o mundo social, a permeabilidade do direito à sociedade constitui-se num elemento essencial na sua reprodução e afirmação enquanto ordem jurídica dominante, dando como exemplo da interdependência entre o jurídico e o social o desenvolvimento do direito social e do direito do trabalho no final do século XIX, o momento que terá historicamente correspondido a uma correlação de forças favorável aos dominados, criando, assim, condições para a emergência de uma esfera jurídica contrária ao pensamento liberal e à dogmática jurídica (Bourdieu, 1989, pp. 252-253).

As práticas e os discursos jurídicos devem ser tomadas como produto do campo jurídico, determinado por relações de forças sociais que o estruturam e por uma lógica que delimita os espaços possíveis do direito, onde os “operadores do direito” concorrem pelo monopólio do direito de dizer o direito (Bourdieu, 1989, pp. 212-225). O monopólio de “dizer o direito” assenta num processo complexo que envolve, simultaneamente, as competências técnicas e sociais dos agentes jurídicos e a sua capacidade de interpretar o *corpus* de textos e o reconhecimento de que o direito, embora legitime a ordem estabelecida e construa o mundo social, é ele próprio resultado da sociedade (Bourdieu, 1989). No entender de Pierre Bourdieu (1989) a universalização é um dos maiores mecanismos através dos quais se exerce a dominação simbólica. A norma jurídica consagra um conjunto coerente de regras oficiais e, por definição, sociais e universais, os princípios práticos do estilo de vida simbolicamente dominante, criando o efeito de universalização, que se poderia também chamar de efeito de normalização, aumentando o efeito da autoridade social

⁴⁸ De acordo com Ferreira (2014), para os defensores do sistema autopoietico e autoreferenciais as sociedades modernas são constituídas por uma série de subsistemas (direito, política, economia, ciência, arte, religião, etc.) todos eles fechados, autónomos, autocontidos, e autoreferenciados, cada qual com um modelo de funcionamento e um código próprios. O Direito é um desses subsistemas, um subsistema com comunicações jurídicas que funciona com o seu próprio código binário: legal/ilegal. O Direito só se regula a si próprio.

que a cultura legítima e os seus detentores exercem para dar toda a sua eficácia prática à coerção jurídica (Bourdieu, 1989; Ferreira, 2014).

De forma semelhante, a abordagem coproducionista vê as práticas de conhecimento como firmemente “situadas”, ainda que com fronteiras permeáveis que não só permitem que os fatores contextuais se infiltrem na e moldem a produção da ciência e da tecnologia; mas também, e igualmente, permitem que as conquistas científicas e tecnológicas reordenem a organização e a autopercepção da sociedade (Jasanoff, 2004a, p. 276).

(...) as formas pelas quais nós conhecemos e representamos o mundo (tanto a natureza como a sociedade) são inseparáveis das formas em que escolhemos viver nele. Conhecimento e as suas concretizações materiais são ao mesmo tempo produtos do trabalho social e constitutivas de formas de vida social; a sociedade não pode funcionar sem conhecimento da mesma forma que o conhecimento não pode existir sem o suporte social apropriado. O Conhecimento científico, em particular, não é um espelho transcendente da realidade. Ele tanto incorpora como está incorporado nas práticas sociais, identidades, normas, convenções, discursos, instrumentos e instituições. (Jasanoff, 2004b, p. 2-3)

A partir desta abordagem a ciência é entendida “nem como um simples reflexo da verdade sobre a natureza, nem como um epifenómeno do interesse social e político” (Jasanoff, 2004b, p. 3). Por outras palavras, este idioma rejeita tanto as simplificações do determinismo científico ou tecnológico como as do determinismo social, presumindo, por um lado que “o conhecimento e as suas materializações são produtos do trabalho social e, ao mesmo tempo, constitutivos de formas de vida social” e reconhecendo, por outro lado, “que a «realidade» é constituída por ligações complexas entre o cognitivo, o material, o normativo e o social” (Jasanoff, 2004a, p. 274).

Ao destacar os contextos em que os eventos ocorrem, e que estes reconstruem, o idioma coproducionista promove formas mais complexas de dar conta das causas e efeitos do progresso da ciência e da tecnologia, opondo-se radicalmente às histórias monolíticas e lineares. A abordagem coproducionista permite ainda identificar as escolhas normativas que têm lugar na resolução de conflitos, na classificação dos objetos científicos e sociais, na standardização das práticas tecnológicas, e na captação de conhecimento em diferentes contextos culturais (Jasanoff, 2004a, pp. 278-279).

Por fim, no entender de Jasanoff (2004a) a abordagem coproducionista chama a atenção para a já conhecida relação entre poder e conhecimento, de inspiração

foucaultiana. Revelando como a autoridade das afirmações científicas deriva não diretamente, da representação da realidade física, mas, indiretamente, da certificação de afirmações através de uma multitude de negociações informais, muitas vezes invisíveis, entre membros relevantes das disciplinas. A autora demonstra como uma rede complexa de pessoas, metodologias, registos visuais ou inscrições e instrumentos (que incorporam eles mesmos convenções sociais) têm de chegar a um entendimento por forma a estabelecer afirmações científicas como verdade. O conceito de *boundary work* permite dar conta precisamente deste processo de seleção e separação: “isto é, o desenho comunitariamente aprovado de linhas entre o «bom» e o «mau» trabalho dentro de uma única disciplina, entre diferentes disciplinas e entre “ciência” e outras formas de conhecimento autoritário”. Sheila Jasanoff (1995, 2007) dá como exemplos da interação coproducionista e do *boundary work* entre direito e ciência a figura da perícia judiciária e do/a perito/a, que se discute em seguida, argumentando que o direito constrói ativamente os factos científicos que presume encontrar, bem como as pessoas (testemunhas periciais) que encara como competentes para representar tais factos.

2 Perícia judiciária: do conceito legal ao conceito sociológico

A perícia pode ser definida como o recurso a um saber especializado para ajudar a resolver uma situação problemática (Castel, 1991), ou seja, perícia é procurar o conselho de um terceiro, num processo de avaliação e decisão. Nesta aceção comumente aceite o/a perito/a é um “mero” auxiliar ao serviço de um terceiro que tem a liberdade de utilizar a informação recolhida pelo/a perito/a e a responsabilidade da decisão. Os dois pólos, o da produção de conhecimento e o da tomada de decisão, são em princípio claramente identificados e distintos (Castel, 1991). Esta definição é consonante com a visão jurídica e a discussão jurisprudencial sobre a prova pericial.

Nos termos do artigo 388.º do Código Civil português:

*A prova pericial tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspeção judicial.*⁴⁹

⁴⁹ O artigo 467.º do Código de Processo Civil (CPC), revisto pela Lei n.º 122/2015, de 1 de setembro de 2015, estabelece as regras de nomeação dos peritos: 1 - A perícia, requerida por qualquer das partes ou determinada oficiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou

Nos processos cíveis, como os de regulação das responsabilidades parentais, aplica-se o princípio geral da liberdade de julgamento dos/as juizes/as no que se refere à admissibilidade em juízo dos meios de prova propostos pelas partes e no que respeita à determinação do valor probatório dos diversos meios de prova. De acordo com o número 5, do artigo 607.º, do Código de Processo Civil, “o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto”. Contudo, a livre apreciação e decisão da matéria de facto não inclui factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou aqueles que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes. A convicção do/a juiz/juíza deverá, em todos os casos, ser devidamente fundamentada, com a análise crítica das provas, a indicação das ilações tiradas dos factos instrumentais e a especificação dos demais fundamentos que foram decisivos para a convicção afirmada na decisão sobre os factos provados e os não provados, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraído dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência (cf. artigo 607.º, n.º 4, do Código de Processo Civil). Ou seja, a livre apreciação da prova por parte do/a juiz/juíza não significa compreensão discricionária ou arbitrária da prova, mas antes uma valoração racional e crítica.

serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um único perito, nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa, sem prejuízo do disposto no artigo seguinte; 2 - As partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência; havendo acordo das partes sobre a identidade do perito a designar, deve o juiz nomeá-lo, salvo se fundamentadamente tiver razões para pôr em causa a sua idoneidade ou competência; 3 - As perícias médico-legais são realizadas pelos serviços médico-legais ou pelos peritos médicos contratados, nos termos previstos no diploma que as regulamenta. Nos termos legais, o objeto da perícia é determinado pelo juiz, quando se trate de perícia oficiosamente ordenada, no despacho em que determina a realização da diligência, podendo as partes sugerir o alargamento a outra matéria (cf. artigo 477.º do Código de Processo Civil). Quando é a parte a requerer a perícia, esta deve indicar o objeto da perícia (cf. artigo 475.º do CPC), e incumbe ao juiz, “se entender que a diligência não é impertinente nem dilatária”, após audição da parte contrária sobre o objeto proposto, determinar, no despacho em que ordene a realização da diligência, “o respetivo objeto, indeferindo as questões suscitadas pelas partes que considere inadmissíveis ou irrelevantes ou ampliando-o a outras que considere necessárias ao apuramento da verdade” (cf. artigo 476.º do CPC). Nos termos dos números 1 e 2, do artigo 478.º do CPC “no próprio despacho em que ordene a realização da perícia e nomeie os peritos, o juiz designa a data e local para o começo da diligência, notificando-se as partes” ou, “quando se trate de exames a efetuar em institutos ou estabelecimentos oficiais, o juiz requisita ao diretor daqueles a realização da perícia, indicando o seu objeto e o prazo de apresentação do relatório pericial”. Assim, o resultado da perícia é expresso em relatório, no qual o perito ou peritos se pronunciam fundamentadamente sobre o respetivo objeto (cf. artigo 484.º do Código de Processo Civil). Nos termos do artigo 486.º do CPC, os peritos só estarão presentes na audiência final: “Quando alguma das partes o requeira ou o juiz o ordene, os peritos comparecerão na audiência final, a fim de prestarem, sob juramento, os esclarecimentos que lhes sejam pedidos.”

De acordo com Costa *et al.* (2002), a jurisprudência 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 juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador” (cf. artigo 163.º, números 1 e 2, do Código do Processo Penal).⁵⁰ Contudo, segundo Cristina Monteiro (1997, pp. 75-77), ao subtrair à livre convicção do tribunal o juízo técnico, científico ou artístico do/a perito/a nos processos penais pretende-se simplesmente não desvirtuar este último, sendo que o/a próprio/a juiz/juíza, se for *expert* na mesma área, poderá discordar e apresentar razões científicas válidas, para além de que o juízo pericial pode não constituir elemento decisivo na verificação de um determinado enunciado fáctico. É do conjunto de todos os meios de prova e não exclusivamente da prova pericial que o/a juiz/juíza há de extrair uma convicção final sobre a existência ou inexistência de cada facto (Monteiro, 1997).

Castel (1991) argumenta que a conceção dicotómica e separada do pólo da produção de conhecimento e da tomada de decisão deve-se ao facto de para a reflexão epistemológica clássica o saber da perícia ser uma categoria do conhecimento, enquanto a produção de normas é uma categoria da ação. Recorde-se que Faria Costa (2001) e Castanheira Neves (2003, 2013) defendem que a verdade jurídica é uma verdade prática e não uma verdade teórico-científica, ou seja, resulta dos objetivos práticos do direito e não está subordinada à verdade científica. Ou seja, desta perspetiva as normas jurídicas expressam um ponto de vista do direito que é,

⁵⁰ 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: 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. 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).

aparentemente, irreduzível aos fins dos dados positivos produzidos pelo/a perito/a. Porém, no entender de Castel (1991) esta dicotomia clássica ignora a complexidade e heterogeneidade das perícias judiciárias, enunciando mais o que a perícia devia ser, do que o que a perícia efetivamente é.

Neste sentido, Castel (1991) defende que existem dois tipos de perícia, a perícia técnica – em que há a subordinação de um saber técnico ao poder de decisão – e a perícia instituinte - em que o saber da perícia produz diretamente uma ordem normativa e regras jurídicas. No entender deste autor, o modelo ‘clássico’ e puro de perícia técnica não dá conta da complexidade e diversidade de situações existentes, sendo que a proliferação das atividades de perícia tem acontecido sobretudo nos termos do modelo de perícia instituinte. O modelo de perícia técnica pressupõe, por um lado, que o/a perito/a não está, em princípio, diretamente implicado no problema, mantendo uma relação de exterioridade, ou seja, objetiva e neutral. Todavia, o/a perito/a pode nem sempre guardar essa distância objetiva em relação ao demandante, podendo identificar-se, mais ou menos com ele, e ser tentado a responder aos seus interesses. Por outro lado, este modelo puro supõe a existência de um demandante autónomo, que utilizará ou reinterpretará as informações fornecidas pelo/a perito/a em função dos seus objetivos. Mas é raro que assim aconteça. Pelo contrário, o saber do/a perito/a não se limita a esclarecer as zonas de sombra ou a ajudar a resolver os litígios. Ele tende a ser o elemento que determina a decisão. O/a perito/a tornou-se, assim, em parceiro principal do processo de decisão. Porém, isto não significa que a perícia técnica se tenha tornado obsoleta ou arcaica. Segundo o autor, os dois tipos podem ser instrumentalizados simultaneamente, num mesmo momento histórico, incluindo pelos mesmos agentes (Castel, 1991), ou seja, admitir a dupla polaridade da perícia – técnica e instituinte – não implica necessariamente a preponderância de uma sobre a outra.

O autor coloca a hipótese, delineada em termos gerais, que o modelo da perícia técnica, na sua forma pura ou clássica, é particularmente adequado para responder a litígios em que do ponto de vista dos saberes se discutem razões essencialmente técnicas (como um acidente de viação) (Castel, 1991). Neste caso a ajuda à decisão é operada através da produção de informações tão objetivas e neutras quanto possível, que ficam subordinados ao poder de julgar que reserva em princípio a sua autonomia. Pelo contrário, a perícia instituinte coloca-se sobretudo em situações (médico-sociais

e sociais) em que os/as peritos/as qualificam e/ou legitimam certos comportamentos e desqualificam outros e constroem um universo relacional marcado por proibições, zonas de condutas prescritas e espaços de liberdade vigiada. Ora, quando as decisões são vinculativas para o destino do sujeito social, como é o caso da regulação das responsabilidades parentais, dificilmente poderá haver uma informação neutra e o saber do/a perito/a não se limita a ajudar a resolver os litígios com informações técnicas, este tende a ser o elemento decisivo no processo de decisão.

De forma semelhante Dumoulin (2000) defende que, embora a perícia seja vista pelo direito como uma mera técnica, uma ferramenta inerte, esta é na realidade um procedimento ativo, interativo e reativo, cuja emergência no campo judiciário não é nem trivial, nem inofensiva. A entrada da perícia na justiça numa interrelação com um corpo e uma lógica profana, tem consequências na economia do sistema de decisão. Os saberes agem como um recurso, mas também como constrangimento, suscetível de estruturar ou mesmo determinar a decisão, pelo menos de certos litígios. Mais concretamente, Dumoulin (2007) identifica três tipos de perícias: “procedimento racionalizante”, a perícia que oferece ao/à juiz/juíza os meios de realizar um exame informado dos litígios e oferece as garantias quanto ao tratamento do caso; “procedimento de atalho”, ela oferece comentários e soluções prontas, que o/a magistrado/a pode validar, em vez de fazer o esforço de construir um julgamento distinto; “procedimento limitativo”, a perícia produz resultados suscetíveis de colocar o/a magistrado/a numa posição não mais de decisor/a, mas sim de supervisor/a, ou seja, de instância de validação das decisões preestabelecidas pela perícia. Os esforços legislativos, regulamentares e doutrinários de manter o direito numa posição dominante não dão conta desta evolução da forma de julgar e dos fundamentos da decisão.

Assim, se a doutrina e os dispositivos formais tentam efetivamente reduzir a perícia a um recurso entre outros, ou seja, ao seu modelo clássico e puro, a observação de processos judiciais mostra, segundo Dumoulin (2000, 2007), que elas são bem mais do que um mero processo de produção e destilação de informações que o/a magistrado/a e/ou o/a advogado/a utilizam como entenderem. A conceção “decisionista” da relação entre conhecimento e direito parte de um ponto de vista parcial, limitado e restritivo. Esta ignora, por um lado, as transações e negociações existentes entre os dois pólos, o do conhecimento e o da decisão, e por outro lado, a

capacidade vinculativa dos saberes, que apreende como acessórios, e os efeitos do recurso a perícias nas decisões judiciais.

Autores como Dumoulin (2000, 2007), Castel (1991) e Bourcier e Bonis (1999) têm, por conseguinte, defendido que os relatórios periciais são não só fontes de ideias e argumentos para os atores da cena judicial, como ajudam a estabelecer certezas e podem ser vistos tanto como um mero recurso, como um constrangimento, e ser decisivos no pronunciamento de um juízo, isto é, na decisão judicial. As perícias não só perturbam o equilíbrio dos recursos disponíveis, como podem ainda configurar uma força de coerção, que se impõe ao magistrado/a. Neste sentido Dumoulin (2007, p. 202) propõe uma definição mais abrangente de perícia: “o conjunto de formas assumidas pela introdução de uma racionalidade técnico-científica na instituição, processo e decisão judicial”. Pese embora o/a perito/a não seja um profissional do direito, este participa na condução do processo e na preparação do julgamento, quer seja em matéria de administração das provas, de estabelecimento de factos ou de avaliação de responsabilidades. Assim, os/as peritos/as judiciários/as são atores técnico-científicos que, apesar da legitimidade não jurídica, intervêm nos mecanismos judiciários e, em especial, na construção da decisão judicial (Dumoulin, 2007). O poder do/a magistrado/a encontra o poder do/a especialista, com o qual tem necessariamente de lidar, tanto para melhorar a qualidade do serviço prestado pela justiça, como para legitimar, aos olhos dos litigantes, a ação judicial.

Nesta linha, os estudos sociais da ciência defendem que entre o mundo social da ciência e o mundo social do direito existem tanto continuidades como descontinuidades, que produzem “zonas de transação” (*trading zones*) – 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, como os relatórios periciais, 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, apresentam, simultaneamente, 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. Contudo, deve evitar-se, como Mertz *et al.* (2008) advertem, o mito da transparência interdisciplinar na relação entre direito e ciência, em especial com as ciências sociais.

Neste contexto, importa recordar o conceito de tradução alargada de Callon (2006, p. 203) sobre a atividade e os enunciados científicos, em que o autor procura demonstrar como é produzida a robustez dos enunciados científicos e como simultaneamente se cria espaço para a circulação de tais enunciados dentro e fora do laboratório. A noção de tradução refere-se ao conjunto de operações através das quais os enunciados se relacionam uns com os outros, mas também com os elementos materiais, as competências incorporadas nos seres humanos, com os procedimentos ou com as regras que permitem a movimentação dentro do laboratório e a passagem de um enunciado para outro (Callon, 2006, p. 235). Cada nova tradução resulta de investigações, de interpretações, de interações, de escolhas que não podem ser abstraídas das circunstâncias particulares em que têm lugar e que impedem uma visão determinista (Callon, 2006, p. 239). Todas essas interações podem ser analisadas como traduções, pois elas contribuem para a constituição de cadeias de tradução e através delas para a produção dos enunciados (Callon, 2006, p. 238). Porém, a atividade científica não se contenta com a produção de enunciados, ela procura fazê-los circular fora do laboratório. Todos os enunciados científicos estão, assim, presos em cadeias de tradução que colocam em relação entidades, algumas das quais estão no interior do laboratório e outras no exterior. As perícias judiciais enquanto objetos de fronteira, estão inseridos numa cadeia de traduções que vai desde o quesito do tribunal, até à receção e interpretação pelos/as peritos/as, que aplicam as suas metodologias e traduzem o trabalho em relatórios periciais que são novamente reinterpretados pelo tribunal.

Se, por um lado, as relações entre o direito e a ciência, visíveis no recurso judiciário a perícias, constituem espaços de interseção e de transgressão que conduzem os diferentes atores sociais a mobilizar esforços com o objetivo de estabelecer plataformas de entendimento e de cooperação (de tradução), por outro lado, impelem a trabalhos de “demarcação” (*boundary work*) tanto da parte dos/as cientistas forenses como do lado dos/as magistrados/as, no sentido de uns e outros reivindicarem e demarcarem as respetivas e específicas competências e autoridades disciplinares (Machado, 2007). Está-se, 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.

Neste sentido, as perícias judiciárias podem ser entendidas como “meios de exercer o poder e, ao mesmo tempo, regras de estabelecimento do saber” (Foucault, 1997a, p. 20), à semelhança do inquérito judicial que Foucault estudou. As perícias judiciárias assentam num sistema de poder que define o que deve ser constituído como saber (ou prova), como, de quem e por quem é extraído e o que é considerado para a decisão judicial. Este sistema de poder, por sua vez, apoia-se, tanto no poder jurídico e judicial (ex. legislação, jurisprudência), que estabelece as regras das perícias judiciárias, as legitima (ou não) e as recodifica ou traduz o discurso científico em linguagem jurídica, como no poder disciplinar das técnicas e métodos dos/as peritos/as e das suas disciplinas.

Nesta linha, e seguindo demonstrações iniciais que o direito constrói ativamente os factos científicos que presume encontrar, bem como os/as peritos/as que encara como competentes para representar tais factos, os estudos sociais da ciência recorreram ao conceito de *boundary work* para analisar as interações entre direito e ciência através das perícias judiciárias. De acordo com Jasanoff (1995), o trabalho de fronteira ocorre vulgarmente dentro do sistema jurídico quando os *fact-finders* fazem distinções entre apresentações válidas e inválidas de prova, sendo que os/as juízes/as são influenciados/as pelas suas próprias perceções do que é ciência e de quem é cientista quando certificam a credibilidade de um/a perito/a. Jasanoff (1995, pp. 43-44) alerta para o facto da procura jurídica de factos ser restringida não só pelos *standards* morais e éticos articulados pelos/as juízes/as, mas também por fatores sociológicos específicos tanto do direito como da ciência, incluindo as formas em que as testemunhas periciais são selecionadas e aculturadas para aparecer na sala de audiências, bem como dos processos gerais pelos quais as afirmações ganham autoridade na comunidade científica.

De acordo com Dumoulin (2007), num processo judicial a perícia ou discurso que é aceite como verdadeiro depende tanto da capacidade de uma disciplina de estabelecer as certezas e convicções, como de outros fatores. Ward (2004) identifica cinco fatores, que são exemplos de um único modo de raciocínio, o de inferência da melhor explicação, considerado crucial para a averiguação jurídica em geral (apuramento dos

factos) e para a avaliação do testemunho: 1) razões relacionadas com a base factual da perícia – ou seja, a perícia corrobora ou não factos trazidos a julgamento por outras perícias ou pelo testemunho dos familiares; 2) *the expert reasoning* – ou seja, o tribunal aprova o raciocínio do/a perito/a, quer referindo-se explicitamente a uma inferência feita por este, quer aceitando que o/a perito/a tomou em conta fatores relevantes e deu-lhes a devida ponderação; 3) as qualidades do/a perito/a ou do parecer – na retórica clássica, o *ethos* do orador – a sua reivindicação ou reputação em relação a qualidades como sabedoria, competência ou benevolência – era considerado pelo menos tão importante como o *logos* (a persuasão racional) e o *pathos* (o apelo às emoções da audiência), e o mesmo é indiscutivelmente verdade nas provas periciais (em que referências às qualidades pessoais do/a perito/a e à natureza detalhada e minuciosa dos relatórios são comuns); 4) teste do contraditório – a prova pericial ganha credibilidade se não for desafiada no interrogatório ou por um testemunho contraditório; 5) consenso – um importante fator de aceitação da prova pericial é a existência de acordo substancial quer entre os testemunhos quer entre uma série de peritos/as. Dumoulin (2007), por sua vez, sublinha ainda outros fatores, como o caráter mais ou menos rotineiro do litígio, a relação que une magistrado/a a perito/a e a capacidade deste corresponder ao modelo de perito ideal.

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/as magistrados/as e advogados/as. Como Zappulli (2005) observa a respeito dos processos judiciais em que um médico forense intervém, esta temática caracteriza-se por uma relação de codependência que se estabelece entre perito/a e magistrado/a, e que se manifesta nas respetivas práticas profissionais. Está-se, 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 “impura” (Costa e Nunes, 2001).

2.1 As perícias judiciais na regulação judicial das responsabilidades parentais: o caso português

A interação do direito com outros saberes na regulação das responsabilidades parentais é observável tanto ao nível da produção normativa, como foi referido, como ao nível da regulação judicial, que ocupa esta investigação. Com efeito, a partir de meados da década 1990, no centro do direito da família e das crianças e da regulação

das responsabilidades parentais, em particular, passou a estar um dos princípios fundamentais da Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, o princípio do superior interesse da criança, fruto da influência crescente que teorias e profissionais diversos tiveram na regulação da família (Fineman, 1988; Neale e Smart, 1997; Singly, 2006). Simultaneamente, a adoção de um critério indeterminado, como o superior interesse da criança, exigiu uma resposta individualizada, assente em critérios psicológicos ou comportamentais, para determinar, designadamente, que regime de regulação das responsabilidades parentais será no superior interesse de cada criança, o que se tem traduzido num maior envolvimento de psicólogos/as, psiquiatras e assistentes sociais na justiça de família e crianças (Kruk, 2011).

Em Portugal, a regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais deve ser decidida em processo de jurisdição voluntária,⁵¹ em harmonia com o superior interesse da criança, nos termos do artigo 180.º, da revogada Organização Tutelar de Menores (OTM) e do atual artigo 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), que remete para os princípios orientadores da intervenção estabelecidos na lei de proteção de crianças e jovens em perigo. O princípio do superior interesse da criança é definido por Bolieiro e Guerra (2009) como o interesse que se sobrepõe a qualquer outro interesse legítimo, seja o dos pais, seja o de 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. Por outras palavras, e como coloca Laborinho Lúcio (2010), o superior interesse da criança é o terreno privilegiado da intervenção dos/as peritos/as e técnicos/as, 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.

A procura de uma decisão judicial que tenha em atenção o superior interesse de uma criança específica, recorrendo se necessário a peritos/as de outras disciplinas,

⁵¹ Nos termos do artigo 986.º do Código de Processo Civil, nos processos de jurisdição voluntária “o tribunal pode (...) investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes”, sendo que “só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias”, e “não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso”. Nestes processos o juiz não está sujeito a critérios de legalidade estrita, “devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna” (artigo 987.º do Código de Processo Civil).

enquadra-se na tendência para a “individualização” ou para a procura de “respostas individualizadas”, que Bernheim e Commaille (2012) identificam como emergindo, após a década de 1970, com a crise do Estado Social. Neste contexto, acentua-se na decisão judicial a contradição entre a regra jurídica, de vocação geral, “universal” e uma evolução para uma singularização do tratamento, a exigência crescente de ter em conta a especificidade de cada indivíduo, apoiando-se para tal em critérios psicológicos ou comportamentais, oferecidos por outras disciplinas (substituindo as causas sociais por causas relacionadas com o indivíduo). De acordo com o professor de direito, Castanheira Neves (2003, p. 11-12):

se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais e manifesta-se como o acto judicativamente decisório através do qual, pela mediação embora do critério jurídico possivelmente oferecido por essas normas, mas com ampla atividade normativamente constitutiva, se cumprem em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito enquanto tal. Dir-se-á que nestes termos o pensamento jurídico recuperou o concreto, que vai na essencial vocação do direito.

No atual contexto metodológico, o problema da interpretação jurídica está, de acordo com Castanheira Neves (2003), a sofrer uma radical mudança de perspectiva: deixou de conceber-se tão-só e estritamente como interpretação da lei, para se pensar como *actus* da realização do direito. O que significa, por um lado, que a realização do direito não se identifica já com a interpretação da lei, nem nela se esgota; por outro lado, que não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito, antes é pela problemática autónoma e específica da realização do direito, e como seu momento metodológico-normativo, que se haverá de entender o que persista dizer-se interpretação da lei. A exigência da interpretação jurídica, enquanto tal, não tem fundamento linguístico-hermenêutico-exegético, ou seja, não se justifica tão-só para superar qualquer indeterminação significativa, como o caso do superior interesse da criança, ou sequer apenas para explicitar um sentido jurídico-textual – por outras palavras, ela não tem a sua condição necessária, seja na obscuridade das leis, seja na distância comunicativa que vai de um texto, posto que texto jurídico, ao seu leitor. A interpretação normativo-jurídico é sempre necessária enquanto momento metodológico-normativo de realização do direito através das leis ou por sua mediação.

Em Portugal, atualmente, os processos tutelares cíveis relativos à regulação das responsabilidades parentais^{52, 53} e, em concreto, a participação dos diferentes técnicos/as e peritos/as são regulados pelo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro. O Regime Geral do Processo Tutelar Cível revogou a Organização Tutelar de Menores, resultante da revisão pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro e das sucessivas alterações,⁵⁴ com o objetivo de “introduzir maior celeridade, agilização e eficácia na resolução desses conflitos, através da racionalização e da definição de prioridades quanto aos recursos existentes, em benefício da criança e da família” (Exposição de motivos). Por conseguinte, define novos princípios e procedimentos destinados a simplificar e a reduzir a instrução escrita dos processos, privilegiando, valorizando e potenciando o depoimento oral, quer das partes, quer da assessoria técnica aos tribunais e a resolução consensual dos conflitos (cf. artigo 4.º do RGPTC) nos processos tutelares cíveis, e, em especial, no capítulo relativo ao exercício das responsabilidades parentais e dos seus incidentes. Assim, esta Lei introduz sobretudo alterações processuais relativas à participação da assessoria técnica aos tribunais.

A Organização Tutelar de Menores previa no artigo 178.º, que, frustrada a tentativa de acordo dos pais, quanto às questões em discussão, na conferência inicial, e findo o prazo de alegações dos mesmos,⁵⁵ se procedesse a inquérito sobre a sua situação

⁵² O processo para a regulação judicial das responsabilidades parentais 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 ou não for pedida a homologação (cf. atual artigo 34.º do RGPTC, anterior artigo 174.º da OTM). Aplica-se ainda quando os pais cônjuges estejam separados de facto, ou não unidos pelo casamento (existindo uma rutura após tal convivência de facto) (cf. artigo 43.º do RGPTC). A ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais pode ser requerida por um dos progenitores ou pelo Ministério Público, em representação dos interesses da criança (artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, alínea a), do Estatuto do Ministério Público).

⁵³ A ação de regulação do exercício das responsabilidades parentais pode ser requerida por um dos progenitores ou pelo Ministério Público, em representação dos interesses da criança (artigos 3.º, n.º 1, alínea a), e 5.º, n.º 1, alínea b), e n.º 4, alínea a), do Estatuto do Ministério Público). O regime jurídico de 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, abrangendo, eventualmente, a administração de bens (artigos 1905.º e 1906.º da Lei n.º 61/2008).

⁵⁴ Uma vez que o trabalho de campo desenvolvido na tese reporta-se a processos findos em 2014 opta-se aqui por apresentar algumas das principais diferenças e proximidades entre estes dois regimes.

⁵⁵ 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.

social, moral e económica⁵⁶, a realizar pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais do Instituto de Segurança Social,⁵⁷ e, salvo oposição dos visados, aos exames médicos e psicológicos que o tribunal entenda necessários para esclarecimento da personalidade e do carácter dos progenitores. De acordo com o mesmo artigo (artigo 178.º, n.º 3, da OTM), podiam 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).

Já o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, em consonância com o princípio orientador da simplificação instrutória e oralidade, inscrito no artigo 4.º, a instrução do processo tutelar cível recorre preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente às declarações da assessoria técnica, prestadas oralmente e gravadas, em sintonia com os propósitos assumidos de celeridade, agilização e eficácia na resolução dos conflitos (Ramião, 2015). No mesmo sentido, só há lugar a relatório nos processos nos casos expressamente previstos no Capítulo III, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e desde que sua realização se revele de todo indispensável depois de esgotadas as formas simplificadas de instrução,

⁵⁶ Nos termos do n.º 3, do artigo 147.º-B da OTM, só havia 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).

⁵⁷ 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 Reestruturação 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), (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) 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, 2015). 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.

nomeadamente se forem insuficientes os depoimentos e as informações a que se referem as alíneas a), c) e d) do n.º 1 (Ramião, 2015). Além de que o RGPTC não inclui disposição idêntica à dos exames médicos e psicológicos, nomeadamente no elenco dos atos de instrução do artigo 21.º. Contudo, no entender de Ramião (2015), os exames médico-psicológicos não podem ser excluídos, se necessários, pois a leitura deste preceito não permite afirmar pela taxatividade desses atos de instrução para além de que o tribunal pode investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes. Em suma, esta alteração não retira protagonismo aos/às peritos/as, em especial às EMAT, pelo contrário, atribui-lhes novas competências, como a audiência técnica especializada. Assim, trata-se sobretudo de uma reconfiguração da intervenção dos/as peritos/as que passa a ser mais presencial e oral do que escrita.

Em consonância com uma das tendências atuais do direito da família, identificada por Eekelaar (2006), de promoção do direito de autorregulação dos pais, no sentido de reduzir os conflitos depois do divórcio, o novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível reforça o princípio de resolução por consenso ou acordo em detrimento de uma decisão judicial (cf. art. 4.º do RGPTC). A Organização Tutelar de Menores estabelecia já que o processo para a regulação das responsabilidades parentais visava regulamentar, por acordo, o exercício das responsabilidades parentais, impondo-se a regulamentação imperativa pelo tribunal, apenas, caso se frustrasse tal tentativa (Bolieiro e Guerra, 2009). A nova lei foi mais longe e instituiu a consensualização como um dos princípios orientadores da intervenção, estabelecendo que “os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audiência técnica especializada e/ou à mediação” (cf. artigos 4.º e 37.º do RGPTC). E, neste sentido, determina no artigo 38.º que caso se fruste a tentativa de consenso em sede de conferência de pais, o tribunal remete para mediação ou para a audiência técnica especializada, a realizar pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais do Instituto de Segurança Social. Nos termos previstos no artigo 23.º, a audiência técnica especializada em matéria de conflito parental consiste na audiência das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que melhor salvaguarde o interesse da criança, e inclui a prestação de informação ao tribunal centrada na gestão do conflito.

Como refere Sottomayor (2011), o acordo é encarado como um bem em si mesmo, pelo que, embora o tribunal assuma um dever de proteção das crianças, como parte mais fraca dentro da família, e também um dever de proteção dos cônjuges, sobretudo, daquele que fica com a guarda do/a filho/a, a prática judiciária confirma sistematicamente os acordos por falta de tempo e de meios para proceder a uma investigação que permita um controlo efetivo, preferindo os operadores judiciários concentrar os esforços nos casos litigiosos.

Por fim, nos termos do atual Código Civil, a decisão sobre a matéria de facto é elaborada pelo/a juiz/juíza na sentença, finda a audiência final. Segundo o artigo 607.º, números 3 a 5, do Código de Processo Civil, na sentença, em sede de fundamentação de facto, o/a magistrado/a judicial discriminará os factos que considera provados e não provados, e na fundamentação de direito, indicará, interpretará e aplicará as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final. Os processos de regulação das responsabilidades parentais são processos de jurisdição voluntária, ou seja, o/a juiz/juíza não só pode “investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes”, sendo que “só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias”, como não está sujeito a critérios de legalidade estrita, “devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna” (cf. artigos 986.º e 987.º do Código de Processo Civil). Contudo, por um lado, a livre apreciação e decisão da matéria de facto não inclui factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou aqueles que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes (art. 607.º, n.º 5, do Código do Processo Civil). Por outro lado, para a convicção do/a juiz/juíza ser legal e legítima, deverá, em todos os casos, ser devidamente fundamentada, com a análise crítica das provas, a indicação das ilações tiradas dos factos instrumentais e a especificação dos demais fundamentos que foram decisivos para a convicção afirmada na decisão sobre os factos provados e os não provados, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência (cf. art. 607.º, n.º 4).

Em suma, 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/as judiciais e do Ministério Público, passando por técnicos/as de serviço social, a médicos/as, pedopsiquiatras e psicólogos/as (Fernandes, 2012). Mais concretamente, o magistrado ou magistrada judicial ou do Ministério Público requerem a autoridade científica do/a perito/a para estabelecer como verdade determinados factos, sendo que na maioria das vezes, é na forma de um relatório pericial (ou de um testemunho) que este intervém. E, embora os juízes e juízas tenham liberdade de apreciação das recomendações, isto é, as recomendações destes profissionais não sejam vinculativas, as perícias são frequentemente influentes nos casos que vão a julgamento e na maioria dos casos a decisão final de um caso corresponde, em geral, às recomendações do/a perito/a (Bala e Antonacopoulos, 2007; Semple, 2011).

Múltiplos estudos sobre esta temática têm revelado consistentemente que em mais de 90% das decisões os/as juízes/as aceitam os pareceres elaborados por psicólogos/as, psiquiatras e assistentes sociais (Semple, 2011), ou seja, verifica-se uma taxa de concordância igual ou superior a 90% entre decisões e pareceres. Brun *et al.* (1981) concluíram que num total de 119 casos, de 1975 a 1976, na Dinamarca, em apenas 9 dos casos de guarda das crianças a autoridade judicial tomou uma decisão contrária às recomendações de psiquiatras e psicólogos/as. Num estudo americano, Ash e Guyer (1984) verificaram que em 119 casos, de 1978, 92% das decisões dos tribunais correspondiam às recomendações do serviço de psiquiatria infantil da Universidade Michigan quanto à guarda das crianças. Thèry (1989a) analisou 33 casos, de 1981, em Paris, em que foi requerida a avaliação por um assistente social ou psiquiatra e em todos eles a decisão judicial seguiu a recomendação destes. Os estudos qualitativos mais recentes desenvolvidos por Judith Mosoff (1997) e Mai Heide Ottosen (2006) concluem também que as perícias judiciais têm um forte impacto nas decisões judiciais. Ainda que, segundo Bala e Antonacopoulos (2007), possa existir uma tendência para dar mais peso a uma avaliação preparada por um profissional com um estatuto mais elevado, como um/a psicólogo/a ou psiquiatra, do que a uma preparada por um assistente social. Com efeito, o estudo desenvolvido por Semple (2011) sobre a taxa de concordância entre decisão judicial e recomendações de assistentes sociais, aponta para uma taxa de cerca de 52%, um valor relativamente baixo quando comparado com a taxa de concordância com outros/as peritos/as (83%), para o que ele avança duas hipóteses explicativas: 1) a diferença temporal entre a data do relatório e

a data da decisão – o valor probatório do relatório pericial diminuía para os/as juízes/as quanto maior fosse o atraso ; 2) juízes/as não estariam tão disponíveis para agir de acordo com o relatório de um/a assistente social como com o relatório de um/a psiquiatra ou psicólogo/a.

Em Portugal, esta é uma área ainda pouco explorada sobretudo pela sociologia, focando-se os estudos sociológicos existentes nas perícias forenses de ADN nos processos de averiguação oficiosa da maternidade e paternidade (cf. Costa, Machado e Nunes, 2002; Machado, 2007) e na inimputabilidade penal (cf. Fernandes, 2012). Contudo, os estudos da área da psicologia forense, em Portugal, têm apontado não só para um aumento das solicitações, como para uma elevada concordância entre as recomendações dos/as peritos/as e as decisões judiciais à semelhança dos estudos internacionais (Gonçalves, 2010; Manita e Machado, 2012). Num estudo sobre as perícias realizadas na Unidade de Consulta em Psicologia da Justiça (UCPJ) do Serviço de Consulta Psicológica e Desenvolvimento Humano da Universidade do Minho, até 2005, e contemplando 32 processos transitados em julgado, Castro *et al.* (2006) verificaram apenas um caso em que havia divergência entre a opinião veiculada na perícia e a decisão judicial, e um outro, referente a um processo de regulação do poder paternal com suspeita de abuso sexual, a decisão judicial é congruente com o parecer dos/as peritos/as em matéria de regime de visitas, ainda que considere o abuso não provado (quando a perícia considerava credível essa alegação). Os autores verificaram ainda que apenas em 6 casos não existiam alusões à perícia nos acórdãos de sentença, enquanto que em 18 era referida, não só a participação do/a perito/a bem como aspetos da perícia, e nos 8 acórdãos restantes havia lugar a transcrições diretas do relatório pericial. Mais recentemente, Andreia Machado (2008) encontrou resultados semelhantes, numa amostra de processos de regulação do poder paternal transitados em julgado (n=26) acompanhados pela UCPJ entre 1998 e 2007. A autora observou uma concordância total entre conclusões emitidas na perícia e decisão judicial constante dos acórdãos, com mais de três quartos deles (n=20) a transcreverem frases daquelas na sua fundamentação.

Num contexto de aparente deferência “cega” dos tribunais em relação às perícias e na sequência da contestação da base científica das avaliações e recomendações, algumas abordagens críticas propuseram a adoção de critérios de admissibilidade das provas periciais, estabelecendo juízes e juízas como *gatekeepers* em relação aos testemunhos

dos/as peritos/as e critérios para distinguir entre ciência válida e não válida (teste, *peer review*, taxa de erro, aceitação geral), o que se traduziu nos Estados Unidos da América na adoção pelo Supremo Tribunal do teste de Daubert (Jasanoff, 2001; Nelken, 2007). Autores como Kruk (2011), Fineman (1988) e Tippins e Wittmann (2005) defendem que é impossível para um/a perito/a fazer previsões rigorosas sobre os efeitos de diferentes regimes de guarda numa criança particular.

Como refere Picontó Novales (2012), os sistemas jurídicos de proteção de infância desenvolveram princípios normativos que permitiram aos profissionais da magistratura assumir basear as suas decisões em discursos científicos, acreditando que estavam a avançar para a proteção e garantia dos interesses das crianças e do seu bem-estar ao aplicar “verdades científicas”. Porém, as recomendações sobre qual o regime será no melhor interesse de uma criança são inevitavelmente baseadas, pelo menos em parte, nos valores e experiências pessoais e julgamentos clínicos dos/as peritos/as (Bala e Antonacopoulos, 2007). Para além das questões sobre a validade das avaliações dos/as peritos/as, emergem também preocupações nesta posição com a invasão por parte dos/as peritos/as na tomada de decisão judicial que devia estar reservada aos magistrados e magistradas judiciais (Semple, 2011).

Assim, na literatura emergem duas posições opostas, uma que questiona a validade científica das perícias e recomendações, defendendo, em última instância, que apenas juízes/as devem tomar as decisões (Fineman, 1988; Tippins e Wittmann, 2005), e que o processo judicial oferece uma forma de isolamento do viés pessoal da decisão que um processo de investigação não oferece. E outra que salienta o caráter específico e prospetivo das decisões judiciais relativas à guarda das crianças e defende a participação dos/as peritos/as nos processos de regulação das responsabilidades parentais (Bala, 2005; Bala e Antonacopoulos, 2007; Semple, 2011).

3 O género do Direito (e da Ciência): as teorias feministas do direito⁵⁸

Em seguida, a partir dos contributos das teorias críticas feministas do direito, discute-se como o direito, enquanto prática discursiva, reproduz ideologias de género e constrói mulheres e homens enquanto bons e maus pais. Sendo que, como se depreende da discussão anterior, não opera de modo homogéneo, socorrendo-se antes de uma diversidade de práticas e discursos interrelacionados com outros poderes e saberes provenientes de outras esferas da vida em sociedade (da família, da política, da religião, da ciência) (Machado, 2004, 2007; Smart, 1999).

Os estudos feministas, em conjugação com os movimentos sociais de defesa dos direitos das mulheres, trouxeram contributos inestimáveis em termos teóricos e metodológicos no domínio do direito e do género, apresentando uma forte crítica da retórica de universalidade e neutralidade do direito. O direito é um objeto de estudo ambíguo e controverso nos estudos feministas. A própria história do movimento feminista do século XIX revela até que ponto mulheres e grupos feministas identificaram o direito como uma das maiores fontes da opressão das mulheres e como, simultaneamente, tentaram usar o direito para melhorar a posição material e social das mulheres, tanto na família como na sociedade. Como sugere Carol Smart (1999) o desenvolvimento do direito é desigual: o direito é simultaneamente um meio de “libertação” e, ao mesmo tempo, um meio de reprodução da ordem social opressora; o direito tanto facilita a mudança, como é um obstáculo à mudança.

As críticas feministas ao direito remontam ao século XIX,⁵⁹ contudo, é nos finais da década de 1960 e inícios da década de 1970 que tiveram um impulso considerável, principalmente nos Estados Unidos, Reino Unido e em França, marcadas inicialmente

⁵⁸ Parte deste ponto segue de perto o relatório “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”, publicado em coautoria com João Pedroso e Patrícia Branco (2012), e “O poder do Direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart”, publicado por mim na revista *Ex Aequo* (Casaleiro, 2014).

⁵⁹ O século XIX marca o início das Teorias do Direito feministas cujos princípios correspondiam grosso modo à filosofia liberal de igualdade de direitos. Neste período o direito começou a desempenhar um papel ativo na opressão das mulheres, registando-se um crescimento da atividade legislativa e uma codificação das “incapacidades” das mulheres. À medida que o direito se tornou um veículo para estender direitos a diferentes categorias de homens, este excluía expressamente as mulheres (Smart, 1999). O direito formalizou as “deficiências” económicas e sociais das mulheres e, de muitas formas, estendeu-as e legitimou-as. Assim, num primeiro momento as campanhas feministas focaram-se na injustiça do direito e na negação dos direitos e liberdades básicos das mulheres.

pela luta pela igualdade (Machado, 2007). E pese embora a grande diversidade de abordagens feministas pode-se, em termos gerais, identificar três grandes correntes nos estudos feministas do direito: o feminismo da igualdade (início da década de 1970), o feminismo da diferença (final dos anos setenta) e o feminismo pós-moderno.⁶⁰

As reivindicações do feminismo da igualdade centraram-se, no início da década de 1970, na conquista da igualdade social, política, educacional, jurídica e económica, entre homens e mulheres. Este defende reformas jurídicas com base no modelo da igualdade formal, que enfatizavam as similitudes entre homens e mulheres e a desejabilidade de soluções de tratamento igual para os problemas legais (Bartlett, 1994). O reconhecimento que a magistratura tendia a ser um grupo predominantemente masculino, a identificação de leis que eram particularmente opressivas para as mulheres e a análise crítica de normas jurídicas que excluía mulheres ou lhes concediam menos direitos do que aos homens, levaram a que muitas feministas percebessem o direito como tendencioso ou prejudicial às mulheres, caracterizando-o como sexista. O argumento de que o “direito é sexista” sugere que o direito sofre de um problema de perceção (tendenciosa) que poderia ser corrigido, tornando, por exemplo, a linguagem neutra no que respeita ao género (ex. em vez de “marido” e de “mulher” passar a “cônjuge”).

Porém, durante a década de 1980 tornou-se cada vez mais claro que a igualdade formal é necessária mas insuficiente, ou até contrária à igualdade material (Beleza, 1990), despontando um dos problemas que classicamente se põem em relação à garantia da igualdade: a distinção entre igualdade jurídica (formal) e igualdade material (igualdade efetiva, no plano das relações sociais reais). Esta diferenciação foi inicialmente estabelecida, ainda no século XIX, pelo marxismo, que nisso fundamentou a sua crítica ao Estado liberal, na medida em que: 1) nem sempre a igualdade era instaurada (por exemplo, com a exclusão do voto feminino); 2) as liberdades reconhecidas a todos igualmente pelo direito, não podiam ser exercidas na

⁶⁰ Esta categorização não é isenta de críticas, nem “absoluta”, seguindo a proposta de Carol Smart (1999) e Bartlett (1994). A título de exemplo, pode encontrar-se nas obras de outras autoras, como a de Levit e Verchick (2006) e de McCorkel *et al.* (2000), propostas alternativas de categorização, que distinguem, por exemplo, a abordagem do feminismo da diferença, inspirado na obra de Carol Gilligan, *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, de 1982, da do feminismo radical (*standpoint feminism*), cuja autora mais conhecida é Catherine Mackinnon (1987).

mesma medida por todos, dada a diferença das condições sociais e económicas de cada um (Hespanha, 2007).

As críticas que emergiram em resposta concretamente às falhas da abordagem do tratamento igualitário das feministas liberais são de duas naturezas. Em primeiro lugar, as leis e as políticas que são *gender neutral* no seu conteúdo não são necessariamente *gender neutral* na prática. Em segundo lugar, a ênfase na semelhança oculta o facto de mulheres e homens não estarem situados na mesma posição social e económica. As leis *gender neutral* tratam as mulheres como se fossem homens, muito embora as mulheres ocupem posições diferentes no mercado de trabalho, ganhem comparativamente menos, tenham laços e exigências familiares maiores, sejam sujeitas a objetificação sexual e ocupem poucas posições de poder político (McCorker, Schmitt e Hans, 2000, p. 306). Por conseguinte, no final dos anos 1970 tem início a transformação do pensamento feminista, passando-se de um feminismo da igualdade (de assimilação) para um feminismo que reconhece e valoriza a diferença (Facchi, 2006)⁶¹, sob o epíteto “o direito é masculino”.

O feminismo da diferença, por sua vez, manifestou-se na procura de um tratamento especial, que concretizasse uma igualdade material, através da valorização da diferença, evidenciando a falsa neutralidade do direito. A crítica feminista ao direito como produto e instrumento da cultura masculina diz respeito não só aos seus conteúdos, mas também à sua natureza, salientando a forma como as normas jurídicas são construídas com base em modelos, categorias, interesses e valores predominantemente masculinos, como são aplicadas e interpretadas maioritariamente por homens e refletem o ponto de vista destes (Beleza, 1990; Facchi, 2006). Teóricas feministas, como Susan Okin, Carol Pateman ou Iris Marion Young, entre outras, defendem mesmo que a filosofia moral e política, as teorias da justiça clássicas e contemporâneas e, em concreto, a de Rawls, não incluem nem se aplicam às mulheres (Agra, 1994), sendo a Teoria do Direito, de facto, masculina (Beleza, 1990). A tradição da filosofia moral e política assenta numa ideia de indivíduo, de família e de sociedade que corresponde a um modelo patriarcal, masculino, que relega as mulheres

⁶¹ O debate sobre igualdade versus diferença teve, segundo Rosemary Hunter (2008), um efeito paralisador na teorização feminista sobre a igualdade. Os teóricos feministas e liberais avançaram com uma panóplia de argumentos quanto ao conteúdo mais útil, desejável ou defensável deste conceito, desenvolvendo noções como igualdade formal e substantiva (ou material), paridade, igualdade de oportunidades, igualdade de poder e reconhecimento das diferenças, entre outras.

para a esfera doméstica, esfera imutável, natural, e que, portanto, está fora do terreno da justiça (Agra, 1994). Na filosofia jurídica, quando se fala em pessoas, em seres humanos, está-se de facto a falar em homens, pode-se dizer que as mulheres ou estão ausentes ou surgem quando aparece a família⁶²:

Isso torna-se óbvio quando, via família, as mulheres aparecem em cena não como pessoas, cidadãs, mas como mães (atuais ou futuras ou potenciais) ou cônjuges, ou no seu relacionamento sexual com os homens. O major status feminino é o seu status familiar. Os homens existem por si e atuam por si como cidadãos, as mulheres existem enquanto fazem parte de uma família (Beleza, 1990, p. 390).

À semelhança da abordagem “o direito é sexista”, a abordagem “o direito é masculino” também apresenta um conjunto de problemas. Primeiramente, perpetua a ideia do direito unitário em vez de problematizar o direito e lidar com as suas contradições internas. Em segundo lugar, esta abordagem presume que qualquer sistema fundado supostamente em valores universais e elaboração de decisões imparciais serve de forma sistemática os interesses dos homens como uma categoria unitária, caindo no determinismo biológico. Nas palavras de Carol Smart (1999, p. 190), “o direito não serve os interesses dos homens como uma categoria homogénea da mesma forma que não serve as mulheres como uma categoria”. Por fim, qualquer argumento que dá prioridade à divisão binária entre masculino/feminino acaba por cair na armadilha de menosprezar outras formas de diferenciação (como a raça, classe, etc.).

Assim, e em termos gerais, as teorias feministas da igualdade e da diferença foram acusadas de essencialismo por outras correntes feministas, como o feminismo pós-moderno, tanto devido a falsas generalizações ou universalismos (falar sobre mulheres e sobre interesses das mulheres pressupõe muitas vezes um tipo específico e privilegiado de mulheres, ignorando as diferenças de raça, classe, etc.), como a erros “naturalistas” (utilização da categoria mulher como uma categoria natural e autoexplicativa), ou ao designado imperialismo de género (primazia das

⁶² A própria “família” não é submetida aos critérios e princípios da justiça nas teorias da justiça clássicas e contemporâneas. A exclusão da família compreender-se-á a partir da distinção entre esfera pública e esfera privada e da tendência, não racionalizada e raramente explícita, de fazer corresponder a família à esfera privada. Susan Okin (1991) foi uma das feministas que questionou a privacidade da família, ou seja, o argumento de que a família é uma esfera em que os poderes públicos e, por conseguinte, a teoria política não se devem intrometer, à exceção das situações definidas pelo direito privado, ou seja, quando os conflitos já não podem ser resolvidos no interior da família. Contudo, a “desregulação – ou simples falta de regulação – nestas matérias, em nome do respeito pela autonomia familiar e pessoal, é muitas vezes conservadora de situações injustas e violadoras de direitos humanos essenciais a cuja proteção o Estado deu tradicionalmente pouca atenção” (Beleza, 2002, pp. 84–85).

discriminações com base no sexo sobre outras) (Butler, 1990; Frug, 1992; Patterson, 1992; Smart, 1999).

Neste contexto, os estudos feministas pós-modernos propõem-se a analisar o direito como um processo de produção de identidades de género em vez de, simplesmente, observar a aplicação do direito a sujeitos com um género *a priori* e a compreender o direito enquanto discurso que constrói mulheres e homens e reproduz as relações de género, sublinhando a forma como poder e conhecimento estão dispersos e sedimentados através do direito (Kapur, 2006). O feminismo pós-moderno teoriza:

o sujeito enquanto produto de práticas significativas que o precedem e não como originador de significado. Adquire posições subjetivas específicas – ou seja, existência significativa, nas relações sociais – ao ser constituído através de atos discursivos estruturados. A subjetividade é assim o efeito de um conjunto de práticas ideológicas organizadas através das quais o indivíduo, por um lado, se situa no mundo e, por outro lado, o mundo e o eu se tornam inteligíveis (Ebert, 1988, pp. 23–24).

Esta abordagem vem na esteira da teorização pós-moderna, e especificamente da abordagem de Foucault⁶³, que defende que “as normas e não as leis são críticas; conhecimento e ciência, ao invés do Estado, são as fontes do poder. O poder não atua sobre os sujeitos humanos, mas cria-os” (McCorker *et al.*, 2000, p. 315).

Carol Smart, à semelhança de outras autoras pós-modernas como Frug (1992), propôs, por conseguinte, que o feminismo passasse a encarar o direito não como “sexista” ou “masculino”, mas como uma “estratégia” de género.⁶⁴

Para além disso, o direito deixa de ser um sistema que pode impor a neutralidade de género para ser redefinido como um dos sistemas (discursos) que é produtor, não só da diferença de género, mas de formas

⁶³ É de notar, contudo, que alguns autores desta abordagem, como Frug (1992), são críticos de Foucault, nomeadamente da minimização que faz do direito, argumentando que o direito pode não ser uma força central em nenhum regime de poder/conhecimento, mas que mesmo assim constrói determinadas verdades básicas sobre o corpo feminino, como é possível observar nas leis que regulam a sexualidade da mulher.

⁶⁴ Os epítetos o “direito é sexista”, o “direito é masculino” e o “direito tem género” correspondem, de acordo com Smart, a três estágios da reflexão da teoria feminista sobre o direito e consequentemente a três grandes correntes dos estudos feministas do direito: feminismo liberal - “direito é sexista”; feminismo radical - “direito é masculino”; e feminismo pós-moderno - “direito tem género” (*law is gendered*) (Smart, 1999). Esta categorização não é isenta de críticas, nem “absoluta”. A título de exemplo, Maria Drakopoulou (1997, pp. 112–113) considera que este formato evolutivo em que Carol Smart optou por apresentar o seu trabalho implica ordem, mudança e progresso expressos em termos de desenvolvimento histórico, o que foge de uma presença sincrónica e poliglota de muitos feminismos, proposta pela própria autora. Cada abordagem feminista tende então a ocupar um momento histórico particular e cada uma parece mais desenvolvida e mais sofisticada do que a anterior, consequentemente, o pós-modernismo é ele próprio um resultado inevitável dos desenvolvimentos na teoria feminista e a submissão a ele parece inevitável e não uma questão de análise ou inclinação pessoal.

bastante específicas de diferença polarizada. O direito é visto como criando tanto as posições gendered do sujeito, como (mais controversamente?) subjetividades e identidades a que o indivíduo fica vinculado ou associado (Smart, 1999, p.192).

Por outras palavras, o discurso do direito não é homogéneo. O direito é um dos discursos que reproduz constantemente as mulheres como sujeitos *gendered* e que naturaliza as diferenças entre os sexos (Smart, 1999, p. 82). Ou seja, as identidades de género e também o corpo sexuado são constantemente produzidos e reproduzidos através e no discurso jurídico. Assim, o direito não se limita a oprimir as mulheres, constrói-as (Butler, 1990; Frug, 1992; Smart, 1999). Neste sentido, Teresa Beleza (1990) alerta para o facto de que quando se discorre sobre igualdade ou discriminação entre sexos parte-se do princípio de que eles são pólos definidos e opostos entre os quais há diferenças com uma base biológica, pré-definida, pré-dada. Contudo,

a diferenciação entre mulheres e homens, com a extraordinária relevância que assume na vida de cada um de nós, é socialmente construída⁶⁵: o sexo biológico só assume sentido enquanto e na medida em que esse sentido lhe é socialmente atribuído. (...) A prática social e os discursos científicos criam as diferenças entre mulheres e homens, investindo na variação biológica um código de sentidos sobre funções, comportamentos, atributos. O Direito é um dos campos de produção dessa diferença, enquanto lei, justiça e prática (Beleza, 1990, pp. 403–404).

O direito é um dos muitos discursos através do qual os sujeitos são constituídos. Embora o sujeito seja constituído em e através de múltiplos discursos, o direito é um discurso particularmente autoritário pela sua pretensão de verdade e por poder colocar outros discursos ao seu serviço (Smart, 1999). Por outras palavras, o direito não opera nem de modo homogéneo nem isolado, socorrendo-se de uma diversidade de práticas e discursos inter-relacionados com outros poderes e saberes, como a medicina, a psicologia ou a psiquiatria (as perícias) (Machado, 2004, 2007; Smart, 1999) – como referido nos capítulos anteriores. O direito (em interação com outros saberes) constrói e reconstrói o significado de masculino e feminino, masculinidade e feminilidade, e contribui para a perceção de senso-comum da diferença, em que assentam as práticas sexuais e sociais que o feminismo procura desafiar (Smart, 1999, p.79), ou seja, as relações patriarcais. Porém, tanto Danny Lacombe (1998) como Shelley Gavigan

⁶⁵ É, neste sentido, que as teorias feministas procuraram distinguir *gender* (género) de sexo, usando o primeiro para referir-se à construção sociocultural dos comportamentos, atitudes, valores e sentimentos de homens e de mulheres e o segundo às características anatómicas dos corpos (genitais, morfológicas e hormonais) (Fariñas Dulce, 2006). Pese embora esta distinção e a utilização do termo género se tenha disseminado nos estudos académicos como tradução de *gender*, em Portugal, Virginia Ferreira (1996) defende que este é um termo difícil de traduzir para português e que se o que se pretende é acentuar o carácter relacional e construído das identidades masculinas e femininas, é preferível falar de relações sociais de sexo.

(2000) alertam que o direito não pode ser visto simplesmente como uma força determinante na definição de mulher, o direito deve ser pensado como um local de luta sobre os significados de género. Ou seja, o discurso jurídico deve ser entendido como um discurso complexo e contraditório e um local de luta discursiva, que nem sempre opera da mesma forma, nem produz os mesmos resultados, como sugerem Ratna Kapur (2006, p.102) e Dorothy Chunn e Dany Lacombe (2000). Nesta linha diferentes estudos internacionais revelaram como ideologias dominantes de família e género, a par de outras relações sociais de opressão (como a classe, a deficiência, a pobreza), continuam a influenciar a lei e a prática judiciária de regulação das responsabilidades parentais (Boyd, 2003; Moloney, 2001), contribuindo para a (re)produção das desigualdades de género e construção da identidade feminina e masculina (Smart, 1999).

3.1 A regulação das responsabilidades parentais à luz das abordagens feministas do direito

A partir dos anos 1980, a legislação internacional e nacional relativa à guarda das crianças foi “declarada” um domínio “neutral”, onde o “superior interesse das crianças” está em primeiro lugar e as mães e os pais têm direitos e deveres iguais (Boyd, 2003). Ora, a adoção de critérios *gender neutral*, como o superior interesse da criança, e da guarda conjunta ou alternada como opção ou modelo preferencial na maioria dos países ocidentais levou a que as críticas feministas tenham excluído num primeiro momento a questão da regulação das responsabilidades parentais e da guarda das crianças da sua análise crítica (Bartlett e Stack, 1986; Boyd, 1989b).⁶⁶ Nas palavras de Boyd (1989b, p. 126), “as normas legais *gender neutral* sobre a guarda de crianças, que afirmaram a capacidade, tanto do pai, como da mãe, para cuidar das crianças, permitindo que ambos os pais obtivessem a guarda da criança, pareciam progressivas”. Esta legislação punha em causa os estereótipos tradicionais que confinavam a mulher à casa e ao cuidado das crianças e promovia em teoria a autonomia e independência das mulheres - reconhecendo a igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges, no que respeita à partilha do poder e dos encargos familiares,

⁶⁶ Sendo que nos anos 1970, as críticas e os movimentos feministas centraram-se, precisamente, em eliminar legislação que incorporava presunções estereotipadas sobre o papel da mulher enquanto mãe, cuidadora, como o critério da preferência maternal, que conferia à mulher um estatuto de subordinação na sociedade e na família (Boyd, 1989b; Sottomayor, 2011).

ao respeito mútuo e à cooperação, e, em especial, uma maior participação dos homens nos cuidados das crianças.

Contudo, as transformações sociojurídicas no sentido da promoção da partilha das responsabilidades parentais e da igualdade de género não significam que a ideologia e as concepções tradicionais de maternidade, paternidade e família tenham desaparecido, verifica-se, sim, uma redefinição destas ideologias e concepções, emergindo novos ideais de parentalidade *gendered* (Boyd, 1996, 2003; Collier, 2008; Collier e Sheldon, 2008). Algumas autoras defendem mesmo que a ambiguidade dos princípios neutros de regulação das responsabilidades parentais facilita a emergência ou reprodução subtil de distinções de género, associadas aos papéis parentais, nas decisões tomadas judicialmente (Moloney, 2001; Parente e Manita, 2010; Sottomayor, 2011). O direito – quer a lei, quer as instituições judiciais – emerge 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 este contribui para a reprodução de determinadas ideologias, sejam estas emancipatórias ou não (Pedroso *et al.*, 2012, 2014; Santos, Santos, Duarte, Barradas e Alves, 2010). Porém, sob a capa aparente de neutralidade não raras vezes o direito mais não faz do que reproduzir o *status quo* em vigor (Santos *et al.*, 2010, p. 26). É neste sentido que críticas feministas pós-modernas como Olsen (1984) defendem que devemos ir além de uma análise que argumenta que o direito é um agente direto ou um símbolo de autoridade masculina para uma análise que investiga a complexa interação de ideologias tendo em atenção questões particulares como a guarda das crianças.

De acordo com Gavigan (1988), o conceito de ideologia pode ser particularmente útil num momento em que o direito não parece ser um instrumento direto do patriarcado. Por ideologia, as feministas pós-modernas entendem um conjunto de práticas com significado que constituem subjetividades e produzem as relações pelas quais os sujeitos estão conectados às relações dominantes de produção e distribuição de poder num determinado momento histórico (Ebert, 1988, p. 24). Assim, num contexto de desaparecimento progressivo de princípios patriarcais explícitos no direito, bem como de menor visibilidade do impacto do género na interpretação e aplicação do direito, registou-se uma mudança do pensamento das feministas do direito “como instrumento do patriarcado” para o direito “como ideologia patriarcal”, que produz e reproduz desigualdades de género.

As teorias feministas do direito contribuíram em grande medida para uma abordagem crítica do legado marxista do conceito de ideologia, ao proporem uma abordagem multidimensional do mesmo, que focasse as relações estabelecidas entre as relações de género, a sociedade capitalista, o sistema jurídico as configurações da família e do sistema de trabalho, pressupondo que existem diversas formações ideológicas, baseadas em várias práticas e movimentos sociais e não um conjunto monolítico e coerente que impõe às classes dominadas uma visão e uma consciência do mundo falsas (Boyd, 1989b, pp. 127–128). Esta abordagem diversificada do conceito de ideologia permite compreender as inter-relações entre diversas ideologias e como o sistema jurídico desempenha um papel multifacetado, heterogéneo e raramente linear (Boyd, 1989b; Machado, 2007). Simultaneamente, permite criar um certo distanciamento das abordagens que preconizam uma relação direta entre a ideologia do patriarcado e a opressão das mulheres, sem deixar de entender o direito como um palco privilegiado para a reprodução e a reafirmação de diferenças de género (Boyd, 1989b; Machado, 2007).

Com o desaparecimento progressivo de princípios jurídicos patriarcais explícitos no direito vigente, bem como o facto de na interpretação e aplicação do direito o género do destinatário da norma estar menos visível, teve como consequência que o direito deixou de ser entendido, pelas teorias feministas do direito, como um instrumento do patriarcado, mas sim como legitimador e reproduzidor da ideologia patriarcal. Esta conceção, de acordo com Gavigan (1988), exige dois níveis de análise (na produção, interpretação e aplicação do direito): o primeiro, é a identificação da natureza ideológica das doutrinas e princípios jurídicos (igualdade, superior interesse da criança, etc.); o outro nível de análise implica averiguar até que ponto o próprio judiciário, na aplicação do direito, utiliza e incorpora pensamento ideológico, que formalmente é externo ao direito.

Os estudos feministas da década de 1980 analisaram, assim, como o direito relativo às responsabilidades parentais (re)produziu, em diferentes épocas, uma ideologia ou ideal dominante de maternidade (Bartlett e Stack, 1986; S. Boyd, 1989a; Fineman, 1988; Polikoff, 1981; Sandberg, 1989). Este ideal de maternidade assenta num conjunto de expectativas de senso-comum que podem ser resumidas a: as mães cuidarem a tempo inteiro das suas crianças; este cuidado deve ocorrer num contexto de uma família nuclear heterossexual, vista como natural e intemporal; as mães

devem colocar os seus interesses em segundo plano em relação aos dos seus filhos e/ou filhas; devem ser sexualmente puras e oferecer um bom modelo a seguir (Boyd, 1996).

Este modelo é uma criação histórica recente, resulta do processo sociohistórico de construção de uma imagem idealizada assente no pressuposto de que a maternidade envolve uma relação emocional intensa e cuidados maternos à criança, em famílias nucleares, cujo centro são as crianças (Ariès, 1988; Badinter, 1985, 2010; McMahon, 1995; Monteiro, 2005; Shorter, 1995). E é, neste sentido, que Badinter (1985) defende a contingência do amor maternal, enquanto fruto das circunstâncias históricas que, a partir de meados do século XVIII, é visto como um valor natural e social. Este processo sociohistórico decorreu ao longo de vários séculos podendo identificar-se o seu início no século XIX, ainda que as suas origens se encontrem antes, nos séculos XVII e XVIII, altura em que se dá uma transformação das representações sociais da infância e, consequentemente, das práticas com ela relacionadas.

Com efeito, a partir do final do século XVIII começa a desenhar-se uma imagem renovada da mãe: “A era das provas de amor começou. O bebé e a criança tornaram-se objectos privilegiados da atenção maternal. A mulher aceita sacrificar-se para que o/a seu/sua filho/a viva, e viva melhor, perto dela” (Badinter, 1985, p.144). A literatura revela um aumento considerável das responsabilidades das mães a partir do final do século XVIII, desenhando-se uma imagem renovada da mãe:

(...) amor maternal (...) significa não só a promoção do sentimento, mas também a da mulher enquanto mãe. O foco ideológico, deslocando-se insensivelmente da autoridade para o amor, ilumina cada vez mais a mãe em detrimento do pai, mergulhando progressivamente este último na sombra (Badinter, 1985, p. 144).

Após 1760, multiplicaram-se as publicações que recomendavam às mães que se encarregassem dos/as seus/suas filhos/as pessoalmente e que os amamentassem. A mulher passa a ter a obrigação de ser mãe, e é construído o mito do sexto sentido das mães que ainda continua vivo, passados mais de duzentos anos, valorizando o instinto maternal e o amor natural da mãe pelo/a filho/a (Badinter, 1985, 2010; Monteiro, 2005). O século XIX representa um período em que se acentuaram a valorização da infância e dos métodos a ela associados e as ideias acerca de um modelo de maternidade adequado, baseado no instinto e no amor materno. Mais concretamente, o século XIX início do século XX é marcado por um familiarismo que tinha conotações específicas de sexo e reforçava concepções da mulher como “anjo da casa”,

cujo destino biológico e social era a maternidade (McMahon, 1995; Monteiro, 2005). Este período é marcado também por esforços no sentido da “educação das mães”, passando-se de uma crença no instinto e amor maternal, como condições suficientes para uma boa performance da mulher como mãe, para uma crença absoluta na ciência e nos métodos científicos na formação para a maternidade (McMahon, 1995; Monteiro, 2005).

Por fim, em meados do século XX observa-se uma viragem decisiva na determinação do modelo cultural de maternidade que temos ainda hoje em dia. Neste período, posterior à II Guerra Mundial verifica-se um reforço da ideologia da maternidade: a criança sacralizada continua a ser a figura central, com a inovação de que o seu desenvolvimento e realização dos seus desejos passam a ser fins em si mesmos, baseados no conhecimento científico de técnicos/as e peritos/as (McMahon, 1995; Monteiro, 2005). Ora, esta ideologia da maternidade desempenhou um papel determinante na construção e reforço das relações de género e na divisão entre a esfera pública e privada ao longo de diferentes períodos históricos, embora tenha mudado ao longo do tempo. Nas palavras de Boyd (1989a, p. 117):

Atribuir as responsabilidades da maternidade e do cuidado das crianças às mulheres como algo "natural" e "inevitável" teve consequências nos papéis desempenhados pelas mulheres não apenas no espaço doméstico, mas também no mercado de trabalho, onde as mulheres tendem a prestar serviços de limpeza e outros serviços. A divisão do trabalho doméstico e do mercado de trabalho beneficia os homens em termos de poder e reconhecimento e cria um "desincentivo" para os homens (e as mulheres de carreira) participarem na educação das crianças. A ideologia da maternidade contribui, portanto, para uma ideologia familiar geral que promove uma diferenciação dos papéis de género dentro e fora da família.

E pese embora a ideologia da maternidade não tenha sido originalmente produzida na esfera jurídica, esta foi (re)produzida e legitimada pelo sistema jurídico. O discurso legal foi incorporando e traduzindo estes modelos ideais na regulação das responsabilidades parentais. No início do século XX, a valorização da ligação maternal na educação infantil levou ao declínio do modelo do *pater familiaes*, culminando na adoção da chamada doutrina dos “tenros anos” e à preferência maternal na atribuição da guarda das crianças⁶⁷ (Neale e Smart, 1997; Sottomayor,

⁶⁷ Embora em Portugal não existisse qualquer princípio ou norma jurídica que estabelecesse esta regra, a análise jurisprudencial aponta também neste sentido, ou seja, para a utilização do critério da preferência materna (cf. Sottomayor, 2011). Sendo que a Constituição da República Portuguesa, em 1976, no número 1, do artigo 68.º mencionava apenas a insubstituível ação em relação aos filhos por parte da mãe: “O Estado reconhece a maternidade como valor social eminente, protegendo a mãe nas

2011). Ora, de acordo com Boyd (1996), a ideologia da maternidade permite compreender porque é que um campo em que as mulheres pareciam ser “bem sucedidas”, ou por outras palavras em que estatisticamente as mulheres obtinham mais frequentemente a guarda das crianças do que os homens, pode ser problemático de uma perspetiva feminista. Autoras como Boyd (1989a, 1989b), Smart (1984) e Olsen (1984) analisaram como os/as magistrados/as assumiam que as mães que se adequavam ao ideal de maternidade deviam receber a guarda das crianças, como “recompensavam” essas mães com a guarda das crianças e como os pedidos de guarda eram mais difíceis de obter ou eram mesmo recusados às mulheres que se afastavam do ideal de maternidade, situada dentro do modelo dominante de família nuclear, heterossexual e de classe média. Estes estudos demonstram como os aspetos prejudiciais da regulação das responsabilidades parentais operavam tanto ideológica, como materialmente. Isto é, mesmo quando mulheres individuais “ganhavam”, conceções problemáticas sobre maternidade e feminilidade eram reproduzidas ideologicamente de tal forma que as mulheres enquanto grupo perdiam. Com efeito, se com o critério da preferência maternal parece, por um lado, ter-se contrariado o critério patriarcal do pai enquanto chefe de família e valorizar-se a mãe enquanto sujeito de afetos e maior proximidade no quotidiano e crescimento dos/as filhos/as, por outro, tal não deixou de significar um reforço do estereótipo relativo ao papel social da mulher e a sua estreita ligação à maternidade, numa lógica claramente patriarcal.

Contudo, também esta ordem normativa foi sendo gradualmente desafiada (Neale e Smart, 1997) e, nos anos 1980, a legislação relativa à guarda das crianças foi declarada um domínio neutral, onde o superior interesse das crianças estava em primeiro lugar e as mães e os pais tinham direitos iguais (Boyd, 2003). Sendo que na década de 1990, as reformas da legislação procuraram consubstanciar e aprofundar estas alterações enfatizando a importância da manutenção dos laços com ambos os progenitores e promovendo a guarda e as responsabilidades partilhadas (Boyd, 2003). Entre a década de 1980 e a década de 1990, a emergência de novos modelos de família e a diluição dos papéis de género fixos, a reconceptualização da responsabilidade económica e financeira dos pais e do lugar que os pais separados

exigências específicas da sua insubstituível ação quanto à educação dos filhos e garantindo a sua realização profissional e a sua participação na vida cívica do país”.

desempenham no bem-estar e desenvolvimento das crianças, a par da pressão de associações de pais divorciados que reivindicavam e reivindicam igualdade na consecução da guarda das crianças, contribuíram para emergência de uma preocupação pública com o “pai ausente” no contexto do divórcio ou da separação.

Neste contexto, Smart (1991), Fineman (1988) e Drakich (1989), entre outras autoras, a partir de meados da década de 1980, defendem que no direito da família e das crianças a ideologia da maternidade foi dando lugar à ideologia da paternidade, combinada com o princípio do superior interesse da criança. Os pais já não são concebidos como progenitores incompetentes ou não envolvidos, pelo contrário são visto como cuidadores e socializadores legítimos das crianças, estendendo-se as fronteiras da paternidade para além da imagem do provedor e disciplinador para incluir a participação no cuidado da crianças, numa passagem descrita como de “*cash to care*” (Collier e Sheldon, 2008). O direito, apoiado no discurso das ciências psicológicas, ao sublinhar a importância da relação entre pai e filho/a desvaloriza o papel real que as mães desempenham, assumindo que não é diferente do do pai. A versão extrema deste ponto de vista pode, por vezes, como refere Fineman (1988), caracterizar os "cuidados maternos" como patológicos e prejudiciais às crianças, sendo que este estereótipo não tem sido contestado. O discurso da parentalidade partilhada de assistentes sociais, psicólogos/as e psiquiatras encontrou compatibilidade retórica com outros esforços de reforma do direito da família que também incorporaram noções de igualdade, parceria e neutralidade de género.

Boyd (1989a, 1996) defende, no entanto, que a ideologia da maternidade não desaparece, apenas se alterou. As transformações legais revelam como “as construções ideológicas dos papéis de género dentro da família não permanecem estáticas, mas adaptam-se de acordo com as condições materiais mutáveis” (Boyd, 1989a, p. 129). Com efeito, o reconhecimento da igualdade formal, a crescente participação das mulheres no mercado de trabalho e a diluição dos papéis de género fixos e da divisão público/privado, a par da emergência de novas normas sociojurídicas sobre a partilha das responsabilidades parentais teve impacto nas conceções tradicionais sobre a parentalidade. A título de exemplo, o reconhecimento de que as mães empregadas fora de casa podem ser cuidadoras primárias das crianças, indica que a visão tradicional e burguesa da mãe-doméstica, pelo menos a nível superficial, se desvaneceu (Boyd, 1996, p. 497). E embora o modelo normativo de

maternidade tenha efeitos diferentes consoante diferentes fatores, como a raça, a classe, a orientação sexual e a deficiência da mãe, este continua a ser uma ferramenta de análise útil. Consoante o contexto, a ideologia da maternidade muda, mas não desaparece, de resto a efetividade da ideologia assenta precisamente na sua natureza flexível e muitas vezes contraditória.

De forma semelhante, Collier (2008) defende que pese embora os papéis tradicionais dos pais comecem a ser desafiados e fragmentados prevalecem referências aos mesmos nos discursos judiciais, em especial ao papel do pai heterossexual e provedor, “ganha-pão”. A expectativa é que os pais-homens estabeleçam uma relação afetuosa e de cuidado com a(s) criança(s) e sejam simultaneamente o seu principal suporte económico.

Ao reconhecer a coexistência da mudança e da continuidade, os pais continuam, em certos contextos jurídicos, a ser considerados garantes da ordem social e familiar, principais responsáveis pelo sustento económico da família. A ideia de que o principal compromisso do pai deve ser com o emprego e não com o cuidado das crianças continua a ser forte, veja-se como exemplo o ênfase dado no Child Act de 1991, inglês, à obrigação dos homens de prover financeiramente os/as filhos/as (Collier, 2008, p. 181).

As políticas de família portuguesas refletem também a tensão entre a continuidade e a mudança nas conceções dominantes de maternidade, paternidade e família. Em Portugal, o estudo de Wall (2010b) sobre as políticas de família conclui que estas assentam, por um lado, na valorização de um pai mais participativo, mas que ainda é o provedor principal da família e, por outro lado, de uma mãe que trabalha sem deixar de ser, nos primeiros tempos de vida dos/das filhos/as, a principal cuidadora das crianças pequenas, sublinhando as continuidades na mudança. No entender de Wall (2010b, p. 93), uma das principais tendências das políticas públicas em Portugal, desde o fim dos anos 1970, no que diz respeito ao lugar do homem e da mulher na família caracteriza-se por uma atitude favorável: 1. “em relação ao emprego feminino a tempo inteiro, independentemente do estado civil e parental”; “à igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges, no que respeita à partilha do poder e dos encargos familiares, ao respeito mútuo e à cooperação, a qual é explicitada nas leis de família, sem, no entanto haver uma definição única e obrigatória, como no passado, de como se devem organizar, concretamente, os papéis de género na família”; “a um modelo de conciliação família/trabalho baseado no padrão do duplo emprego” através de licenças de maternidade/paternidade e oferta de serviços de guarda para crianças

pequenas; 4. “uma atitude favorável a um novo lugar do homem na família enquanto pai”. As leis e as licenças estabelecidas nos anos 1990 são explícitas e sublinham claramente a vontade do Estado em promover uma paternidade nova, mais partilhada do ponto de vista dos cuidados na altura do parto (licença de 5 dias), abrindo, por outro lado, a porta para uma partilha da licença de “maternidade” e para um curto período de 15 dias pagos se forem gozados pelo pai. É uma medida de política familiar que interpela os homens-pais a desenvolver o seu papel paterno, reforçando a importância da sua presença junto da criança desde o nascimento. No entanto, é uma interpelação que assenta fundamentalmente em dois pontos: na ideia do pai mais presente desde o início e no conceito do pai-substituto ocasional da mãe (por opção dos dois) a seguir a esse período. De resto, e até 2009, a licença de maternidade continuou a chamar-se licença por maternidade, apesar de poder ser partilhada, e a licença de 5 dias a intitular-se licença por paternidade, como se de dois papéis parentais, de natureza diferentes, se tratasse.

Neste contexto, nos últimos anos diferentes autores têm demonstrado como o discurso jurídico continua a reproduzir ideologias dominantes da maternidade, paternidade e família, ainda que reformuladas. Collier (2008) defende que da passagem, em meados do século XX, de “direitos para responsabilidades” emerge uma nova forma (genderizada) de falar sobre a parentalidade, em que enquanto as mães são sujeitas a um nível de vigilância, escrutínio e regulação pelas leis a que os pais não são (Boyd, 1989b; Smart, 1984), as ideias sobre o homem de família casado e o bom pai são também transformadas, num contexto de um modelo de família, como uma unidade familiar igualitária e complementar (Collier, 2008).

Lynn Schafran (1985) identifica três estereótipos mais marcantes refletidos nas decisões judiciais tanto do direito da família como do direito penal, mostrando como a ideologia da maternidade não desapareceu, mas apenas se reformulou: “Maria”, a mulher casta/doméstica, para quem a maternidade é a suprema realização, e inábil para tomar qualquer posição que implique autoridade sobre outras pessoas; “Eva”, a eterna tentadora que leva os homens a delinquir, e que é também agente da sua própria vitimização, designadamente nos crimes sexuais; e a “supermulher”, aquela que está no mercado de trabalho em plenas condições de igualdade salarial com os seus colegas homens, e que dispõe, em consequência, de recursos próprios para, por si, se sustentar e aos/às seus/suas filhos/as, sem necessidade, portanto, de qualquer

ajuda por parte do pai dos/as seus/suas filhos/as. Madalena Duarte (2012), adaptando a categorização de Schafran, identificou três tipos de vítimas, não necessariamente exclusivas, nem excludentes no discurso dos/as magistrados/as: a “vítima inocente”, que fez um grande esforço para manter a família e a relação afetiva, apesar de ser seriamente agredida fisicamente, enquadrando-se no tipo ideal da “Maria”; a “vítima tão culpada quanto o agressor”, a “Eva”, em que há uma atenuação da gravidade do comportamento do agressor, por atos da vítima tidos como provocatórios (por exemplo, infidelidade ou comportamento agressivo); a vítima “supermulher”, uma mulher economicamente independente, e com uma carreira profissional bem sucedida, surge como a antítese das outras “vítimas”, verificando-se uma resistência em admitir que mulheres com tais características se submetam a uma situação de violência numa relação de intimidade, sobretudo quando esta é prolongada.

De forma semelhante, Boyd (1996) argumenta que a ideologia da maternidade continua a operar, ainda que de alguma forma transformada, quer num contexto da visão normativa da família nuclear heterossexual, quer na variação da supermãe que trabalha e consegue responder às necessidades dos/as seus/suas filhos/as, sem recorrer ao apoio do Estado. Por um lado, a ideologia continua a ditar que as crianças devem crescer numa família nuclear com um homem e uma mulher, ainda que modificada ou em casas separadas, e espera-se que as mães que recebem a guarda das crianças continuem a desempenhar o papel de boas mães ao serem razoáveis e facilitarem o contacto entre as crianças e o pai. Por outro lado, a supermãe é uma versão moderna do ideal tradicional de mãe, que marginaliza mães pobres ou que não reúnem as características do “sucesso maternal”, sendo que muitas mulheres por mais que se esforcem não se encaixam nem neste novo modelo ideal, nem no modelo tradicional.

Os trabalhos de Boyd (1996, 2003), Moloney (1993, 2001), Mosoff (1997) e Gavigan (2000) entre outros demonstram como quando as mulheres não se enquadram nestas expectativas, como lésbicas, mães empregadas ou mães beneficiárias de assistência social ou com deficiências, tipicamente não são bem vistas sob uma lei que privilegia determinados modelos de maternidade e conseqüentemente não têm sucesso nos casos de disputa da guarda. Mais concretamente, as mães têm mais probabilidade de serem bem sucedidas se parecerem estar de acordo com o estereótipo de autossacrifício

maternal em nome dos/as filhos/as. E, pelo contrário, os pais⁶⁸ tendem a ser mais bem sucedidos quando as mães são consideradas de alguma forma inadequadas. O que leva a que mulheres e homens tenham experiências muito distintas nos processos de regulação das responsabilidades parentais, consoante se adequem ou não às conceções dominantes (Altman, 1996; Boyd, 2003; Moloney, 2001).

Em Portugal, Helena Machado (2007) na sua análise de jurisprudência e decisões judiciais dos processos de investigação da paternidade identifica um modelo de feminilidade: a mulher que à partida tem mais probabilidades de ver reconhecida em tribunal a paternidade do/a seu/sua filho/a é aquela que tem um só parceiro sexual; que era virgem aquando da primeira relação sexual com o pretenso pai do menor; que tem uma profissão considerada socialmente aceitável; que não frequenta espaços públicos durante a noite; que manteve com o pretenso pai um relacionamento amoroso com o conhecimento público; que teve relações sexuais num espaço privado (no interior de uma casa) e que não se envolveu com um homem casado ou de estatuto social superior ao seu.

No que respeita concretamente à regulação judicial das responsabilidades parentais, os estudos, em Portugal, apontam para a prevalência da atribuição da guarda à mãe (Pedroso *et al.*, 2014; Silva *et al.*, 2009; Sottomayor, 2011). De acordo com Sottomayor (2011), as atribuições de guarda aos pais homens dizem respeito a situações particulares, tratando-se basicamente de homens com trabalho flexível, por comparação a mulheres com trabalho a tempo inteiro, homens a residir com os avós paternos dos menores, com irmãos ou com uma companheira pré-disposta a cuidar dos menores. O que sugere a prevalência da conceção tradicional do ideal de maternidade, que penaliza as mulheres pelo facto de exercerem uma atividade remunerada a tempo inteiro, pelos menores rendimentos ou, em alguns casos, pela sua conduta social.

O estudo de Silva *et al.* (2009) conclui, de forma semelhante que os critérios para atribuição da guarda das crianças aos homens revelam-se mais exigentes do que os relativos às mulheres, naquilo que denominam de situações de exceção. De qualquer forma, se é certo que as decisões judiciais a este nível têm de alguma forma seguido

⁶⁸ Não obstante a atribuição da guarda a favor do pai acontecer em menos de metade dos casos, também há evidências de um certo ceticismo judicial sobre a sua capacidade de cuidar dos filhos sem o auxílio de uma figura materna, e/ou ceticismo sobre os planos dos pais para reduzirem a sua dedicação ao trabalho (pago) (Moloney, 2001).

em favor das mulheres, nem sempre ficando claros os critérios para não atribuição do poder paternal e guarda aos pais homens, por outro lado, a mobilização das mulheres neste contexto surge de forma claramente mais efetiva, nomeadamente pelos pedidos expressos pelas mesmas, verificando-se no caso dos homens, para além de baixos índices de contestação às alegações ou decisões, valores elevados no que toca ao incumprimento no pagamento das pensões de alimentos. O que segundo os autores sugere a permanência de certos padrões patriarcais ao nível da família e da sociedade em geral, com as mulheres a manterem um vínculo privilegiado à educação e cuidado dos/as filhos/as, senão mesmo das tarefas domésticas.

Se situações de “favorecimento” legal daqui podem advir, tal não deixa de ser penalizador em termos da obtenção de uma igualdade de género, sendo que o papel estereotipado da mulher e o seu vínculo à ideia de maternidade, parecem continuar a significar diferentes condições perante o trabalho e a sociedade em geral, ainda que a sua presença nas diferentes esferas sociais seja hoje um dado incontornável (2009, p. 208).

3.2 Regulação, controlo e disciplina

Os estudos sociojurídicos têm também chamado à atenção para os efeitos disciplinadores e de controlo das famílias, de mulheres e homens, de mães e pais, do direito e da justiça da família e das crianças e, em particular, da regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais (Boyd, 2003; Gavigan, 2000; Machado, 2007; Singly, 2011). Num contexto de isomorfização do direito da família em relação às ciências sociais (Santos, 2005), o direito parece, como sugere Foucault (1980), comportar-se menos como “sanção”, como poder soberano, e mais como norma, incorporado num contínuo de discursos disciplinares. Por outras palavras, o que se defende aqui é que, não só não existe uma incongruência entre direito e disciplina(s), entre o poder do direito e o poder disciplinar, como sugerem a doutrina e autores da autopoiese (Aroso Linhares, 2003; Castanheira Neves, 2003; Luhmann, 1988; Teubner, 1993), como o direito da família e a regulação judicial das responsabilidades parentais, em particular, assumem características de poderes disciplinares.

Jacques Donzelot (1977), inspirado por Michel Foucault, defende que, desde o século XVIII, proliferaram um conjunto de tecnologias políticas de organização familiar - “polícia das famílias” - para a proteção da infância, que tinham como objetivo estabelecer uma forma de governo através dessa instituição, conformando e moldando os indivíduos à sociedade industrial e capitalista. A família é considerada o lugar privilegiado de promoção do bem-estar e de proteção das crianças e,

simultaneamente, em caso de falha, é vista como uma fonte de problemas sociais e o seu “policiamento”, através designadamente dos tribunais de família e menores, é considerado o único garante da correção da incompetência familiar ou parental. Donzelot (1977, p. 12) apresenta um entendimento alargado de “polícia”: “não no sentido estritamente repressivo que lhe damos hoje, mas numa aceção muito ampla, que abrange todos os métodos de desenvolvimento da qualidade das pessoas e do poder da nação”. A proteção da infância assume, assim e desde o início, um carácter disciplinador, repressivo – de “polícia da família” (Donzelot, 1977) - na medida em que penetra no seio da família, intervindo nela, procurando moldá-la. Sendo que como refere Collier (2001, p. 525), “tal disciplina da vida social envolveu, (...), não só a internalização individual dos controlos dentro do Estado liberal, mas também questões de sanção, censura (...) em torno das ideias do que constitui uma boa mãe, um bom pai, um «bom» progenitor. Isto é, questões de género”.

De acordo com Singly (2010), paralelamente ao processo de individualização e autonomização dos atores e privatização da família, a esfera privada socializa-se, porque a vida familiar depende de forma crescente das intervenções do Estado. Este é um dos paradoxos da família contemporânea, o duplo movimento de privatização versus socialização da família, ou seja, ao mesmo tempo que se regista uma maior valorização da intimidade e qualidade das relações interpessoais, observa-se também maior intervenção do Estado sobre o grupo familiar. A família contemporânea é simultaneamente individualista e relacional, mas também privada e pública. No livro “Sociologia da Família Contemporânea”, Singly demonstra a dependência da família contemporânea em relação ao Estado, a partir do exemplo da escola. A família é caracterizada como um espaço no qual os indivíduos acreditam proteger a sua individualidade, ao mesmo tempo em que sofrem intervenção do Estado mediante o apoio e a regulação sobre as relações dos seus elementos, no que ele designa de “controlo estatal da família relacional”.

Nesta linha, vários estudos feministas (Boyd, 2003; Gavigan, 2000; McMahon, 1995; Mosoff, 1997) revelaram como historicamente as mulheres foram sujeitas a processos de “identificação, explicação e disposição como (ou, na verdade, como não) membros da família de formas particularmente opressivas” (Collier, 2001, p.526). A maternidade surge como algo intrínseco à natureza da mulher, como algo “natural” e inato, e como necessitando, ao mesmo tempo, de formação, vigilância, regulação e

disciplina (Badinter, 2010; Monteiro, 2005; MacMahon, 1995). Contudo, como defende Collier (2001), não pode ignorar-se que o direito da família e da justiça produz entendimentos normativos também sobre o que é, ou o que deveria ser, a (suficientemente) “boa” paternidade. Implícitas em questões como o que constitui uma família “saudável”, um “bom” casamento e/ou divórcio e uma “boa” educação. Em suma, o “policiamento” das famílias é exercido sobre mulheres e homens, mães e pais, embora aparentemente as mães sejam sujeitas a níveis de vigilância e escrutínio maiores do que os pais.

Nos últimos anos, como já foi referido, o Estado, para promover os direitos das crianças e as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção e, conseqüentemente, reforça o controle das relações familiares por via judicial, administrativa e social (Pedroso, 2011; Pedroso e Branco, 2008). Com efeito, e como coloca Irène Théry (1989), seria ingénuo ver a promoção e proteção do superior interesse da criança apenas como um sinal da maior atenção dada às necessidades, dificuldades e direitos da criança. O conceito de “superior interesse da criança” desenvolve-se necessariamente numa imagem geral do que deve ser a “boa” organização familiar pós-divórcio, apontando um ou mais modelos de vida familiar após o divórcio.

De acordo com Piconó Novales (2012), o superior interesse da criança e o princípio da manutenção dos laços com ambos os progenitores, com a difusão do princípio da responsabilidade conjunta promove o “modelo da família indissolúvel, apesar do divórcio”. Assim, como defende Gavigan (1988, p. 293) o ideal de família, apesar das referências neutras de género de “cônjuge” e “progenitor” e da consagração da possibilidade de divórcio na legislação, ainda é considerado como uma relação social, sancionada pela lei e, de preferência, pela religião, que compreende um adulto masculino, um adulto feminino, e os/as seus/suas filhos/as biológicos/as ou adotados/as, que deve prevalecer mesmo depois da separação. Os pais divorciados são encorajados a olhar para a parentalidade como um compromisso para a vida em que eles vão partilhar os mesmos direitos, deveres e obrigações que tinham enquanto casados, promovendo-se o que Collier e Sheldon (2008) designam de “divórcio responsável”. Para além disso, o “bom divórcio” é aquele em que os pais estão de acordo quanto à organização futura da família, verificando-se uma estigmatização do

conflito parental como sendo prejudicial para a criança e como um sintoma da incapacidade de ultrapassar a crise conjugal (Théry, 1989b).

A regulação judicial das responsabilidades parentais apresenta, assim, um conjunto de elementos, que se enquadra no que Foucault (1977) identifica como características do poder disciplinar: a vigilância ou observação hierárquica individualizada, o julgamento normalizador e a existência de pequenas sanções e recompensas. Em primeiro lugar, a regulação das responsabilidades parentais implica uma vigilância ou observação hierárquica e “individualizada” das famílias por parte dos/as magistrados/as judiciais, com poder de decisão, mas também de outros profissionais (como psicólogos/as e assistentes sociais), responsáveis pela avaliação de cada membro da família e da família como um todo (através das informações e inquéritos sociais e dos exames médicos e psicológicos) e, muitas vezes, pela monitorização do cumprimento da decisão judicial.⁶⁹ Por conseguinte, acentua-se na decisão judicial a contradição entre a regra jurídica, de vocação geral, “universal”, que Foucault (1980) caracteriza como sendo característica do direito, e uma evolução para uma singularização do tratamento, característica segundo Foucault das disciplinas, a exigência crescente de ter em conta a especificidade de cada indivíduo, apoiando-se para tal em critérios psicológicos ou comportamentais, oferecidos por outras disciplinas (substituindo as causas sociais por causas relacionadas com o indivíduo).

Em segundo lugar, à semelhança das disciplinas, a regulação judicial das responsabilidades parentais opera através de julgamentos normalizadores e/ou normas, designadamente quanto ao destino e guarda da criança, à sua residência habitual (no sentido de decidir com qual dos progenitores a criança irá residir habitualmente), à fixação do regime de convívio do progenitor a quem o/a filho/a não é confiado e à fixação dos alimentos a prestar pelo progenitor não guardião.⁷⁰ A título de exemplo, a guarda da criança, estabelecida na decisão judicial de regulação do

⁶⁹ Por exemplo, em processos judiciais particularmente complexos e conflituosos o/a magistrado/a pode determinar que a EMAT faça o acompanhamento do cumprimento da regulação provisória respeitante aos convívios entre a criança e o progenitor não-residente.

⁷⁰ Cf. artigos 1905.º e 1906.º da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro: “Artigo 1905.º - Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, os alimentos devidos ao filho e forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor. Artigo 1906.º - (...) 5 - O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.”

exercício das responsabilidades parentais, deve ser confiada ao progenitor que promove o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, que tem mais disponibilidade para satisfazer as suas necessidades e que tem com a criança uma relação afetiva mais profunda e considerando a preferência da criança, quando esta queira e possa exprimi-la (Sottomayor, 2011), consubstanciando o superior interesse da criança.

Por outras palavras, à semelhança das disciplinas a regulação judicial das responsabilidades parentais opera através de “julgamentos normalizadores” relativos à capacidade parental dos progenitores, estabelecendo as características dos progenitores que garantem o superior interesse da criança, tal como o exército ou a escola estabeleciam, no entender de Foucault (1977), as características dos bons soldados ou de crianças obedientes. Simultaneamente, na regulação judicial das responsabilidades parentais estabelecem-se um conjunto amplo de normas relativas ao comportamento dos pais após a separação, como a fixação do regime de convívios ou da pensão alimentar, mas também de “atitude”, como a obrigação de não contrariar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo outro progenitor e de partilha das responsabilidades nos atos de particular importância.

Em terceiro lugar, tal como as disciplinas, também a regulação judicial das responsabilidades não assenta em punições, mas numa mistura de pequenas penalizações e recompensas (sem menosprezar a importância emocional que estas têm para as pessoas envolvidas) associadas à atribuição ou retirada da guarda e residência habitual das crianças, ao regime de convívios ou ao exercício partilhado ou em exclusivo das responsabilidades parentais. Um pai ou uma mãe que não corresponda aos critérios enunciados anteriormente pode ver, por exemplo, o seu acesso aos/às filhos/as limitado. Boyd (1996) chama a atenção em particular para os efeitos perniciosos do princípio de manutenção de contacto com ambos os progenitores e a promoção do contacto alargado com o progenitor não-residente: espera-se que as mães se esforcem por fazer resultar os regimes de guarda e visitas, as mães que o fazem são vistas como melhores e mais razoáveis, as mães que não mudam de cidade para que os filhos mantenham o contacto, respondem a um ideal reformulado de autosacrifício maternal.

Capítulo 3

Roteiro de Pesquisa dos Processos de Regulação das Responsabilidades Parentais

Introdução

Neste capítulo pretende-se, num primeiro momento, apresentar as opções metodológicas adotadas no decorrer da investigação, discutindo a estrutura do modelo analítico, sistematizando-se as hipóteses da investigação e especificando-se a operacionalização dos conceitos e a justificação do objeto empírico da pesquisa, e os métodos e técnicas adotados, designadamente a recolha documental e análise de conteúdo de processos tutelares cíveis e, complementarmente, as entrevistas a atores judiciais e não-judiciais. Discutem-se, ainda, os problemas relativos ao trabalho de campo, em especial as opções tomadas quanto à recolha e tratamento da informação empírica.

Num segundo momento começa-se por caracterizar os processos tutelares cíveis que compõem a amostra, resultante da recolha documental, quanto à espécie processual, requerentes, atos processuais (incluindo perícias judiciárias) e duração, para em seguida caracterizar as perícias judiciárias solicitadas pelo tribunal quanto ao tipo, sujeito(s) da perícia, tempos e consentimento. Em seguida, descrevem-se as famílias e as crianças dos processos através de algumas variáveis sociodemográficas (sexo, idade, nacionalidade, local de residência, agregado familiar, profissão e rendimento do agregado) e relacionadas com o processo (citação edital, proteção jurídica, representação por advogado/a), procurando-se situar algumas das suas práticas num contexto familiar e estrutural mais amplo.

1 Roteiro da Pesquisa

Quem são os/as peritos/as envolvidos na regulação judicial das responsabilidades parentais? Que tipo de perícias são solicitadas pelos/as magistrados/as e pelas partes?

Qual o papel que cada perito/a e/ou perícia desempenham? Como interagem entre si? Como as perícias judiciais são utilizadas nas decisões judiciais? Que ideologias e conceitos de género, família etc. produzem e reproduzem? Estas interrogações sustentam-se nos contributos teóricos da sociologia do direito, dos estudos sociais da ciência e dos estudos feministas apresentados nos capítulos anteriores. Optei, nesta pesquisa, por não limitar o quadro analítico a uma única perspetiva teórica, preferindo uma pluralidade de abordagens.

Este estudo enquadra-se, no entanto, na tradição da sociologia do direito que pode ser considerada como “um caminho de integrar o estudo do direito em ação dentro da sociologia” (e das diferentes abordagens sociológicas), “sem ignorar as especiais necessidades metodológicas e organizacionais da investigação e debate neste campo” (Guibentif, 2003, p. 179). Enquanto projeto científico interdisciplinar (Arnaud e Fariñas Dulce, 1996) a sociologia permite acabar com o fechamento normativo e discursivo do direito produzindo um conhecimento mais adequado acerca da realidade social (Cotterrell, 2001). Por isso, a sociologia do direito constitui-se num campo de estudo diverso que permite analisar a interação do direito na sociedade ou, neste caso, a interação do direito com as perícias judiciais.

A estratégia metodológica adotada neste projeto de investigação assenta em quatro pilares fundamentais: no recurso ao conceito de coprodução e na definição sociológica e abrangente de perícia judicial, proposta por Dumoulin (2007), em vez da jurídica, como elementos estruturadores do modelo de análise; e na análise documental, como principal técnica de recolha da informação, e nas entrevistas, como técnica complementar, numa triangulação metodológica (Burgess, 1997).

1.1 Modelo analítico

Face às atuais mudanças sociojurídicas é cada vez mais frequente o recurso a perícias judiciais no âmbito da regulação das responsabilidades parentais. O aumento das ruturas familiares e a explosão das disputas judicializadas sobre a custódia das crianças, a par da (re)publicização dos direitos das crianças e da crescente exigência de respostas individualizadas na determinação do “superior interesse da criança” na regulação judicial das responsabilidades parentais obrigam a refletir sobre o papel das perícias judiciais e dos/as peritos/as nas decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais.

A definição na decisão judicial do regime de regulação das responsabilidades parentais, quanto à guarda e às visitas, que mais se adequa ao “superior interesse da criança”, deriva da conjugação da análise factual, oferecida pelos relatórios periciais (nos dados da investigação sobre as dimensões “extrajudiciais” a valorar, assim como na individualização da avaliação dos casos e no conhecimento específico e detalhado da família e da criança), e da aplicação dos princípios legais, mas também da interpretação e aplicação subjetiva de princípios indeterminados (Bernheim e Commaille, 2012; Manita e Machado, 2012; Parente e Manita, 2010). Assim, como defendem Bala e Antonacopoulos (2007) e Kruk (2011), as recomendações sobre qual o regime será no melhor interesse de uma criança são inevitavelmente baseadas, pelo menos em parte, nos valores e experiências pessoais de peritos/as e magistrados/as, em especial, quanto às qualidades desejáveis dos pais e da educação das crianças (Bartlett e Stack, 1986).

Deste modo, levantam-se duas questões: em primeiro lugar, saber como magistrados/as e peritos/as agem e interagem nas decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais; em segundo lugar, saber em que medida concepções dominantes de família e género influenciam as perícias e (consequentemente ou não) a decisão judicial, (re)produzindo identidades e desigualdades sociais de género. São estas as questões de partida da investigação.

As respostas estruturam-se, primeiramente, em torno de um conceito central: o conceito de coprodução (da decisão judicial). Tal como explicitiei anteriormente, a abordagem coproducionista permite compreender como direito e ciência são instituições semiautónomas sujeitas a influências mútuas (Nelken, 2007) e, em especial, como as ideias de verdade e de justiça são coproduzidas no contexto dos processos judiciais (Jasanoff, 2004c). Neste caso, permite desvendar como as decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais são coproduzidas através da ação e interação de magistrados/as e peritos/as, que estabelecem entre si correlações e complementaridades, que supõem que cada um mantenha, até certo ponto, as suas especificidades. Sendo que o direito e a ciência são campos do conhecimento e da ação sujeitos a contingências e a incertezas, social e historicamente condicionados (Costa *et al.*, 2002; Jasanoff, 1995; Machado, 2007).

Na esteira das abordagens pós-modernas das teorias feministas do direito, o direito é ainda percebido enquanto uma prática discursiva que, a par com a ciência, (co)produz

e reproduz as mulheres e homens enquanto sujeitos sexuais e *gendered* (Smart, 1999). O discurso jurídico é, como defendem Kapur (2006), Chunn e Lacombe (2000) e Smart (1999), um discurso complexo e contraditório e um local de luta discursiva sobre o significado de masculinidade e feminilidade, paternidade e maternidade, que não opera nem de forma isolada, nem produz sempre os mesmos resultados. Esta concepção permite compreender como os ideais (tradicionais e reformulados) de maternidade, paternidade e família influenciam, numa perspetiva interseccional, o discurso pericial e jurídico e, conseqüentemente, a regulação judicial das responsabilidades parentais.

1.1.1 Hipóteses

A revisão de literatura efetuada permite sustentar a construção de um sistema de hipóteses que visa dar conta do modo como magistrados/as e peritos/as agem e interagem nas decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais. Este sistema de hipóteses assenta em duas hipóteses centrais das quais resultam outras (sub)hipóteses.

A primeira hipótese afirma a centralidade das perícias judiciárias nos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Ou seja, parafraseando Michel Foucault (1977), defende-se a existência de um processo de colonização da prática judicial pelas perícias judiciárias. Mais concretamente, postula-se que não só as sentenças, como as promoções do Ministério Público, as decisões judiciais ao longo do processo e os acordos homologados em sede de audiência de julgamento, seguem em geral as indicações das perícias judiciárias, quer quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais, quer quanto à realização de diferentes atos processuais (como audição de testemunhas, perícias, etc.). Daqui decorre uma (sub)hipótese inspirada no contributo dos estudos sociais da ciência e nos trabalhos de Sheila Jasanoff (2004b), em particular, que estabelece que decisões judiciais são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, através da ação e interação de magistrados/as e peritos/as nos processos tutelares cíveis relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais.

O contributo dos estudos sobre perícias (Bala e Antonacopoulos, 2007; Castel, 1991; Dumoulin, 2000, 2007; Semple, 2011) é essencial para avançar com outras (sub)hipóteses relacionadas com a capacidade vinculativa de uma perícia. Mais

concretamente, defende-se que a capacidade de influenciar o processo e a decisão judicial depende de múltiplos fatores desde quem a solicita, passando pela autoria da perícia, o tipo de informação veiculada, a existência de outros meios de prova (testemunhas, outros relatórios periciais) e o grau de concordância entre estes, até à existência de laços de confiança entre magistrado/a e perito/a. Por conseguinte, outra (sub)hipótese, inspirada no contributo de Michel Foucault (1980) e de Carol Smart (1999), afirma que no processo e decisão judicial estabelece-se uma hierarquia de saberes, sendo que, de acordo com Bala e Antonacopoulos (2007) e Semple (2011), os/as magistrados/as tendem a valorizar mais as perícias de psicólogos/as e psiquiatras do que as de técnicos/as da segurança social.

Em primeiro lugar, o caráter vinculativo de uma perícia depende de quem a solicita e do seu enquadramento institucional. Ou seja, as perícias judiciais solicitadas pelos/as magistrados/as e provenientes de uma instituição pública reconhecida serão mais valorizadas do que as perícias judiciais solicitadas pelas partes a um/a perito/a privado/a.

Em segundo lugar, o caráter vinculativo de uma perícia depende da natureza da disciplina e da sua capacidade (e da capacidade do/a perito/a) de estabelecer certezas. De acordo com Ward (2004), as referências às qualidades pessoais do/a perito/a (como sabedoria, competência, ponderação) e à natureza detalhada e minuciosa dos relatórios são comuns nas decisões judiciais para justificar o seu uso.

Em terceiro lugar, o caráter vinculativo de uma perícia na decisão judicial depende do tipo de informação que fornece. Uma perícia é vinculativa quando, mais do que informações técnicas, disponibiliza informações generalistas ou contextuais, que qualificam ou legitimam certos comportamentos ou condições (Castel, 1991).

Em quarto lugar, a validação da perícia depende da existência de outros meios de prova e do grau de concordância entre/com eles, em especial da concordância entre diferentes perícias judiciais.

Por fim, o caráter vinculativo de uma perícia na decisão judicial depende dos laços de confiança existentes entre magistrados/as e peritos/as. Ou seja, no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais, os atores estabelecem relações de solidariedade ou de oposição (Guibentif, 2007), e, conseqüentemente, as perícias judiciais adquirem força e condicionam (ou não) a prática judicial.

A segunda hipótese central desta pesquisa resulta da revisão dos estudos feministas sobre regulação das responsabilidades parentais e afirma que tanto as perícias como as decisões judiciais são influenciadas por e (re)produzem concepções dominantes de maternidade, paternidade e família, (re)produzindo desigualdades sociais e sexuais. A coadunação ou não aos estereótipos de maternidade e paternidade influencia o regime de responsabilidades parentais estabelecido quanto à atribuição da guarda dos/as filhos/as e sua residência habitual, das responsabilidades parentais e fixação do regime de convívio do progenitor não guardião. A revisão dos estudos feministas (Altman, 1996; Boyd, 1996, 2003; Moloney, 2001) sobre as decisões judiciais aponta, designadamente, que as decisões judiciais são mais favoráveis às mulheres quando elas correspondem às concepções dominantes de maternidade, seja na sua versão “tradicional” de mulher “dona de casa”, seja na versão “moderna” de “supermulher”. E, pelo contrário, favoráveis aos pais, quando as mães não se enquadram no ideal de maternidade.

A análise do discurso (pericial e) judicial enquanto (re)produtor de desigualdades de género conduz à última (sub)hipótese: o discurso judicial, auxiliado pelo discurso pericial, assume-se como um mecanismo de controlo e disciplina das famílias, de homens e mulheres, através da imposição de um determinado modelo de vida familiar pós-rutur (divórcio “responsável”, “bom divórcio”) (Collier e Sheldon, 2008; Picontó Novales, 2012; Théry, 2001), com o objetivo de adaptar os comportamento aos padrões normativos de maternidade e paternidade (Boyd, 2003).

1.1.2 Operacionalização

Como já foi referido, o conceito que sustenta a operacionalização da problemática da presente pesquisa é o conceito de coprodução da decisão judicial. O conceito de coprodução, cunhado originalmente por Bruno Latour (1987), para escrever e reescrever a fronteira entre o social e o natural, tem sido aplicado por Sheila Jasanoff (1995, 2007) à relação entre direito e ciência. Nesta pesquisa, o idioma de coprodução é aplicado à (co)produção de decisões judiciais pelo direito e pelas perícias judiciárias, à produção dos argumentos jurídicos pelos/as magistrados/as em estreita colaboração com os/as peritos/as (Dupret, 2005).

Sendo que a noção de perícia judiciária aqui adotada se distingue da definição de perícia plasmada no atual Código Civil português⁷¹, que exclui a prova testemunhal de peritos/as ou técnicos/as em audiência, bem como as informações e inquéritos sociais elaborados pelas EMAT do Instituto de Segurança Social, nos termos dos artigos 147.º e 178.º, da Organização Tutelar de Menores, elementos cruciais, no meu entender, para a decisão judicial de regulação das responsabilidades parentais. Assim, a perícia judiciária é entendida, de uma forma genérica e abrangente, como o conjunto de formas assumidas pela introdução de uma racionalidade técnico-científica no processo e decisão judicial. A atividade pericial, de acordo com esta definição, pode assumir diferentes formas e manifestações, englobando o conjunto de investigações de carácter técnico ou científico que intervêm efetivamente no processo judiciário, quer seja na fase preliminar ou de julgamento, quer sejam efetuadas a pedido do/a magistrado/a Ministério Público, do/a magistrado/a judicial ou das partes, quer assumam a forma de informações ou inquéritos sociais, exames médicos ou psicológicos ou outra. Por outras palavras, o que importa não é tanto o enquadramento jurídico, o procedimento ou a identidade de quem a realiza, mas se efetivamente contribui para o processo judicial, para a reflexão do/a magistrado/a e, em última instância, para a decisão judicial.

De uma forma operacional, pode-se sintetizar a problemática da pesquisa em algumas questões muito simples: Quem? O quê? Como? – Quem são os peritos/as convocados/as? Qual o contributo da perícia para a decisão judicial? Como é “utilizada” a perícia pelos/as magistrados/as? Como se articulam magistrado/a e perito/a? No quadro 5 identificam-se alguns elementos que operacionalizam o conceito de coprodução a partir destas questões. Com a resposta à questão “Quem?” pretende-se identificar quem são os/as peritos/as convocados/as no processo judicial de regulação das responsabilidades parentais e qual o seu enquadramento institucional, se é ou não uma perícia obrigatória, e caso não seja quem a “solicitou”, as partes ou o/a juiz/juíza.

Na segunda coluna do quadro 5, pretende-se analisar qual o contributo das perícias judiciárias para o processo e decisão judicial. As perícias judiciárias na regulação das

⁷¹ Como foi referido, nos termos do artigo 388.º, do Código Civil, “[a] prova pericial tem por fim a perceção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objeto de inspeção judicial.”

responsabilidades parentais podem assumir um caráter “meramente” informativo ou incluir recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais. Quanto à informação, recorre-se à categorização de Dumoulin (2007) que defende que a informação pode ser técnica (quando avalia um determinado facto, como um maltrato, por exemplo) generalista (avalia as condições e reivindicações de cada um dos intervenientes) ou contextual (avalia as vítimas, os autores dos crimes quanto ao seu comportamento e personalidade). De acordo com Castel (1991), as perícias que qualificam ou legitimam certos comportamentos e desqualificam outros e constroem um universo relacional marcado por proibições, condutas prescritas e espaços de liberdade vigiada (ou seja, detentoras de informação de caráter generalista ou contextual), tendem a ser instituintes ou vinculativas. Em relação às recomendações selecionaram-se, para uma análise mais detalhada, as seguintes: a) guarda dos/as filhos/as e sua residência habitual, b) responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância (guarda legal); c) regime de convívio do progenitor não guardião (a título de exemplo, propõe um convívio mais ou menos alargado, uma guarda unilateral ou partilhada, responsabilidades parentais exclusivas ou não).

Quadro 5 – Operacionalização do conceito de coprodução

| Coprodução da decisão judicial | | |
|--|---|---|
| Quem? | O quê? | Como? |
| Quem realiza as perícias? Equipa Multidisciplinar de Apoio aos Tribunais Instituto Nacional de Medicina Legal Psiquiatras Psicólogos/as Médicos/as Obrigatória Quem solicita Perícia solicitada pelo/a juiz/juíza Perícia solicitada pelas partes Perícia junta pelas partes | Tipo de Informação Informação técnica Informação generalista Informação contextual Tipo de Recomendação Residência Responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância Convívios/Visitas | Perícia Recurso vinculativo Recurso estratégico Recurso inútil |

A última questão – “como?” – remete para a forma como direito e perícias, magistrados/as e peritos/as (agem e) interagem nas decisões judiciais. Qual é o papel que o discurso pericial desempenha na decisão judicial? Como é que ele é percebido e explorado pelos/as magistrados/as? Ele é negligenciado, instrumentalizado ou vinculativo? Esta questão está diretamente relacionada com os poderes respetivos

do/a magistrado/a e do/a perito/a na formulação e justificação da decisão. O papel das perícias será assim observado, como propõem Dumoulin (2000) e Foucault (1978) a partir das relações de poder entre magistrados/as e peritos/as, e, através deles, entre as disciplinas e o direito. Como defende Michel Foucault (1978), o poder não é uma instituição, não é algo que se detém, o poder exerce-se e só existe em ato, o poder é relacional. Neste contexto, não se pode falar de um poder, mas sim de relações de forças, de relações de poder múltiplas e de diversos níveis entre magistrados/as e peritos/as que estabelecem o que é “verdade”. Uma perícia pode: a) ter um caráter vinculativo, quando o/a juiz/juíza se limita a corroborar o relatório pericial e faz dele a única fonte constitutiva da decisão, abstendo-se de discutir ou avaliar as afirmações do/a técnico/a; b) ser um recurso estratégico, em que o/a juiz/juíza decide e escolhe o que retém da perícia; c) ser um recurso inútil, que o/a juiz/juíza não utiliza ou menospreza em relação a outros recursos.

No sistema de hipóteses apresentei dois dos traços fundamentais que contribuem para o caráter vinculativo ou instituinte da perícia: a “origem” das perícias (quem?), ou seja, a capacidade do/a perito/a e/ou da disciplina de estabelecer verdades; e o tipo de informação veiculada (o quê?). No entanto, como evidenciado, outros fatores são importantes: a existência de outros meios de prova (testemunhas, outros relatórios periciais); o grau de concordância entre os meios de prova; e os laços de confiança existentes entre magistrados/as e peritos/as. A pesquisa propõe-se, assim, a analisar como estes fatores contribuem para o papel (vinculativo, estratégico, etc.) que o discurso pericial desempenha na decisão judicial.

Finalmente, para averiguar como concepções dominantes de família e género influenciam as perícias e (consequentemente ou não) a decisão judicial, numa perspetiva interseccional, (re)produzindo identidades e desigualdades sociais de género, analisar-se-á como mulheres e homens, mães e pais, são caracterizados quanto às suas competências parentais, situação socioeconómica e afetiva e condições de saúde. E, identificar-se-ão as recomendações dos pareceres e as decisões judiciais quanto a) à atribuição da residência habitual; b) das responsabilidades parentais; c) fixação do regime de convívio do progenitor não guardião (a título de exemplo, propõe um convívio mais ou menos alargado, uma guarda unilateral ou partilhada, responsabilidades parentais exclusivas ou não).

1.1.3 O Objeto Empírico

Após a definição das dimensões analíticas e das linhas de operacionalização da problemática, importa definir o objeto empírico. Optei por centrar a análise nos processos tutelares cíveis relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais findos, em 2014, numa secção especializada de família e menores⁷², com decisão judicial ou homologação de acordo em ata de discussão ou julgamento, excluindo todos os processos em que o/a magistrado/a se limita a homologar o acordo estabelecido pelas partes em ata de conferência de pais inicial, bem como os processos de incumprimento e alteração relativos exclusivamente à pensão de alimentos. No primeiro caso, porque não existe qualquer intervenção dos/as peritos/as e, no segundo, porque os/as peritos/as têm um papel muito reduzido, limitando-se a EMAT a averiguar a situação profissional, salarial e contributiva do progenitor.

A opção pelos processos tutelares cíveis relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais findos permite, por um lado, reconstituir e analisar todas as ações e interações entre magistrados/as e peritos/as, que acontecem ao longo do processo, independentemente da data de início do mesmo e da sua duração (que pode ser superior a um ano). E, por outro lado, compreender como os/as magistrados/as interpretam e utilizam ou não o contributo das perícias na condução dos processos judiciais e na elaboração das decisões judiciais. Por fim, ao incluir processos de alteração e incumprimento das responsabilidades parentais, procura-se explorar também as variações ou mudanças nas perícias e decisões judiciais, perante novos acontecimentos/factos e/ou mudanças socioeconómicas, ou outras do contexto familiar, que levem à disputa judicial.

Os critérios que presidiram à seleção da secção especializada de família e menores foram o volume processual (elevado) e a área territorial abrangida, procurando por um lado, diversificar o terreno de estudo, quanto aos tipos de processos, às realidades familiares e socioeconómicas, às práticas organizacionais e aos/às peritos/as envolvidos. E, por outro lado, recolher o número necessário de processos para análise, uma vez que na maioria dos processos o/a magistrado/a limita-se a homologar o acordo entre as partes em sede de conferência de pais inicial, sem que se recorra a

⁷² As secções de família e menores (cf. Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto) são atualmente designadas de juízos de família e menores, nos termos do artigo 81.º, número 3, da Lei da Organização do Sistema Judiciário, alterada pela recente Lei n.º 40-A/2016 de 22 de dezembro, sendo que antes de 2013 se designavam tribunais de família e menores, designação que ainda é utilizada pelos entrevistados.

qualquer tipo de perícia.⁷³ Opta-se aqui por não identificar a secção de família e menores onde se realizou o estudo para garantir o anonimato das famílias e crianças envolvidas nos processos. Pelo mesmo motivo todos os nomes, números de processo e referências geográficas foram substituídas por nomes e números fictícios e/ou eliminadas.

Note-se que não se pretendia encontrar uma amostra representativa da secção de família e menores ou dos tipos de processos, que permitisse definir regularidades estatísticas, mas sim recolher o máximo de elementos potencialmente interpretativos que permitisse identificar a diversidade e a heterogeneidade. Assim, não se estabeleceu à partida um número de processos a recolher e analisar, seguindo-se o critério da saturação. A saturação é o fenómeno, produzido no decorrer da pesquisa, em que nenhuma informação nova emerge de uma nova entrevista, ou neste caso de um novo processo, pelo menos no que diz respeito às dimensões fundamentais do seu modelo analítico, ou seja, em que o investigador já conseguiu responder aos objetivos definidos (Johnson, 2001). A saturação é, portanto, um processo que não se opera ao nível da observação, mas da representação que o investigador constrói, pouco a pouco, do seu objeto de estudo (Portugal, 2006).

A partir desta recolha foram selecionados os atores judiciais e não judiciais envolvidos nos processos de regulação das responsabilidades parentais que, posteriormente, foram contactados para a realização de entrevistas. A entrevista a estes atores permitiu, por um lado, completar a informação obtida na análise de conteúdo dos processos de regulação das responsabilidades parentais, dando conta, por exemplo, das interações entre magistrados/as e peritos/as que não são registadas (como telefonemas e reuniões). E, por outro lado, explorar as relações interpessoais que existem entre magistrados/as e peritos/as e entre estes, os discursos de magistrados/as e peritos/as quanto à sua atividade, à regulação judicial das responsabilidades parentais e à parentalidade etc. Tal como na recolha de processos judiciais de regulação das responsabilidades parentais também não se estabeleceu à partida um número de entrevistas a realizar, seguindo-se o, já referido, critério da saturação.

⁷³ Cf. Pedroso *et al.* (2012).

1.2 Métodos e técnicas

Do ponto de vista metodológico, esta pesquisa estrutura-se em torno de duas opções. Em primeiro lugar, opta-se por olhar as interações entre magistrados/as e peritos/as nas decisões judiciais primordialmente através dos “dossiês” dos processos judiciais de regulação das responsabilidades parentais findos, o que tem implicações no desenho da investigação empírica e nas estratégias analíticas de recolha e tratamento da informação. Em segundo lugar (e conseqüentemente), adota-se a análise de conteúdo dos processos judiciais, enquanto técnica principal de investigação dos dossiês, e as entrevistas, como técnica complementar, para reconstituir e analisar as ações e interações entre peritos/as e magistrados/as nas decisões judiciais, bem como compreender como concepções dominantes de família e género, de classe e sexualidade influenciam (ou não) as perícias e (conseqüentemente ou não) a decisão judicial, (re)produzindo identidades e desigualdades sociais de género.

Nesta pesquisa parto, por um lado, do princípio que os documentos escritos, como os ofícios, os relatórios periciais e as decisões judiciais, não são *disengaged documents*, como defende Harold Garfinkel (1987), mas sim um produto de métodos convencionais de racionalização e compreensão (Dupret, 2005), cuja a análise pode recuperar a transformação da “ciência em ação” em factos sociotécnicos estabilizados (Latour, 1987; Lynch, 1993). Como diria Krippendorff (2013), os textos significam algo para alguém, são produzidos por alguém para terem significado para outra pessoa e o contexto, objetivo inicial e significado destes textos não podem ser ignorados. Ou seja, defendo que a análise deste material permite descrever e compreender a construção e a desconstrução discursiva da realidade científica enquanto objeto e meio de administração da justiça e como os/as magistrados/as conduzem os argumentos jurídicos, em ações produzidas e coordenadas colaborativamente com peritos/as (Dupret, 2005).

Por outro lado, pese embora os estudos sociais da ciência e sociojurídicos adotem frequentemente a técnica da observação e da análise de discurso dos testemunhos de peritos/as em sala de audiência, a maioria das (inter)ações entre magistrados/as e peritos/as, entre direito e ciência, como reconhece Winiecki (2008), desenvolvem-se fora da sala de audiências e através da produção de documentos escritos, sejam eles ofícios, relatórios ou decisões judiciais. No caso da regulação judicial das responsabilidades parentais e nos termos do artigo 486.º do Código de Processo Civil,

os/as peritos/as só comparecem na audiência final para prestarem esclarecimentos, “quando alguma das partes o requeira ou o juiz o ordene”, o que é uma situação rara de acordo com a informação obtida no âmbito do trabalho de campo no projeto de investigação “O género do direito e da justiça de família” (Pedroso *et al.*, 2012), mas também dos resultados de outras pesquisas (cf. Faria, 2010). Por conseguinte, caso centrasse a minha pesquisa na observação e análise de discurso de testemunhos de peritos/as em tribunal estaria a ignorar a maior parte das ações e interações entre magistrados/as e peritos/as relevante para a decisão judicial.

Assim, apesar da construção do modelo analítico desta pesquisa ser devedora dos estudos sociais da ciência,⁷⁴ a minha aproximação faz-se às capacidades heurísticas dos conceitos utilizados. Deste modo, se me aproximo da posição dos estudos sociais da ciência, quanto à ideia de coprodução das decisões judiciais, e da abordagem etnometodológica,⁷⁵ quanto à necessidade de compreender, designadamente, as propriedades de reflexividade, indexicalidade e de relatibilidade inerentes à interação entre peritos/as e magistrados/as, afasto-me do ponto de vista metodológico destas posições, designadamente quanto ao objeto empírico e métodos e técnicas de investigação a utilizar. Não porque não reconheça méritos explicativos à abordagem etnometodológica e à análise de discurso e de conversação que dominam os estudos sociais da ciência, aplicados à justiça,⁷⁶ mas porque vejo vantagens numa abordagem de carácter distinto, a análise de conteúdo dos documentos, das peças processuais, dos processos de regulação das responsabilidades sociais.

Mais concretamente, defendo, primeiramente, que os cruzamentos entre ciência e direito não podem ser compreendidos e explicados fora do âmbito da sua realização,

⁷⁴ No subtítulo do livro “Science in Action”, Bruno Latour enunciou o que veio a tornar-se a prescrição metodológica norteadora dos estudos sociais da ciência: a melhor forma de compreender a atividade científica é “seguir os cientistas e os engenheiros pela sociedade” (Latour, 1987). Esta prescrição traduziu-se nos estudos sociais da ciência no recurso à abordagem etnometodológica, proposta por Harold Garfinkel (1987), e à técnica de análise de discurso e conversação aplicada aos testemunhos de peritos em sala de audiência.

⁷⁵ A preocupação central da etnometodologia é abordar as atividades práticas, as circunstâncias práticas e o raciocínio sociológico prático desenvolvido pelos atores no decorrer das suas atividades quotidianas, sejam estas atividades ordinárias ou extraordinárias, partindo de um raciocínio profissional ou não. Para a etnometodologia, o mundo social é constituído por interações, que são desenvolvidas pelo uso da linguagem e, consequentemente, compreender o mundo social é, antes de tudo, compreender a linguagem que este mundo utiliza para se fazer compreensível e transmissível. A etnometodologia recorre principalmente aos métodos qualitativos da etnografia e da sociologia, tais como a observação e a análise de conversação e do discurso.

⁷⁶ A título de exemplo, podem consultar-se os trabalhos de Helena Machado (2007) e Susana Costa (2013) sobre a averiguação oficiosa da maternidade e paternidade.

de acordo com os objetivos específicos de cada um dos atos praticados (“indexicalidade”) (Dupret, 2005) e da capacidade dos atores sociais comunicarem e tornarem as atividades compartilháveis, a fim de compreenderem e serem compreendidos (“relatabilidade”). Deste ponto de vista, é importante ter em consideração que é sobretudo na forma de relatórios periciais que os/as peritos/as intervêm na decisão judicial de regulação das responsabilidades parentais. Por outras palavras, é através dos ofícios, relatórios periciais e sentenças judiciais que peritos/as e magistrados/as reconstituem permanentemente “a ordem social frágil e precária, a fim de compreenderem e serem compreendidos” (Coulon, 1995), ou seja, é através dos ofícios, relatórios e sentenças que os atores comunicam e interagem. Num dos seus livros mais recentes “The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d’Etat”, sobre o funcionamento do direito no *Conseil d’Etat* (tribunal administrativo supremo francês e conselho legislativo do governo francês), Bruno Latour (2010), um dos precursores dos estudos sociais da ciência, explora precisamente, no segundo capítulo, a infraestrutura material⁷⁷ que está na base dos processos judiciais no tribunal: uma vez que atores humanos desaparecem a maior parte do tempo por detrás dos arquivos cinzentos e amarelos, é o “destino” dos arquivos que deve ser observado. Em segundo lugar, argumento que, à semelhança do testemunho, que é uma produção reflexiva vulnerável a práticas de desconstrução, a perícia deve ser entendida como “o produto rotineiro de métodos convencionais de raciocínio e de compreensão e não como a correspondência objetiva ou descontextualizada de um relatório e de um evento real e observável” (Dupret, 2005, pp. 623-624). Bruno Latour (1987) define o trabalho da ciência de laboratório como uma prática de manipulação de signos, de escrita e leitura de inscrições, representações, traços, afirmações e textos.

Por fim, e conseqüentemente, defendo que a análise de conteúdo dos processos permitirá compreender a construção e a desconstrução discursiva da realidade científica enquanto objeto e meio de administração da justiça e como os juristas conduzem os argumentos jurídicos, em ações produzidas e coordenadas colaborativamente com peritos/as (Dupret, 2005). Desta forma aproximo-me da conceção de Bruno Latour (2010) que considera que os arquivos a moverem-se para um julgamento são como um alpinista numa fenda entre dois tipos de literatura:

⁷⁷ Ou seja, o autor não se concentra como é habitual nas circunstâncias práticas, nas ações dos atores, mas sim nas práticas materiais desta instituição judicial (Ledvinka, 2014).

normas e explicações de normas, por um lado, e factos e interpretações de factos, como reivindicações ou *expertise*, por outro lado. A fabricação gradual de arquivos parece ser um esforço lento para construir uma ponte, ou melhor, uma escada, entre esses dois tipos de escrita, afastando-se do conceito teórico de aplicação da lei sobre os fatos. Para além disso, a análise de conteúdo permite ultrapassar os problemas de operacionalização prática que, na minha perspetiva, uma abordagem etnometodológica clássica teria num trabalho que pretende analisar o contributo de diferentes peritos/as, em processos de duração imprevisível, e onde estes podem atuar em espaços tão diversos quanto a sala de audiências, o consultório clínico, o escritório ou a própria casa das famílias envolvidas, sendo o acesso a alguns deles praticamente impossível.⁷⁸

Figura 1 – Mesa de trabalho



Não obstante e à semelhança de Bruno Latour (2010) procurou-se explorar a “infraestrutura material” subjacente aos processos judiciais, no que se pode designar de uma “etnografia” das peças processuais (para lá do texto escrito), ou seja, observaram-se as marcas físicas, o volume dos processos, os sublinhados, post-its e anotações de margem que estes documentos incluem, enquanto indicadores dos processos de construção, tradução e desconstrução, interpretação a que as peças

⁷⁸ Reconheço, contudo, que no quadro das recentes alterações legislativas introduzidas pelo novo Regime Geral de Processo Tutelar Cível, que estabelece a simplificação e oralidade como dois dos princípios orientadores dos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, uma abordagem futura exigirá um outro tipo de metodologias.

processuais estão sujeitas. Para o que foi essencial as notas de campo e o registo fotográfico da recolha (cf. figura 1).

A metodologia de análise qualitativa desta pesquisa assenta, assim, primordialmente na técnica de análise de conteúdo das diversas peças dos processos. Este procedimento permite compreender a) que peritos/as são chamados a intervir, como intervêm e como os seus pareceres são integrados nas decisões judiciais; b) como e a quem são atribuídas a guarda e as responsabilidades parentais, o direito de visita e a fixação de alimentos, tendo em atenção os argumentos jurídicos, científicos ou ideológicos invocados pelos/as juízes/as. Simultaneamente, recorre a entrevistas semiestruturadas a atores judiciais (como magistrados/as judiciais, magistrados/as do Ministério Público e advogados/as) e outros profissionais (como técnicos/as da segurança social, psicólogos/as e psiquiatras) envolvidos no processo de regulação das responsabilidades parentais. Com efeito, este tipo de entrevistas raramente é conduzida isoladamente, fazendo frequentemente parte de um programa de investigação e utilizando o conhecimento que o investigador tem da situação social (Burgess, 1997). Neste caso, as entrevistas foram realizadas com base na recolha e análise dos processos de regulação judicial das responsabilidades parentais. Assim, as entrevistas visaram não só completar a informação recolhida através da análise de conteúdo dos processos judiciais, como explorar outras questões impercetíveis ou omissas nos documentos que foram analisados. Ou seja, permitiram explorar o não-escrito ou o não-dito. Nenhum dos métodos é considerado melhor do que outro, já que cada um tem as suas vantagens e inconvenientes, procura-se apenas, como sugere Burgess (1997), adotar os métodos apropriados ao problema de investigação, numa perspetiva flexível. Neste sentido, adota-se a abordagem conhecida pelo termo de “triangulação”, neste caso triangulação metodológica e de dados, que se refere a situações em que uma hipótese pode suportar o confronto com uma série de métodos complementares que permitem testá-la (Burgess, 1997, p. 158).

1.2.1 Recolha documental e análise de conteúdo

A técnica de análise de conteúdo surgiu, inicialmente, como objeto de trabalho de informação jornalística no começo do século XX nos Estados Unidos da América, contudo, lentamente esta técnica expandiu-se para outros campos, como a literatura, a educação ou o direito. Bardin (2008) destaca que a análise de conteúdo compreende um conjunto de técnicas de análise das comunicações, o que permite um amplo

campo de aplicação, como discursos políticos, manuais escolares, entrevistas, novelas, entre outros. Também Krippendorf (2013) defende que as técnicas desenvolvidas pela análise de conteúdo permitem retirar inferências de diferentes tipos de dados, desde os textuais até aos verbais ou pictóricos. De acordo com Hespanha (2009), um dos métodos de análise do discurso judicial largamente usado no tratamento de informação é a análise de conteúdo, tendo como finalidade a de, por meios tendencialmente objetivos, captar os sentidos dos textos - incluindo as suas dimensões performativas e as suas relações com o ambiente cultural em que são produzidos - utilizando elementos do próprio texto.

Na presente pesquisa propõe-se utilizar esta técnica na análise qualitativa da (inter)ação entre direito e ciência, entre magistrados/as e peritos/as nas decisões judiciais, a partir dos processos de regulação das responsabilidades parentais. Isto porque, nas palavras de Krippendorf (2013, p. 24), “a análise de conteúdo é uma técnica de pesquisa que permite fazer inferências replicáveis e válidas de textos sobre os contextos da sua utilização”. Esta técnica visa procurar conhecer aquilo que está por detrás das palavras sobre as quais se debruça (Bardin, 2008). Por outras palavras, não se trata de uma “leitura do real” restrita, que aceita o carácter provisório das hipóteses, que descreve os conteúdos, mas sim no que estes poderão ensinar-nos após serem trabalhados com o quadro referencial específico do tema (Ximenes, 2011). A análise de conteúdo permite uma ponte entre a descrição pura (o levantamento de dados propriamente dito) e as diferentes interpretações possíveis, conforme o marco teórico previamente definido no início do processo de construção do trabalho científico, neste caso a coprodução.

1.2.1.1 As opções no terreno

A seleção e recolha dos processos e peças processuais na secção de família e menores teve lugar entre junho e julho de 2015 e dividiu-se em dois momentos, um primeiro de consulta, seleção e recolha de sentenças a partir dos livros de sentenças da secção e, um segundo momento, de consulta, seleção e recolha das peças processuais relevantes dos processos seleccionados. Este processo foi realizado numa pequena sala na secção de família e menores que me foi cedida em exclusividade durante esse período.

A seleção dos processos tutelares cíveis relativos à regulação do exercício das responsabilidades parentais foi feita através da consulta dos livros de sentenças, de 2014, da secção de família e menores. A partir da consulta a estes livros selecionei 59 processos de regulação das responsabilidades parentais, de alteração, incumprimento e inibição ou limitação da regulação do exercício das responsabilidades parentais findos, em 2014, com decisão judicial e homologação de acordo em ata de discussão ou julgamento.

Após esta primeira fase de seleção e recolha a partir das sentenças, solicitei às secções os livros dos processos que me permitiram reconstituir e analisar todas as ações e interações entre magistrados/as e peritos/as, que acontecem ao longo do processo, independentemente da data de início do mesmo e da sua duração (que pode ser superior a um ano), através da recolha das peças processuais.

Do total de 59 sentenças selecionadas, consultei e recolhi peças processuais de 54 processos. Os processos judiciais de família e crianças, sejam divórcios, tutelares cíveis (regulação, alteração e incumprimentos das responsabilidades parentais) ou de promoção e proteção relativos a uma mesma criança correm sempre por apenso e o tribunal judicial com competência será sempre o da residência da criança, pelo que quatro dossiês tinham sido remetidos para outros tribunais. As decisões judiciais de família e menores podem ainda ser objeto de recurso para os tribunais superiores, como o tribunal da relação, o que aconteceu num dos processos cuja sentença tinha selecionado.

Os livros de processos têm o registo de todas as “iniciativas” processuais das partes (petição inicial, alegações, contraditório, requerimentos, incluindo os anexos como relatórios médicos etc.), do/a magistrado/a do Ministério Público (petição inicial, promoções e pareceres), do/a magistrado/a judicial (despachos judiciais e sentenças) e do “tribunal” (notificações e solicitações às partes, etc)⁷⁹, de todos os atos processuais (conferências de pais, audiências de declarações e audiências de discussão e

⁷⁹ Ou seja, normalmente o magistrado despacha e os escrivães enviam as notificações e solicitações. É importante assinalar esta “divisão de tarefas” para chamar à atenção para o papel papel que os escrivães desempenham na cadeia de traduções, designadamente entre magistrados e peritos, uma vez que são eles que escrevem a notificação, e encontrei pelo menos um processo em que a notificação esquecia um dos pedidos dos magistrados. São também eles que controlam muitas vezes o cumprimento dos prazos e que enviam as notificações de “insistência” aos peritos.

juízo) e também de todos os ofícios remetidos ao processo, com relatórios periciais e outras informações, por solicitação do tribunal.⁸⁰

A opção por uma metodologia qualitativa foi tomada no pressuposto de que no decorrer do “processo de pesquisa é preciso ter a capacidade de perceber a emergência de novos objetos que merecem ser focados e integrados no quadro da investigação, assim como de reconhecer que aspectos que pareciam pertinentes de início se mostram irrelevantes durante o processo” (Portugal, 2006, p. 165). Assim, se numa fase inicial tinha estabelecido como unidades de observação as comunicações (ofícios) remetidos por magistrados/as judiciais e peritos/as, os relatórios das perícias judiciais e a sentença judicial, a leitura diagonal dos processos revelou a importância das petições iniciais, alegações e requerimentos das partes, uma vez que nestas peças processuais são também anexados relatórios clínicos e pareceres de peritos/as ou é solicitada a elaboração de determinada perícia, ou a audição de determinado/a perito/a, e dos contraditórios das partes às perícias. Assim, estabeleceu-se como unidades de observação ou de análise: petições iniciais; alegações iniciais; requerimentos que solicitassem, questionassem ou juntassem relatórios ou exames periciais; atas de conferência, declarações e juízo; promoções do Ministério Público; decisões judiciais e sentenças; comunicações com entidades externas responsáveis por relatórios clínicos, relatórios sociais, exames periciais, etc.; relatórios e exames periciais sejam eles juntos pelas partes ou solicitados pelo tribunal. Perfazendo um total de 961 peças processuais, tendo recolhido um máximo de 109 documentos e o mínimo de 6 documentos num processo.

1.2.1.2 A análise dos processos

Após a digitalização dos documentos e conversão em pdf, construiu-se uma grelha de categorias analíticas para classificar o discurso judicial e pericial. À semelhança de Portugal (2006), se por um lado incluí categorias que emergiram do próprio *corpus* da análise, dando espaço ao trabalho indutivo e aos objetos emergentes da informação empírica, por outro lado, incluí categorias predefinidas de acordo com a fundamentação teórica, para à luz do raciocínio abduutivo, “partir das hipóteses e chegar às hipóteses”. A construção das categorias para a análise de conteúdo é, por

⁸⁰ Assim, se alguns livros de processos têm apenas 50 ou 60 páginas no total, outros têm mais de 3000 páginas, sendo um reflexo do grau de conflitualidade existente. Os livros em si, o número de apensos e de volumes, são, na verdade, um indicador da conflitualidade patente no processo e da morosidade do mesmo.

isso, contínua ao longo da pesquisa, consistindo em construir progressivamente uma representação do(s) objeto(s) em análise.

Adota-se, assim, o que se pode designar de uma análise de conteúdo qualitativa em que a informação é codificada em função de categorias que emergem, pelo menos em parte, indutivamente do material empírico. Deste modo, utilizei uma classificação temática que seguiu em grande parte os elementos constantes da operacionalização, mas que incorporou também questões e problemáticas surgidas no decurso quer do trabalho de recolha das peças processuais, quer do próprio trabalho de tratamento e análise. A partir desta orientação, procedi, simultaneamente, a uma análise vertical e horizontal do material recolhido (Portugal, 2006), bem como qualitativa e quantitativa.⁸¹

Na abordagem vertical desenvolvi uma análise singular de cada um dos processos, elaborando para tal uma sinopse de cada processo judicial com informação sobre a causa de pedir, as diferentes iniciativas processuais e comunicações estabelecidas entre tribunal e peritos/as. Este registo permitiu enquadrar as peças processuais recolhidas na “história” do processo judicial, e avaliar a ação e interação dos diferentes atores do processo (advogados/as, magistrados/as, partes, peritos/as). Este procedimento teve como objetivo não perder de vista a singularidade de cada conflito familiar, de cada família e criança, apesar do tratamento de “recorte” a que a análise horizontal obrigou. Com efeito, se ao longo do texto reporto-me sobretudo a processos, não se pode perder de vista que estas peças processuais representam a vida de famílias, de pessoas reais, que muitas vezes sofrem com o processo. Quando se observa as perícias e a relação do direito com as mesmas, é fácil o discurso perder-se nas questões processuais e criar um distanciamento que é impossível manter quando se foca nas motivações e representações, pelo que se nos capítulos 4 e 5 me reporto a processos, no capítulo 6 reporto-me a pessoas.

Para a análise horizontal recorri primordialmente a um programa informático de análise qualitativa – o programa Maxqda⁸² - e, complementarmente, a um programa informático de análise quantitativa – o programa IBM SPSS Statistics. O recurso ao

⁸¹ Adoto, assim, um entendimento amplo de análise de conteúdo qualitativa que não é consensual na literatura (Foreman e Damschroder, 2015).

⁸² Sobre as vantagens do Maxqda em relação a outros softwares de análise qualitativa (SQDAS) consultar Saillard (2011) e Schönfelder (2011).

programa de análise quantitativa teve como objetivo enquadrar a análise qualitativa efetuada e ultrapassar as limitações do Maxqda no que respeita o tratamento e análise de informação quantitativa, permitindo a caracterização geral dos processos, das partes e das perícias, com base em grelhas analíticas previamente definidas (cf. em anexo as variáveis analisadas), que se apresenta em seguida neste capítulo. O uso do Maxqda serviu, na pesquisa, sobretudo interesses pragmáticos de tratamento da informação disponível, permitindo, por um lado, um manuseamento mais fácil do pesado corpo textual dos processos do que seria possível através de um processador, como, por exemplo, o Word, e, por outro lado, uma maior rapidez e eficácia na leitura transversal das peças processuais a partir das categorias consideradas. Como refere Portugal (2006), apesar de ser necessário um enorme investimento em termos de tempo na codificação dos documentos, esse esforço é depois compensado pela forma expedita como são fornecidos os diversos outputs. Pese embora a já vasta oferta de *softwares* e os benefícios do uso dos mesmos, em especial na facilidade de explorar grandes quantidades de informação de forma rápida e relativamente flexível, a utilização de softwares não é unânime na academia, existindo algumas críticas, que eu não partilho, sobre os efeitos do uso destas ferramentas na análise qualitativa (Portugal, 2006).

Os documentos de cada processo em formato pdf foram transferidos e organizados para/numa base documental, por processo, no Maxqda, a partir da qual foram indexados extratos de cada uma das peças processuais à grelha analítica previamente definida. As principais funcionalidades incluídas no Maxqda são: a importação de textos, a criação dos códigos em forma hierárquica, o acesso aos textos codificados, a análise dos textos codificados no seu contexto original, e, a redação de notas ou memorandos (Saillard, 2011). Outras funcionalidades básicas incorporadas pelo Maxqda são a organização de documentos em pastas e subpastas e a possibilidade de utilização de imagens, sons, vídeos e documentos digitais (Schönfelder, 2011). Em relação às técnicas de análise qualitativa, este *software* inclui funcionalidades específicas para os processos de codificação e categorização, através da criação e manutenção da hierarquia de códigos e associação destes a pontos específicos no material analisado, além de ferramentas de busca optimizadas para estes processos (Saillard, 2011). A base de construção do sistema referencial do Maxqda são as categorias e subcategorias a partir das quais é codificado o material documental. O

programa permite uma grande flexibilidade no “recorte” da análise dos processos, permitindo transitar de uma análise vertical para uma análise horizontal sempre que necessário e na construção do sistema de classificação dos documentos, possibilitando a conjugação de uma abordagem dedutiva e indutiva.

Esta pesquisa utilizou um sistema categorial com cerca de 60 categorias, construído a partir de quatro categorias temáticas base (cf. quadro 6): família; perícias judiciais; processo; regime de regulação das responsabilidades parentais. Estas categorias principais comportam diversos temas e sub-temas, que o Maxqda organiza hierarquicamente. No quadro 6 encontra-se a primeira divisão das categorias temáticas em subtemas, o output completo do programa encontra-se em anexo (cf. anexo 1). Este sistema de classificação permitiu codificar 4.374 unidades de texto.

Quadro 6 - Categorias principais utilizadas no sistema de classificação do Maxqda

| Categoria temática | Subtema |
|---------------------------|-------------------------------|
| Família | Casal Parental/Casal conjugal |
| | Pai |
| | Mãe |
| | Criança |
| | Madrasta/Padrasto |
| Perícias Judiciais | Solicitadas |
| | Realizadas |
| | Metodologias |
| | Contraditórios |
| Processo | (Des)acordo/Conflito |
| | Fundamentação |
| | Meios de prova |
| Regime de Regulação | Pensão |
| | Visitas/convívios |
| | Residência |

1.2.2 Entrevistas

A técnica da entrevista é uma das mais comuns nos trabalhos sociológicos (Burgess, 1997), tendo inúmeras variantes, desde as mais estruturadas, como o inquérito por questionário, às menos estruturadas, como a entrevista clínica usada na psicologia (Portugal, 2006). Nesta pesquisa optei por uma via intermédia, a entrevista semiestruturada. Este tipo de entrevista utiliza uma série de temas e tópicos em torno dos quais se constituem as questões no decurso da conversa. A relativa liberdade que confere ao/à entrevistador/a permite obter um maior grau de profundidade e riqueza

na informação obtida e a liberdade conferida, permite ao/à entrevistado/a relatar as suas experiências e atitudes face ao problema de investigação.

A maioria das entrevistas foram realizadas entre junho e setembro de 2015, porém a entrevista de grupo com os técnicos da EMAT foi realizada em novembro de 2016.⁸³ A seleção dos/as entrevistados/as foi realizada a partir da recolha e consulta dos processos em questão, tendo sido realizadas um total de 18 entrevistas a profissionais jurídicos e não jurídicos, 13 mulheres e 5 homens, dos quais: 4 advogados/as; 2 magistrados/as do Ministério Público; 2 magistrados/as judiciais; 2 psicólogas da Unidade de Apoio à Comunidade de uma Universidade; 1 psicóloga do Instituto Nacional de Medicina Legal; 7 técnicos/as da EMAT.

As entrevistas foram realizadas em grupo, ou individualmente, consoante a disponibilidade dos/as entrevistados/as,⁸⁴ dada a dificuldade de agendar as mesmas. As entrevistas em grupo, apesar dos constrangimentos que poderiam causar, revelaram algumas vantagens relativamente à informação obtida individualmente. A dinâmica de grupo promove o confronto de opiniões e representações e permite obter uma maior diversidade de respostas, num espaço de tempo relativamente curto. A duração média das entrevistas foi de 1h40m, variando entre 1 hora (a mais curta) e 2 horas e meia (a mais longa). O guião da entrevista foi adaptado a cada um dos profissionais consoante a sua competência, pese embora existissem temas em comum como as representações sobre a famílias e o sistema de regulação das responsabilidades parentais (cf. anexo 2).

As entrevistas foram transcritas na íntegra por mim, sendo que, como o objetivo da pesquisa não era uma análise discursiva, utilizou-se um método de transcrição que eliminou erros gramaticais, interjeições, e elementos não discursivos. Mantive, no entanto, as hesitações, as repetições e as interjeições de (dis)concordância, especialmente úteis na análise das entrevistas de grupo. Para analisar o discurso dos/as entrevistados/as utilizei uma grelha de categorias analíticas que seguiu em grande parte os elementos constantes da estrutura do guião das entrevistas (cf. quadro 7).

⁸³ O pedido de autorização de realização da entrevista foi enviado aos serviços no início do ano de 2015, porém, só em setembro de 2016 houve resposta positiva.

⁸⁴ As entrevistas aos magistrados judiciais e do ministério público foram realizadas dois a dois e os/as advogados/as e os/as técnicos/as da EMAT foram entrevistados/as em grupo.

Quadro 7 – Categorias analíticas das entrevistas

| Categoria temática | Subtema |
|---|--|
| Regulação das responsabilidades parentais | Papel das diferentes entidades |
| | Definição do regime |
| Perícias/Relatórios periciais | Seleção dos peritos/perícias |
| | Características |
| | Elaboração das perícias/relatórios periciais |
| Família | Transformação da(s) família(s) |
| | Famílias acompanhadas |

Nos capítulos seguintes apresenta-se a análise da informação empírica, procurando confirmar e/ou infirmar as hipóteses estabelecidas anteriormente. Porém, antes de avançar para a interpretação dos dados fornecidos pela recolha documental e pelas entrevistas, apresenta-se em seguida uma breve caracterização dos processos tutelares cíveis relativos às responsabilidades parentais (e respetivas famílias e crianças) que compõem a amostra.

2 Os Processos, as famílias e as crianças: breve caracterização da amostra

Os processos e as famílias da amostra refletem o contexto socioeconómico e político português de crise económica e financeira, e consequente regime de austeridade, quer pela situação socioeconómica das famílias, marcada por situações de desemprego e de emigração, quer pelas motivações subjacentes à instauração do processo, ligadas muitas vezes à necessidade de fixar uma pensão alimentar para a criança ou de aceder ou manter benefícios sociais. De acordo com José Castro Caldas (2013, pp. 1–2), é possível identificar cinco tendências que decorrem do contexto de crise na sociedade portuguesa desde 2008: a primeira diz respeito ao défice e à dívida pública que cresceram continuamente; a segunda, ao crescimento continuado do desemprego; a terceira, ao aumento do número de pessoas privadas de acesso aos regimes de proteção social; a quarta, ao recuo da provisão pública em diversos domínios; e, a quinta, ao aprofundamento das desigualdades. Em termos gerais, desde 2008 a

situação laboral das famílias em Portugal agravou-se de forma significativa⁸⁵ e houve uma redução no apoio económico do Estado às famílias.⁸⁶

As famílias e as crianças da amostra mostram ainda como a mudança e a continuidade, o moderno e o tradicional se entrecruzam nas relações familiares e parentais, em especial no momento de rutura familiar. De um modo geral, as famílias da amostra são reveladoras, por um lado, do movimento de modernização da(s) família(s), com a crescente privatização da vida conjugal (casais de facto) e individualização (momentos de rutura, pessoas sós e famílias monoparentais). E, por outro lado, da subsistência do modelo tradicional da parentalidade separada no pós-separação (Marinho, 2010), moldado por uma dualidade profunda de género, em que a mãe continua a assumir na maioria dos casos a guarda e o cuidado exclusivo da criança e o papel do pai assenta no modelo tradicional de ganha-pão (pai-provedor – pai que paga a pensão ou que é obrigado a pagar). Contudo, o processo de diversificação de estilos de paternidade e de funcionamento conjugal e parental, com a adoção de dinâmicas mais igualitárias de parentalidade, estudado por Marinho (2010, 2011) e que marcam os processos de mudança na família, são também perceptíveis na amostra.

2.1 Os processos judiciais

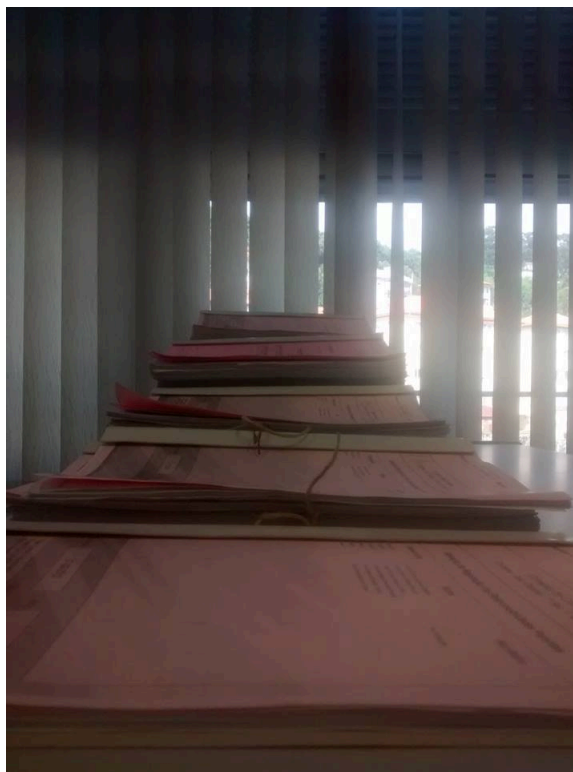
1. Foram recolhidas 961 peças processuais de 54 processos tutelares cíveis de regulação, alteração, incumprimento ou limitação do exercício das responsabilidades parentais com decisão judicial (sentença) ou acordo homologado em sede de audiência de discussão e julgamento, em 2014, na seção de família e menores. Os livros de processos têm o registo de todas as “iniciativas” processuais das partes (petição inicial, alegações, contraditório, requerimentos, incluindo os anexos como relatórios médicos etc.), do/a magistrado/a do Ministério Público (petição inicial e promoções), do/a magistrado/a judicial (despachos judiciais e sentenças), de todos os atos processuais (atas de conferências de pais, audiências de declarações e audiências de discussão e julgamento) e também de todos os ofícios remetidos ao processo, com

⁸⁵ Entre 2008 e 2012, o número de desempregados duplicou de 427 mil para 860 mil, sendo que em 2014 rondava os 14%, o que equivalia a 726 mil desempregados (INE, 2016).

⁸⁶ A partir de 2010, o acesso a todas as prestações sociais do regime não contributivo que dependem do rendimento das famílias como sejam o abono de família, a ação social escolar, os subsídios sociais de parentalidade, o rendimento social de inserção (RSI) e o subsídio social de desemprego, ficou mais restrito, não só em termos do número de famílias beneficiárias mas também dos montantes atribuídos resultando em menos famílias elegíveis (Wall e Almeida, 2014).

relatórios periciais e outras informações, por solicitação do tribunal. Assim, se alguns livros de processos têm apenas 50 ou 60 páginas no total, outros têm mais de 3000 páginas.

Figura 2 – Livros de Processos dispostos segundo o tamanho



No processo de recolha dos processos para análise é impossível ignorar as diferenças volumétricas (cf. figura 2) que permitem quase antecipar intuitivamente os dados diferenciados que se obtêm, posteriormente, com o tratamento objetivo da informação recolhida. Os livros em si, o número de apensos e de volumes, são, na verdade, um indicador da conflitualidade patente⁸⁷ no processo e permitem mesmo antecipar as motivações, as peças processuais que inclui, o requerente e a morosidade do mesmo.

Nos processos pouco volumosos o requerente é, em geral, o Ministério Público e um dos progenitores (ou ambos) requerido, encontra-se emigrado ou em parte incerta, normalmente o pai, sendo citado editalmente. É realizada a conferência de pais em que não é possível chegar a acordo por falta de comparência de pelo menos um dos requeridos e são solicitados os respetivos relatórios sociais, em muitos dos casos só da

⁸⁷ O nível de conflito de um processo pode ser aferido pelo número de requerimentos e alegações, pela existência ou não de contraditório das perícias, número de conferências e audiências realizadas e pela morosidade. E materializa-se no número de volumes e páginas do processo.

mãe com quem a criança reside. Após a obtenção dos relatórios sociais, o/a magistrado/a do Ministério Público emite um parecer e o/a magistrado/a judicial elabora uma sentença, em que normalmente se estabelece um regime genérico de regulação das responsabilidades parentais com guarda e responsabilidades parentais exclusivas à mãe, onde se assegura também o direito genérico de visitas do pai e se estabelece uma pensão de alimentos. Estes são os processos que emergem não de um conflito familiar, mas da obrigatoriedade de regular as responsabilidades parentais para aceder ou manter benefícios sociais. Estes são processos em geral de curta duração, em que são realizados apenas os atos processuais mínimos.

Os processos mais volumosos são em geral instituídos pelos/as advogados/as dos progenitores. Nestes processos pai e mãe apresentam, em geral, posições divergentes quanto à fixação da residência da criança e/ou regime de convívios. Perante a impossibilidade de chegar a acordo na conferência de pais inicial são solicitados os relatórios sociais relativos a ambos os progenitores e realizam-se audiências de discussão e julgamento para audição das testemunhas arroladas. Os/as advogados/as apresentam também diversos requerimentos e exercem o direito de contraditório das perícias obtidas, contribuindo tudo para o prolongamento do processo.

2. A amostra é composta por 35 processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, 12 de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, 5 de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais e 2 de limitação do exercício das responsabilidades parentais. A nível nacional, o número de ações de alteração e incumprimento das responsabilidades parentais tem sido consistentemente superior (e com tendência para aumentar)⁸⁸ ao número de ações de regulação das responsabilidades parentais. A título de exemplo, em 2013, as ações de incumprimento e de alteração registaram 21.765 processos entrados (representando quase 50% do total de ações tutelares cíveis entradas (46.994)), enquanto os processos de regulação das responsabilidades parentais registaram apenas 16.510 entradas (APIPDF, 2014).⁸⁹ A discrepância em relação à amostra está associada ao modo de construção da mesma: na seleção da

⁸⁸ Com efeito, entre 2011 e 2013, o número de ações de regulação das responsabilidades parentais mantém-se praticamente inalterado (cerca de 16.000), o número de ações de alteração e incumprimento das responsabilidades parentais regista um aumento de 18%, passando de 18.396, em 2011, para 21.765, em 2013.

⁸⁹ Cf. quadro 3 no capítulo 1.

amostra de processos de regulação, alteração, incumprimento ou limitação das responsabilidades parentais findos em 2014, na secção de família e menores selecionada, foram excluídos os processos de incumprimento e alteração relativos exclusivamente à pensão de alimentos, pela ação limitada que os/as peritos/as têm neste tipo de processos.

De acordo com Pedroso *et al.* (2012), os alimentos a menores são responsáveis por grande parte dos processos de incumprimento e de alteração das responsabilidades parentais instaurados, o que é necessariamente potenciado pelo momento de crise económica e financeira e de políticas austeritárias que afeta Portugal desde 2008. A crise tem, como foi referido, um duplo efeito nos conflitos familiares, por um lado, aumenta os conflitos “tradicionais” relativos à pensão alimentar e, por outro lado, cria as condições para a emergência de “novos conflitos” para aceder a apoios sociais.

3. Nos processos tutelares cíveis relativos ao exercício das responsabilidades parentais “a iniciativa processual cabe ao Ministério Público, à criança com idade superior a 12 anos, aos ascendentes, aos irmãos e ao representante legal da criança”, nos termos do artigo 47.º, da OTM. Como se pode observar no quadro 8, o Ministério Público é o principal requerente na amostra de processos (22), seguido dos/as advogados/as dos progenitores, 17 mandatários da mãe e 10 do pai (cf. quadros 8 e 9).⁹⁰

Quadro 8 - Requerente do processo

| | N | % |
|---------------------|-----------|------------|
| Ministério Público | 22 | 40,7 |
| Advogado/a da mãe | 17 | 31,5 |
| Advogado/a do pai | 10 | 18,5 |
| Pai | 3 | 5,6 |
| Advogado/a dos avós | 1 | 1,9 |
| Mãe | 1 | 1,9 |
| Total | 54 | 100 |

Considerando que, de acordo com o estudo de Pedroso *et al.* (2012), são sobretudo as mães de estratos socioeconómicos mais baixos que se deslocam ao Ministério Público para este intentar as ações de regulação das responsabilidades parentais, os dados apontam para uma sobrerrepresentação das mães. Sendo, assim, consonantes com a

⁹⁰ Pese embora se esteja perante processos de jurisdição voluntária que não obrigam à representação legal, i.e. à constituição de advogado/a, na maioria dos processos pelo menos uma das partes faz-se representar por advogado/a, como se pode observar na tabela. Contudo, como se poderá observar em seguida a maioria das partes é representada por advogado/a no âmbito da proteção jurídica.

conhecida feminização da mobilização dos tribunais de família e menores, em especial nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais, consequência de uma reprodução judicial da desigualdade de responsabilidades que predomina entre as mulheres e os homens no que se refere ao desempenho do papel parental, continuando as mães a assumir o papel de cuidadoras primárias dos/as filhos/as mesmo após a rutura conjugal (Aboim, 2010).

Quadro 9 - Presença de advogados/as no processo

| | N | % |
|-----------------|-----------|------------|
| Nenhum | 17 | 31,5 |
| Um/a advogado/a | 19 | 35,2 |
| Dois advogados | 18 | 33,3 |
| Total | 54 | 100 |

4. Para além da conferência de pais inicial obrigatória, que visa a obtenção de acordo entre as partes, a amostra inclui processos onde foram realizadas várias conferências de pais subsequentes e/ou audiências de discussão e de julgamento (nos processos em que foram arroladas testemunhas), como se pode observar no quadro 10.

Quadro 10 - Número de conferências de pais e de audiências de discussão e de julgamento por processo

| Número de Conferências de Pais | Número de Audiências de Discussão e de Julgamento | | | | Total |
|--------------------------------|---|-----------|----------|--------------|-----------|
| | Nenhuma | Uma | Duas | Três ou mais | |
| Uma | 20 | 7 | 3 | 2 | 32 |
| Duas | 13 | 3 | 0 | 0 | 16 |
| Três ou mais | 3 | 2 | 0 | 1 | 6 |
| Total | 36 | 12 | 3 | 3 | 54 |

Se se considerar o número de conferências de pais e de audiências de discussão e de julgamento um indicador do nível de conflitualidade (entre os progenitores e) do processo, a amostra divide-se claramente entre o grupo de processos com um nível de litigiosidade baixo, em que se verifica mesmo um “desinteresse” de uma das partes, ou mesmo ambas, em relação ao processo e se realiza apenas a conferência de pais inicial (20), e o grupo de processos em que a conflitualidade é mais elevada e são realizadas várias conferências de pais e audiências de discussão e julgamento, tendo em vista a obtenção de acordo e recolher as informações necessárias. Esta distinção emerge também no discurso de magistrados e magistradas:

(...) nem todos os processos têm a litigiosidade que pode parecer. Muitos deles os pais pouca intervenção têm, vêm às conferências e alguns nem isso. Nem dizem nada, em termos processuais não há intervenção, não há articulados (...). Agora quando há litígio verdadeiro e há uma disputa, seja da residência, seja de outros aspetos, aí temos que ponderar... (Entrevista Magistrado Judicial 1)

5. A Organização Tutelar de Menores⁹¹ previa que, frustrada a tentativa de acordo dos pais, quanto às questões em discussão, na conferência inicial, e findo o prazo de alegações dos mesmos, se procedesse a inquérito sobre a sua situação social, moral e económica e, salvo oposição dos visados, aos exames médicos e psicológicos que o 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).⁹² Note-se, contudo, que, como foi referido, os processos de regulação das responsabilidades parentais são processos de jurisdição voluntária, ou seja, o/a juiz/juíza pode “investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes”, sendo que “só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias” (cf. artigos 986.º e 987.º do Código de Processo Civil). Assim, no que respeita às perícias judiciais, em sentido amplo e sociológico, para além dos relatórios sociais presentes em todos os processos da amostra:

- 9 processos incluíam **informações sociais** - relatórios sociais produzidos pela Segurança Social ou por uma Comissão de Proteção de Crianças e Jovens (CPCJ) no âmbito de processos de obtenção do Rendimento Social de Inserção (RSI) ou de processos de promoção e proteção que são remetidos ao processo tutelar cível;

⁹¹ A Organização Tutelar de Menores, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro que foi sendo sucessivamente atualizado (última atualização Lei n.º 31/2003, de 22 de agosto), foi revogada pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível. A propósito das principais alterações introduzidas pelo RGPTC consultar o Capítulo 1.

⁹² Nos termos do artigo 38.º, do atual do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro), frustrada a tentativa de acordo dos pais, quanto às questões em discussão, se proceda a audiência técnica especializada, por um período máximo de dois meses. Nos termos previstos no artigo 23.º, a audiência técnica especializada em matéria de conflito parental consiste na audiência das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que melhor salvaguarde o interesse da criança, e inclui a prestação de informação ao tribunal centrada na gestão do conflito.

- 4 processos integravam **informações sociais internacionais** - relatórios sociais elaborados pelas entidades do país de residência do progenitor, no âmbito de acordos de cooperação internacional;⁹³
- 6 processos tinham **relatórios de avaliação dos convívios** resultantes do acompanhamento determinado pelo tribunal;
- 5 processos incluíam **informações médicas, psicológicas ou clínicas** de médicos/as, psicólogos/as ou psiquiatras, pertencentes ou não ao setor público de saúde, que acompanham/acompanharam alguma das partes ou a(s) criança(s) do processo.
- 4 processos integravam **relatórios de avaliação psicológica e/ou psiquiátrica às faculdades mentais** das partes ou das crianças;
- 3 processos continham **relatórios de avaliação às competências parentais** dos progenitores, que incluem uma avaliação psicológica/psiquiátrica das faculdades mentais.

6. No total de 54 processos tutelares cíveis da amostra registaram-se um total de 155 perícias judiciais, em sentido amplo e sociológico, das quais 144 correspondem a perícias solicitadas pelo tribunal, 6 a perícias judiciais juntas pelas partes, que correspondem a relatórios médicos e psicológicos de crianças e pais, e 5 testemunhos de peritos/as em sede de audiência, o que corresponde a uma média de 2,87 perícias por processo.

Quadro 11 - Tipo de perícia judicial solicitada pelo tribunal

| | N | % |
|-------------------------------------|------------|------------|
| Avaliação às competências parentais | 3 | 2,1 |
| Avaliação dos convívios | 21 | 14,6 |
| Avaliação psicológica/psiquiátrica | 7 | 4,9 |
| Informação médica/psicológica | 8 | 5,6 |
| Informação social | 6 | 4,2 |
| Relatório social internacional | 5 | 3,5 |
| Relatório social | 94 | 65,3 |
| Total | 144 | 100 |

No que respeita às perícias solicitadas pelo tribunal, como se pode observar no quadro 11, os relatórios sociais, resultantes do inquérito social, moral e económico previsto

⁹³ Designadamente nos termos do artigo 178º do Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil e comercial (JO L 174 de 27.06.2001, p.1).

expressamente na OTM (art. 147.º), representam, como seria de esperar, mais de metade do total de perícias judiciais (94, 65,3% em 144), seguidos de longe pelas avaliações de convívios (21, 14,6% em 144).⁹⁴ Note-se que a EMAT elabora um relatório social para cada um dos progenitores e/ou pessoa que tem a tutela efetiva da(s) criança(s) (como os avós), que pode ser repetido a pedido do tribunal nos processos cuja morosidade assim o justifique.^{95,96} O número de relatórios sociais é ainda mais expressivo se se considerar os relatórios sociais internacionais (5, 3,7%, em 144), obtidos nos processos em que um dos progenitores ou ambos se encontravam emigrados e em que o tribunal recorreu às parcerias internacionais para a realização dos inquéritos.⁹⁷ Como refere o seguinte magistrado judicial:

(...) a perícia [avaliações psicológicas e psiquiátricas e às competências parentais] é residual e os relatórios são universais. Todos os processos têm de ter relatórios, porque nem é possível haver um processo que chega a essa fase ou para decisão sem relatório. (...) Em termos de processo linear recorre-se pouco [à avaliação dos convívios] mas quando há questões em que por exemplo há um corte de relacionamento entre as crianças e um dos pais, aí às vezes nós fazemos uma suspensão do processo, pedimos à segurança social que faça uma intervenção, uma mediação, uma aproximação e aí é que vêm as tais informações no final dessa intervenção. (...) Até porque o técnico é neutro em relação a esses conflitos (...). Em relação aos técnicos há uma abertura de ambos para colaborarem e às vezes conseguimos bons resultados. Também há situações em que não se consegue. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Já as perícias judiciais que se enquadram nos exames médicos e psicológicos também previstos na lei, as avaliações às competências parentais (3, 2,1%, em 144) e as avaliações psicológicas e psiquiátricas⁹⁸ (7, 4,9%, em 144), têm uma expressão

⁹⁴ Note-se que as 20 perícias judiciais de avaliação dos convívios foram realizadas em 6 processos e 13 delas dizem respeito a um único processo (processo 103).

⁹⁵ A título de exemplo no processo 129 de regulação das responsabilidades parentais que durou cerca de 5 anos, tendo entrado em janeiro de 2009 e findo em março de 2014, o magistrado solicita a repetição dos relatórios sociais em novembro de 2011, após dois anos da realização dos primeiros relatórios, em maio de 2009: “Face às circunstâncias do caso e à desatualização dos elementos já constantes dos autos, solicite novamente à Segurança Social a realização de inquérito à situação familiar, económica e social do menor e dos pais e da dinâmica das suas relações mútuas nos termos do disposto no artº 178º nº3 da OTM” (Ofício do Tribunal à EMAT, Processo 119).

⁹⁶ Seria assim de esperar que no mínimo existissem 108 relatórios sociais num total de 54 processos, porém, 8 dos requerentes e requeridos encontravam-se a residir no estrangeiro e 18 foram citados editalmente (ou seja, o seu paradeiro é desconhecido) e nestes casos não é elaborado relatório social pela EMAT.

⁹⁷ O conteúdo destes relatórios é muito heterogêneo (tendo maior ou menor detalhe), podendo ser produzido tanto por técnicos sociais (processos 106 (Espanha) e 139 (França)), como por agentes da polícia (processos 139 (França) e 135 (Brasil)) ou mesmo por magistrados do respetivo país (processo 117 (Inglaterra)).

⁹⁸ Nas avaliações psicológicas e psiquiátricas é aplicado um conjunto de testes que permitem aferir da existência de alguma patologia que afete o exercício das competências parentais. Já nas avaliações às

reduzida nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais, quando comparadas com os relatórios sociais ou mesmo os relatórios de avaliação dos convívios, o que está associado a diferentes fatores (jurídicos, processuais entre outros), como se perceberá em seguida.⁹⁹

Para além das perícias judiciárias que resultam de investigação desenvolvida especialmente para o processo (relatórios sociais, relatórios sociais internacionais, avaliações psicológicas e psiquiátricas e avaliações às competências parentais), a amostra inclui perícias judiciárias que resultam de uma investigação ou exame efetuado noutra contexto, que pode ter relevância para o processo e é solicitada pelo/a magistrado/a, no âmbito da sua liberdade de recolher informações. É este o caso das informações sociais, produzidas no âmbito de processos de promoção e proteção ou do rendimento social de inserção, dos relatórios médicos e psicológicos, de progenitores e crianças que são acompanhadas nos estabelecimentos de saúde pública (Hospitais e Centros de Saúde).

O número e diversidade de perícias judiciárias solicitadas pelo tribunal refletem a tendência para a procura de “respostas individualizadas”, que Bernheim e Commaille (2012) identificam como emergindo, após a década de 1970, com a crise do Estado Social, a que o direito e a justiça de família não ficaram indiferentes e que se tem traduzido, designadamente, na crescente participação de diferentes disciplinas para ajudar a determinar que regime de regulação das responsabilidades parentais será no melhor interesse da criança.¹⁰⁰ Mas não podem também ser dissociadas do facto de,

competências parentais para além dos testes psicológicos que avaliam se existe alguma patologia que condicione o exercício das competências parentais, são aplicados testes específicos de avaliação das competências parentais e são observados os progenitores em interação com a criança.

⁹⁹ Contudo, considerando a opção tomada na construção da amostra de excluir os processos de incumprimento e alteração relativos exclusivamente à pensão de alimentos e o facto de, como será observado, estas perícias judiciárias serem pedidas e realizadas no âmbito sobretudo de processos relacionados com o acesso à(s) criança(s), estes tipos de perícias terão, como sugerem as entrevistas, uma expressão ainda mais residual no universo de processos tutelares cíveis do que a registada na amostra.

¹⁰⁰ Não existem dados concretos do número de perícias judiciárias solicitadas a nível nacional, contudo, diferentes estudos apontam no sentido do aumento da procura (Gonçalves, 2010; Manita e Machado, 2012), o que foi corroborado por todos os entrevistados. A coordenadora da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade relatou-nos mesmo o facto de o aumento constante dos pedidos do tribunal ter conduzido à contratação de uma pessoa a tempo inteiro para fazer as avaliações e o facto de pensarem já contratar uma segunda pessoa: “Os tribunais mandavam um ou outro caso mais complexo para nós avaliarmos, também nos enviavam alguns casos para fazermos intervenção. Às vezes a EMAT também nos pedia algum apoio em casos de facto algo mais complexos. E, portanto, começou-se a instalar aí um serviço. (...) Os tribunais depois também começaram a pedir mais, isto tudo ainda antes da Unidade. (...) Depois a Unidade viu-se até na necessidade de contratar uma pessoa (...) para fazer

nos termos do Código de Processo Civil português, estarmos perante processos de jurisdição voluntária, em que o/a juiz/juíza pode investigar livremente os factos, sendo que a Organização Tutelar de Menores previa especificamente a realização de inquérito sobre a situação social, moral e económica das partes e, salvo oposição dos visados, de exames médicos e psicológicos¹⁰¹ que o tribunal entendesse necessários.¹⁰²

7. 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 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”.¹⁰³

Quadro 12 - Autoria dos contraditórios

| | N | % |
|-------------------------------|-----------|------------|
| Advogado/a da mãe | 18 | 48,65 |
| Advogado/a do pai | 10 | 27,03 |
| Pai/Advogado em causa própria | 4 | 10,81 |
| Pai | 2 | 5,41 |
| Advogado/a dos avós | 2 | 5,41 |
| Mãe | 1 | 2,70 |
| Total | 37 | 100 |

O número de contraditórios das perícias judiciais é relativamente baixo quando comparado com o número total de perícias judiciais da amostra, 37 contraditórios para 144 perícias judiciais, sendo na sua esmagadora maioria da autoria de

este tipo de trabalho. Não é docente, não é investigadora, foi contratada para conseguirmos dar resposta a todos os pedidos que chegam à Unidade de Apoio. (...) O volume de trabalho tem sido tal que o [coordenador] já perguntou se não era melhor tentarmos arranjar mais alguém para dar resposta, porque está a ser de facto muito trabalho.”

¹⁰¹ Como referido no capítulo 1, o RGPTC não inclui disposição idêntica, nomeadamente no elenco dos atos de instrução do artigo 21.º.

¹⁰² Cf. artigo 178.º, n.º 3, da OTM.

¹⁰³ Este direito é também reconhecido no artigo 25º do atual Regime Geral Do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro: “As partes têm direito a conhecer as informações, as declarações da assessoria técnica e outros depoimentos, processados de forma oral e documentados em auto, relatórios, exames e pareceres constantes do processo, podendo pedir esclarecimentos, juntar outros elementos ou requerer a solicitação de informações que considerem necessárias” (número 2 do Artigo 25.º).

advogados/as 30 (34 se contabilizar os contraditórios elaborados por um pai que era advogado em causa própria) (cf. quadro 12).

Como se pode observar no quadro 13 identificaram-se 3 tipos de contraditório às perícias judiciais, o de esclarecimento, o de refutação ou justificação das informações e o de reforço/recurso, consoante o contraditório faça um pedido de esclarecimento da informação incluída no relatório, se centre na mera refutação ou justificação das informações constantes ou se os/as advogados/as aproveitam esta peça processual para sustentar a sua posição, sem que peçam verdadeiramente esclarecimentos ou acrescentem algo de novo.

Quadro 13 – Tipo de Contraditório

| | N |
|---|-----------|
| Esclarecimentos quanto à metodologia e conclusões | 11 |
| Metodologias/Conclusões | 9 |
| Genérico | 2 |
| Refutação ou Justificação de informações | 13 |
| Do próprio | 5 |
| Do outro | 7 |
| Ambos | 1 |
| Reforço - Utilização para reforçar posição ou concordar | 13 |
| Total | 37 |

Embora o direito de exercer o contraditório assegure que as partes têm a possibilidade de pedir esclarecimentos e de juntar ou solicitar informações, estes são utilizados pelas partes sobretudo quer para refutar ou justificar as informações vertidas pelos técnicos (juntando ou não informações), quer para concordar com a posição do técnico e sustentar a posição adotada no processo, quando esta lhes é favorável.¹⁰⁴

¹⁰⁴ A título de exemplo no excerto seguinte o advogado do pai utiliza o contraditório para justificar algumas das afirmações ou observações dos técnicos:

Em relação a deslocação das técnicas da Segurança Social a residência do requerido, "a casa encontrava-se arrumada", sim, facto que se pode verificar todos os dias. Em relação ao cheiro a tabaco, o requerido informa que tinha acabado de fumar um cigarro pouco tempo antes das técnicas chegarem, tendo sido estas informadas, informa também que não é nem nunca foi seu hábito fumar dentro da residência na presença do menor, para o facto tem uma varanda e um terraço, o próprio menor já tem por hábito seja onde for que alguém esteja a fumar perto dele avisar que não fumem ao lado dele. As paredes onde se verificou humidade são no quarto do pai, e na cozinha, no quarto do menor e na sala onde ele passa a maior parte do tempo na residência não se encontra as referidas humidades. (...)

Em relação aos vários envolvimento afetivos podem até ser verdade, mas que o Miguel os vai conhecendo, não corresponde a verdade, para tal o requerido pede que seja questionada a comunidade [do] lugar onde reside que de certo tem opinião bem diferente. (Contraditório do Advogado do pai, Processo 143)

O exercício do direito de contraditório parece estar dependente da representação jurídica, de que nem todas as partes gozam (64 dos 119 indivíduos). Para além disso o que a maioria dos progenitores dos processos da amostra que incluem contraditórios têm em comum é o facto de exercerem profissões qualificadas, pertencendo designadamente ao grupo de Especialistas das Profissões Intelectuais e Científicas e a Quadros Superiores da Administração Pública, Dirigentes e Quadros Superiores de Empresa. As qualificações são, portanto, um elemento a considerar na capacidade de exercer os seus direitos, seja de forma direta, seja através do/a advogado/a.

Note-se, ainda, que os contraditórios da amostra dizem respeito a um conjunto pequeno de processos, apenas 18 processos do total de 54, sendo que em alguns processos “tudo” é contraditado. Tome-se como exemplo o processo 150 de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais, em que o advogado do pai contradita os relatórios sociais dos progenitores, os esclarecimentos aos relatórios sociais e o relatório de avaliação das faculdades mentais. Ou ainda os processos 143 e 129, ambos de regulação das responsabilidades parentais, em que os pais (homens) contraditam os relatórios sociais dos progenitores, os esclarecimentos aos relatórios sociais e o relatório de avaliação às competências parentais. Em suma, o exercício do direito de contraditório parece depender do nível sociocultural das partes, da representação jurídica, do tipo de perícia judiciária, mas também do conflito familiar subjacente, de motivação afetiva, e não económica ou de certificação administrativa.

8. O tempo médio de duração dos processos da amostra é de 18,94 meses, ou seja, cerca de um ano e meio, sendo de salientar o número relativamente reduzido de processos que duram menos de um ano (19) e o número ainda expressivo de processos da amostra que demoraram mais de dois anos a findar, 13 em 54, como se

Os contraditórios são também uma oportunidade que os advogados usam para reforçar a sua posição. Vejam-se os dois exemplos seguintes, em que os advogados vêm concordar com os relatórios sociais:

A requerida manifesta-se pela concordância plena quanto aos relatórios sociais em apreciação e que apontam para a manutenção da situação vigente no que se refere ao exercício das responsabilidades parentais; Por outro lado, atento o escopo dos presentes autos, atento o superior interesse da menor (...) e, atento o teor dos relatórios em apreciação, no que respeita à obrigação de alimentos, deverão ser notificados os pais do Requerido (...), na qualidade de avós, para se pronunciarem sobre a efetivação da sua corresponsabilidade na prestação de alimentos à menor nos termos da previsão do artº 2009 do CC. (Contraditório da Advogada da mãe, Processo 120)

A Requerente, melhor identificada nos autos à margem referenciados, notificada para o efeito, vem informar que, não tendo nada ajuntar ou requerer, considera a decisão, constante do Relatório Social, favorável, e nesse sentido, entende também dever ser a Requerente a exercer, de forma exclusiva, a função de educar os filhos e acompanhar o seu crescimento, salvaguardando-se assim o superior interesse da criança. (Contraditório da Advogada da mãe, Processo 108)

percebe no quadro 14. Em termos comparativos os processos de alteração, incumprimento e limitação do exercício das responsabilidades parentais são mais morosos do que os processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais, 26,58 meses contra 14,80 meses.

Quadro 14 - Espécie de processo por tempo de duração em meses

| Duração do processo em meses | Espécie de processo | | | | Total | |
|------------------------------|---------------------|----------|----------|-----------|-----------|--------------|
| | ARP | IRP | LRP | RRP | N | % |
| Até 6 meses | 0 | 0 | 0 | 7 | 7 | 13,0 |
| Entre 7 e 12 meses | 1 | 0 | 1 | 10 | 12 | 22,2 |
| Entre 13 e 18 meses | 4 | 1 | 0 | 10 | 15 | 27,8 |
| Entre 19 a 24 meses | 3 | 1 | 0 | 3 | 7 | 13,0 |
| Mais de 24 meses (dois anos) | 4 | 3 | 1 | 5 | 13 | 24,1 |
| Total | 12 | 5 | 2 | 35 | 54 | 100,0 |

9. No total de 54 processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais, 42 (77,8%) culminaram com uma decisão judicial e apenas 12 (22,2%) com um acordo entre as partes homologado pelo tribunal em sede de audiência de discussão e julgamento (cf. quadro 15).

Quadro 15 - Tipo de conclusão do processo

| | N | % |
|------------------------|-----------|------------|
| Acordo entre as partes | 12 | 22,2 |
| Decisão Judicial | 42 | 77,8 |
| Total | 54 | 100 |

Os processos de alteração do regime de regulação das responsabilidades parentais são os que registam a maior proporção de acordos, 41,7% (5 processos em 12), sendo que nos processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais a proporção de processos com acordo é significativamente menor, apenas 20% (7 em 35). E nenhum dos processos de incumprimento e de limitação do exercício das responsabilidades parentais, por sua vez, e como seria de esperar, culminaram em acordo. Relembre-se que o processo para a regulação das responsabilidades parentais visa regulamentar, por acordo, o exercício das responsabilidades parentais, impondo-se a regulamentação imperativa pelo tribunal apenas caso se fruste tal tentativa (Bolieiro e Guerra, 2009). Note-se, contudo, que a proporção relativamente baixa de acordos entre as partes comparativamente às decisões imperativas do tribunal é indissociável da opção metodológica de construção da amostra de excluir os

processos em que foi homologado um acordo entre as partes na conferência de pais inicial.

9.1 Os processos de incumprimento do regime de exercício das responsabilidades parentais têm natureza incidental¹⁰⁵ e consubstanciam um misto de atividade declarativa e de atividade executiva na medida em que se impõe apurar, em primeiro lugar, se existe ou não o incumprimento e, em segundo lugar, determinar a realização das diligências coercivas necessárias para o cumprimento coercivo do acordo ou da decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais (Fialho, 2013). Como já foi referido, devido às opções de construção da amostra os incidentes de incumprimento centram-se na vertente dos contactos pessoais. Nestes processos os progenitores não-residentes (em geral pais-homens) procuram assegurar o cumprimento dos tempos de convívio com as crianças estabelecidos em acordo homologado ou sentença prévios. Nos processos de incumprimento o tribunal adotou um conjunto de medidas no sentido de averiguar se existia incumprimento, bem como para o cumprimento coercivo do acordo ou da decisão de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Porém, em nenhum dos processos entrados foi declarado o incumprimento culposo do progenitor guardião, seguindo a jurisprudência que entende que “não é qualquer incumprimento que faz desencadear as consequências previstas no artigo 181.º da Organização Tutelar de Menores, só relevando o incumprimento que, não sendo ocasional, é grave, culposo e reiterado; não o é aquele que surge por razões imponderáveis alheias à vontade do pai dito incumpridor ou no caso em que este está convencido que não está a cumprir, até por má compreensão do acordado ou sentenciado” (Ac. RP de 03/10/2006 *apud* Bolieiro e Guerra, 2009, p. 246).

2.2 As famílias

Os 54 processos correspondem a um total de 119 indivíduos requerentes e requeridos/as (e 73 crianças e jovens), dos quais 53 são requeridos/as em processos instaurados pelo Ministério Público, 32 são requerentes do processo e 34 são requeridos/as (cf. quadro 16), verificando-se uma ligeira prevalência das mulheres

¹⁰⁵ Correndo nos próprios autos da regulação das responsabilidades parentais (artigos 147.º, alínea f), e 153.º, ambos da Organização Tutelar de Menores), em incidente autónomo (quando a regulação do exercício das responsabilidades parentais tenha sido realizada na conservatória do registo civil) ou por apenso se tiver havido prévia regulação em processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais (Fialho, 2013).

entre os requerentes e requeridos/as dos processos, o que é consonante com a já referida tendência de feminização da mobilização da justiça de família e das crianças (Pedroso *et al.*, 2012). Em termos processuais do total de 119 indivíduos constituintes dos processos, 18 foram citados/as editalmente (15 homens e 3 mulheres), ou seja, o seu paradeiro era desconhecido, e cerca de metade (55) constituiu mandatário/a, ou seja, fez-se representar por advogado/a.

Quadro 16 - Parte do processo por sexo

| Parte | Sexo | | Total | |
|--|----------|-------------|-------------|------------|
| | Feminino | Masculino | N | % |
| Requerente | 19 | 13 | 32 | 26,9 |
| Requerido/a | 15 | 19 | 34 | 28,6 |
| Requerido/a (em processo instaurado pelo Ministério Público) | 29 | 24 | 53 | 44,5 |
| Total | N | 63 | 56 | 119 |
| | % | 52,9 | 47,1 | |

A maioria dos requerentes e requeridos/as é progenitor das crianças a quem dizem respeito os processos, como se pode observar no quadro 17, contudo, são também requerentes e requeridos/as nos processos outros familiares diretos, nomeadamente avós que têm a guarda das crianças (oficialmente reconhecida ou não). Os avós são um grupo essencial a ter em conta no cuidado das crianças antes e após a separação do casal. De acordo com Sílvia Portugal (2014), as famílias recorrem frequentemente aos serviços das avós, sobretudo da avó materna, mas existem também famílias em que uma tia ou uma bisavó assegura o cuidado diário das crianças. No pós-separação esta prática tem tendência a manter-se ou mesmo acentuar-se nas famílias monoparentais (Mabry, Giarrusso e Bengtson, 2004), sendo também muitas vezes os avós que ficam com a guarda dos netos na sequência de processos de promoção e proteção por negligência parental ou mesmo abandono.

Quadro 17 – Vínculo com a(s) criança(s) do processo

| | N | % |
|--------------|------------|------------|
| Mãe | 54 | 45,4 |
| Pai | 53 | 44,5 |
| Avô | 3 | 2,5 |
| Avó | 8 | 6,7 |
| Tia | 1 | 0,8 |
| Total | 119 | 100 |

A grande maioria dos requerentes e requeridos/as é de nacionalidade portuguesa (83,2%). E a nacionalidade de requerentes e requeridos/as estrangeiros coincide com as principais nacionalidades de origem dos imigrantes, em Portugal (Baganha, Góis e Marques, 2004): angolana (3), brasileira (3), cabo-verdiana (4), guineense (2), inglesa (2), moçambicana (2), polaca (1) e ucraniana (3).

Quadro 18 - Requerentes e Requeridos/as dos processos por grupo etário

| | N | % | % válida |
|--------------------|------------|-------------|-----------------|
| Até 25 anos | 5 | 4,2 | 4,8 |
| Entre 26 e 35 anos | 26 | 21,8 | 24,8 |
| Entre 36 e 45 anos | 49 | 41,2 | 46,7 |
| Entre 46 e 55 anos | 15 | 12,6 | 14,3 |
| Entre 56 e 65 anos | 7 | 5,9 | 6,7 |
| Mais de 65 anos | 3 | 2,5 | 2,9 |
| Total | 105 | 88,2 | 100 |
| Desconhecido | 14 | 11,8 | |
| Total | 119 | 100 | |

A média de idade da amostra é 41,06 anos, sendo que a maioria dos/as requerentes e requeridos/as se situa no escalão dos 36-45 anos,¹⁰⁶ como se pode observar no quadro 18, o que é consonante com a idade média ao divórcio a nível nacional.¹⁰⁷ A média etária é ligeiramente inferior nas mulheres (40,9) do que nos homens (41,26), dado que é conforme aos padrões demográficos gerais sobre as idades do casamento, mais tardia nos homens, e a conhecida hipergamia etária das mulheres (Torres, 2002). Se se excluir os familiares “indiretos” (avós e tias) a média de idades é ligeiramente inferior 38,49 (37,65 mulheres e 39,49 homens).

Os requerentes e requeridos/as da amostra residem na sua maioria nos concelhos da área de competência territorial da secção de família e menores selecionada (69%), com especial destaque para o concelho onde está sediada (46,9%) (cf. quadro 19). Sendo de destacar que o número de requerentes e requeridos/as residentes em Portugal em concelhos de outras comarcas (17) é praticamente igual ao número de requerentes e requeridos/as residentes no estrangeiro (18). A proporção elevada de requerentes e requeridos/as residentes no estrangeiro é congruente com o aumento do

¹⁰⁶ De acordo com Pina e Magalhães (2014), em 2012, cerca de 39% dos homens e 40% das mulheres que se divorciaram tinham entre 35 a 44 anos.

¹⁰⁷ Segundo os últimos dados disponíveis no INE (2016), em 2013, a idade média ao divórcio era de 42,2 para as mulheres e 44,5 para os homens.

fluxo emigratório (Pires, Pereira, Azevedo, Santo e Inês, 2014) e do retorno de imigrantes ao seu país de origem, na sequência da crise económica.

Quadro 19 - Local de residência das partes

| | N | % válida |
|---|------------|------------|
| Concelhos da Comarca da Secção de Família e Menores | 78 | 69,0 |
| Concelhos de Outras Comarcas | 17 | 15,0 |
| Estrangeiro | 18 | 15,9 |
| Total | 113 | 100 |
| Desconhecido | 6 | |
| Total | 119 | |

A amostra pelas suas especificidades¹⁰⁸ dá visibilidade aos “novos” tipos de família que têm emergido, em Portugal, na sequência do processo de individualização e desinstitucionalização dos laços conjugais, e que se desviam do padrão tradicional de casal (de direito) com filhos/as, as famílias monoparentais, famílias recompostas e pessoas sós (Wall *et al.*, 2014). Com efeito, a maioria dos requerentes e requeridos/as integra famílias monoparentais (31), em especial femininas, 21 reconstituíram família (casais com/sem filhos/as) e 15 vivem sós (12 homens) (cf. quadro 20).

Quadro 20 – Tipo de agregado familiar¹⁰⁹

| | N | % válida |
|--|------------|------------|
| Pessoas sós | 15 | 12,6 |
| Casal sem filhos/as menores | 3 | 3 |
| Casal com filhos/as menores | 19 | 19 |
| Casal com filhos/as maiores de 25 anos solteiros | 12 | 12 |
| Avós com netos/as menores | 12 | 12 |
| Monoparental feminina | 28 | 28 |
| Monoparental masculina | 3 | 2,5 |
| Alargada com mais de um núcleo | 8 | 8 |
| Total | 100 | 100 |
| Desconhecido | 19 | |
| Total | 119 | |

A valorização da independência económica e residencial, em diferentes fases da vida, terá, de acordo com Wall *et al.* (2014), conduzido, nas últimas décadas do século XX, não só a um reforço da família nuclear de casal com ou sem filhos/as, mas também, a

¹⁰⁸ Note-se que a amostra retrata sobretudo o momento de transição para a monoparentalidade ou vivência individual resultantes de ruturas conjugais recentes.

¹⁰⁹ Entende-se por agregado familiar o grupo de indivíduos, vinculados por relações jurídicas familiares, que vivem em comunhão de mesa e habitação com o requerente e em economia familiar com o mesmo (INE, 2016).

uma maior individualização da vida privada, reduzindo a dependência do indivíduo em relação à família e à rede alargada de parentes próximos, sobretudo em fases da vida, como o pós-divórcio. Note-se, contudo, que 20 dos requerentes e requeridos/as da amostra reintegraram o seu núcleo familiar de origem, quer sozinhos - casal com filhos/as maiores de 25 anos -, quer com os/as filhos/as - famílias alargadas com mais de um núcleo. Sendo que a presença de agregados familiares complexos tem impacto na dimensão média dos agregados domésticos da amostra, como se pode observar no quadro 21, sendo a dimensão média de 3,16, um valor superior à média nacional (2,46).

Quadro 21 - Número de Pessoas do Agregado Familiar

| | |
|---------------|------------|
| | N |
| Uma | 13 |
| Duas | 16 |
| Três | 39 |
| Quatro | 24 |
| Cinco ou mais | 8 |
| Total | 100 |
| Desconhecido | 19 |
| Total | 119 |

A nível nacional a coresidência dos pais e das mães sós com outras pessoas (família alargada) ou com outros núcleos familiares (família múltipla) diminuiu na última década, porém, a sua relevância persiste, o que não pode ser dissociado da prevalência da dependência económica, social e residencial de familiares mais próximos, ou seja, da vulnerabilidade, das famílias monoparentais (Marinho, 2014). Este dado, poderá, eventualmente também, encontrar uma explicação no agravamento das condições de vida das famílias, na sequência da crise económica, uma vez que a precariedade económica e o difícil acesso a um alojamento próprio é hoje a principal motivação para a coresidência em famílias complexas (Wall *et al.*, 2014, p. 49). A crise surge assim como um fator de limitação do processo de modernização das famílias.

O processo de modernização familiar é também perceptível no estado civil¹¹⁰ dos progenitores requerentes e requeridos/as dos processos à data de nascimento da criança. Não obstante o casal seja a forma predominante de organização da vida

¹¹⁰ Optou-se aqui por utilizar a variável Estado Civil em vez de agregado doméstico por ser difícil estabelecer o tipo de agregado familiar anterior, bem como uniformizar o período de referência.

familiar, a amostra reflete a crescente informalização e diversificação da vida conjugal. A percentagem de pais em regime de união de facto (46,2%) na amostra é, como se percebe no quadro 22, superior à dos casados (37,5%) (sendo de salientar que 17 dos requerentes e requeridos/as não formavam um casal de direito ou de facto à data de nascimento da criança). Este dado é consistente com o aumento dos nascimentos vivos nascidos “fora do casamento” e a diminuição dos casamentos.

Quadro 22 – Estado civil dos progenitores à data de nascimento da criança

| | N | % | % Válida |
|----------------|------------|-------------|------------|
| Casada/o | 39 | 36,4 | 37,5 |
| Solteira/o | 17 | 15,9 | 16,3 |
| União de Facto | 48 | 44,9 | 46,2 |
| Total | 104 | 97,2 | 100 |
| Desconhecido | 3 | 2,8 | |
| Total | 107 | 100 | |

Para a caracterização socioeconómica dos requerentes e requeridos/as foram consideradas informações sobre a situação na profissão, a profissão e rendimento do agregado familiar. Mais de metade dos requerentes e requeridos/as da amostra estão inseridos no mercado de trabalho (52,9%), não obstante a percentagem de requerentes e requeridos/as desempregados/as é muito expressiva (29,4%) e é indissociável das consequências do contexto de crise económica e do paradigma austeritário (cf. quadro 23). Ao que acresce o facto de 13 dos requerentes serem mesmo beneficiários do rendimento mínimo de inserção social.

Quadro 23 – Situação profissional

| | N | % | % válida |
|----------------|------------|-------------|------------|
| Empregada/o | 54 | 45,4 | 52,9 |
| Desempregada/o | 30 | 25,2 | 29,4 |
| Inativa/o | 9 | 7,6 | 8,8 |
| Reformada/o | 7 | 5,9 | 6,9 |
| Doméstica/o | 2 | 1,7 | 2 |
| Total | 102 | 85,7 | 100 |
| Desconhecido | 17 | 14,3 | |
| Total | 119 | 100 | |

Da análise do quadro 24 relativo ao grupo profissional de requerentes e requeridos/as, segundo a CNP a 1 dígito, ressalta a importância do grupo do pessoal dos serviços e vendedores e dos especialistas das profissões intelectuais e científicas, observando-se

uma relativa polarização da amostra entre o emprego não qualificado, que representa mais de metade da amostra (55,4%), e o altamente qualificado.

Quadro 24 - Grupo Profissional segundo a CNP a 1 dígito

| | N | % |
|---|-----------|------------|
| Quadros Superiores da Administração Pública, Dirigentes e Quadros Superiores de Empresa | 2 | 4,3 |
| Especialistas das Profissões Intelectuais e Científicas | 12 | 25,5 |
| Técnicos e Profissionais de nível intermédio | 3 | 6,4 |
| Pessoal Administrativo e Similares | 4 | 8,5 |
| Pessoal dos Serviços e Vendedores | 13 | 27,7 |
| Operários, Artífices e Trabalhadores Similares | 6 | 12,8 |
| Operadores de instalações e máquinas e trabalhadores da montagem | 1 | 2,1 |
| Trabalhadores não qualificados | 6 | 12,8 |
| Total | 47 | 100 |
| Desconhecido | 7 | |
| Total | 54 | 100 |

O rendimento mensal do agregado familiar de requeridos/as e requerentes¹¹¹ é em média de 985 euros, contudo, quase 60% dos agregados dos requerentes e requeridos/as apresentam um rendimento mensal inferior a 800 euros, sendo que 26,8% tem mesmo um rendimento inferior ao salário mínimo nacional (valor de referência de 2014) (cf. quadro 25). Os baixos rendimentos mensais dos agregados familiares são consonantes com o número expressivo de indivíduos desempregados ou com empregos pouco qualificados e reflete-se ainda, como se observará em seguida, num grande número de indivíduos que beneficiam de patrocínio judiciário.

Quadro 25 - Rendimento mensal do agregado familiar

| | N | % | % válida |
|-------------------------|------------|-------------|------------|
| Menos de 485 euros | 22 | 18,5 | 26,8 |
| Entre 485 e 800 euros | 26 | 21,8 | 31,7 |
| Entre 801 e 1200 euros | 15 | 12,6 | 18,3 |
| Entre 1201 e 1600 euros | 9 | 7,6 | 11 |
| Mais de 1600 euros | 10 | 8,4 | 12,2 |
| Total | 82 | 68,9 | 100 |
| Desconhecido | 37 | 31,1 | |
| Total | 119 | 100 | |

¹¹¹ Registou-se o valor indicado nos relatórios sociais que incluem para além dos rendimentos do trabalho, todos os benefícios sociais (subsídio de desemprego, RSI, abono de família e outros) auferidos pelo agregado. No caso dos rendimentos de trabalho na maioria dos casos não discriminavam se se tratava do valor líquido ou ilíquido, contudo, nos casos em que o faziam é o valor líquido, pós-descontos.

Em consonância com os dados observados sobre as condições socioeconómicas de requeridos/as e requerentes, verifica-se ainda que 26,1% (31 de 119) das partes dos processos gozaram de proteção jurídica, sendo de salientar que 22 são mulheres, o que é conforme com a conhecida maior fragilidade socioeconómica das famílias monoparentais femininas.¹¹²

2.3 As crianças

A amostra de processos diz respeito a 73 crianças e jovens, 34 do sexo feminino e 39 do sexo masculino. As crianças e jovens têm em média 9,67 anos de idade, sendo que a maioria das crianças e jovens se situa no escalão dos 12-15 anos, como se pode observar na quadro 26. O escalão etário até aos 2 anos é o que tem menos registos.

Quadro 26 - Crianças e jovens dos processos por grupo etário

| | N | % |
|--------------------|-----------|------------|
| Até 2 anos | 5 | 6,8 |
| Entre 3 e 5 anos | 15 | 20,5 |
| Entre 6 e 8 anos | 11 | 15,1 |
| Entre 9 e 11 anos | 11 | 15,1 |
| Entre 12 e 15 anos | 22 | 30,1 |
| 16 anos ou mais | 9 | 12,3 |
| Total | 73 | 100 |

As crianças e jovens da amostra integram na sua maioria famílias monoparentais femininas (41, 56,2%) ou famílias reconstituídas pela mãe (casais com filhos/as – 13, 17,8%) (cf. quadro 27). Assim, na amostra prevalece o designado modelo tradicional da parentalidade separada no pós-divórcio, moldado por uma dualidade profunda de género e que tende a afastar a criança de um dos progenitores (Marinho, 2010), consonante com a prevalência da desigualdade de responsabilidades que predomina entre as mulheres e os homens no que se refere ao desempenho do papel parental (Aboim, 2010). Apenas 2 crianças (irmãs) residiam alternadamente com a mãe e o pai, integrando famílias monoparentais masculina e feminina. Este modelo tem sido associado aos movimentos de mudança nas relações parentais de género e nas representações da criança na família, que aproximam papéis masculinos e femininos na parentalidade e traçam lugares renovados para o pai nas famílias separadas

¹¹² De acordo com Wall e Almeida (2014), as famílias monoparentais (pai ou mãe só com filho/s) são dos agregados familiares com maior risco de pobreza (41,2%).

(Marinho, 2010, p.335).¹¹³ Porém, em Portugal este continua a ser um regime pouco comum sendo um sinal da prevalência das desigualdades de género (Pedroso *et al.*, 2014).

Quadro 27 - Tipo de agregado doméstico

| | N | % |
|--|-----------|------------|
| Casal com filhos/as | 13 | 17,8 |
| Avós com netos/as menores | 6 | 8,2 |
| Monoparental feminina | 41 | 56,2 |
| Monoparental masculina | 3 | 4,1 |
| "Monoparental partilhado" – Residência alternada | 2 | 2,7 |
| Alargada com mais de um núcleo | 8 | 11 |
| Total | 73 | 100 |

Os processos tutelares cíveis relativos a responsabilidades parentais e as famílias da amostra refletem, assim, algumas das especificidades do contexto social, familiar e económico português. A interpretação dos dados fornecidos pelos processos tutelares cíveis e pelas entrevistas e trabalhos através das categorias analíticas expostas, apresentada a partir do próximo capítulo, não pode ignorar, por um lado, o contexto de crise económica e financeira e austeridade e, por outro lado, a conjugação do moderno e do tradicional nas relações familiares e parentais.

A segunda parte da tese centra-se na operacionalização da problemática, procurando construir uma relação recíproca entre dados, análise e teoria. O capítulo 4, procura responder às duas perguntas lançadas na operacionalização da problemática, “quem” e “qual”: quem são os/as peritos/as e perícias convocados/as no processo judicial de regulação das responsabilidades parentais e qual o seu enquadramento institucional, se é ou não uma perícia obrigatória, e caso não seja quem a “solicitou”, as partes ou o/a juiz/juíza; e qual o contributo das perícias judiciais para o processo e decisão judicial, quanto ao tipo de informação. O capítulo 5, por sua vez, responde à questão “como?”, que remete para a forma como direito e perícias, magistrados/as e peritos/as (agem e) interagem nas decisões judiciais e, em especial, como é que o discurso pericial é percebido e explorado pelos/as magistrados/as. Por fim, no capítulo 6, analisam-se os processos de regulação das responsabilidades parentais enquanto

¹¹³ De acordo com Marinho (2010), são escassos os dados estatísticos sobre a expressão social da prática da residência alternada e mesmo da guarda conjunta com residência única, sendo que esta não é uma situação única de Portugal, mas da maior parte dos países onde estas estão previstas na lei da família.

espaços de luta discursiva e identitária, que constroem de forma complexa e nem sempre uniforme as identidades de género relacionadas com a maternidade e a paternidade, auxiliados pelo discurso pericial.

Capítulo 4

Perícias judiciárias: seleção, produção e conteúdo

Introdução

A noção sociológica de perícia judiciária engloba o conjunto de investigações de caráter técnico ou científico que intervêm efetivamente no processo judiciário, independentemente da fase processual, de quem a solicita ou da forma que assume, incluindo, assim, para além dos produtos técnico-científicos resultantes da investigação promovida pelo tribunal, todos os testemunhos de peritos/as em sede de audiência e as perícias juntas pelas partes. Os processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais que compõem a amostra incluíam, como foi referido no capítulo anterior, um total de 144 perícias solicitadas pelo tribunal e apenas 6 perícias judiciárias (relatórios médicos e psicológicos de crianças e pais) juntas pelas partes e 5 testemunhos de peritos/as em sede de audiência, dos quais não temos qualquer registo para além de pequenos resumos (de duas, três linhas) do testemunho nas atas de conferência ou audiência e julgamento. Assim, por questões de exequibilidade da análise, o presente capítulo centra-se exclusivamente nas perícias judiciárias resultantes da investigação promovida pelo tribunal e documentadas em relatório, designadamente, nos relatórios sociais e avaliações psicológicas e das competências parentais, dando especial atenção aos processos de seleção e produção das perícias judiciárias dos processos tutelares cíveis e ao seu conteúdo (informações e recomendações).

Como referido anteriormente, identificaram-se 7 tipos distintos de perícias judiciárias solicitadas pelo tribunal, que resultam do cruzamento do enquadramento legal, quesito, ou pedido do tribunal, entidade que realiza a perícia e contexto de produção da perícia: avaliação às competências parentais; avaliação dos convívios; avaliação psicológica ou psiquiátrica; informação médica ou psicológica; informação social; relatório social; e relatório social internacional. A análise das diferentes peças

processuais dos processos tutelares cíveis que compõem a amostra, em especial os officios enviados pelo tribunal e pelos/as peritos/as e as perícias judiciárias, e, complementarmente, das entrevistas, revela, em primeiro lugar, como o processo de seleção das perícias e entidades que as realizam estão associados a critérios de legalidade (perícias “obrigatórias” por lei, como os relatórios sociais e entidades públicas), mas também outros critérios associados às características dos processos (maior ou menor conflitualidade em torno do acesso às crianças) e às características da entidade ou das perícias (ex. objetividade, detalhe, clareza) e à relação entre magistrados/as e peritos/as (ex. conhecimento prévio). Ou seja, como refere Jasanoff (1995, 2007), o direito constrói ativamente os factos científicos que presume encontrar, bem como as pessoas (testemunhas periciais) que encara como competentes para representar tais factos.

Em segundo lugar, revela as diferentes estratégias (ex. contactos informais, consulta dos quesitos e das peças processuais), metodologias e fontes, mais ou menos uniformizadas pelos protocolos, consoante o tipo de perícias, a que os/as peritos/as recorrem para responder aos quesitos do tribunal. Se as avaliações psicológicas e psiquiátricas e às competências parentais obedecem a critérios ou protocolos mais estritos, com baterias de testes psicométricos estabelecidos internacionalmente, as metodologias e fontes dos relatórios sociais variam em função das características das partes (ex. família acompanhada pelo RSI – articulação com outros técnicos) e dos motivos dos processos (ex. disputa pelo acesso às crianças – visitas domiciliárias), ainda que as entrevistas aos progenitores seja a técnica por excelência das EMAT (o que não é isento de críticas por parte dos/as magistrados/as).

Por fim, mostra como o tipo de informação (contextual, processual ou técnica) presente nas perícias judiciárias e a inclusão ou não de recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais estão intimamente associados ao tipo de perícia judiciária e às metodologias e fontes utilizadas pelos/as peritos/as, observando-se diferentes combinações de informações contextuais, processuais e técnicas. Sendo que alguns tipos de perícia se aproximam mais do modelo clássico de perícia técnica, identificado por Castel (1991), em que o/a perito/a é um auxiliar ao serviço de um terceiro que tem a responsabilidade da decisão, o/a magistrado/a, e os dois pólos, o da produção de conhecimento e o da tomada de decisão, são em princípio claramente identificados e distintos (as informações médicas e psicológicas

e algumas avaliações psicológicas e psiquiátricas). Enquanto outras (relatórios sociais) se aproximam mais do modelo de perícia instituído do mesmo autor (Castel, 1991), em que o saber da perícia qualifica e desqualifica comportamento, legitimando-os ou não, e produz diretamente uma ordem normativa e regras jurídicas. O discurso pericial assume-se, assim, muitas vezes como, simultaneamente, um discurso padronizado ou normalizado pelas técnicas e protocolos pré-estabelecidos (ainda que adaptados ao contexto concreto) e normalizador ou regulador do comportamento das famílias.

1 A seleção das perícias judiciais e dos respectivos autores

A seleção das perícias judiciais a realizar e dos/as peritos/as e/ou entidades responsáveis pelas mesmas assenta num sistema de poder, que define o que deve ser constituído como perícia judicial, como, de quem e por quem é extraída a informação e o que, posteriormente, é considerado para a decisão judicial (e que será discutido no capítulo seguinte). Este sistema de poder, por sua vez, apoia-se, tanto no poder jurídico e judicial (ex. legislação), que estabelece as regras das perícias judiciais e as legitima (ou não), como no poder disciplinar das técnicas e métodos dos/as peritos/as e das suas disciplinas. Assim, a definição das perícias judiciais a realizar e a seleção das entidades e peritos/as a quem é dirigido o pedido de perícia judicial obedecem a critérios legais, mas também a outros critérios, associados às características do processo, da entidade ou das perícias e à relação entre magistrados/as e peritos/as, como estudado por Ward (2004) e Dumoulin (2007).

Se os relatórios sociais eram obrigatórios de acordo com a lei anterior,¹¹⁴ a realização de exames médicos e psicológicos, como as avaliações psicológicas ou avaliações das competências parentais dependiam de os/as magistrados/as considerarem a sua realização necessária ou não e do consentimento das partes. Ora, a análise da amostra permite concluir que o recurso às perícias judiciais de avaliação dos convívios, bem como de avaliação psicológica e psiquiátrica e das competências parentais parece estar reservada pelos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais para os casos considerados mais complexos, que correspondem, em geral, aos processos de

¹¹⁴ Cf. Artigo 147.º da OTM (inquérito sobre a situação social, moral e económica).

incumprimento do regime de convívios ou de regulação das responsabilidades parentais em que há uma disputa pelo acesso à(s) criança(s).

Se me pergunta se eu já tomei a iniciativa, o tribunal ou até a requerimento do Ministério Público (...), também já fiz algumas. Confronto ambos, porque às vezes há questões de disputa de residências de crianças, casos mais extremos... e eles não a requereram e eu entendo que é importante ter também essa avaliação. Confronto os dois se estão disponíveis para a avaliação ser feita e peço-a também. (...) nós não podemos estar à espera de uma resposta num mês ou dois, é impossível, e, portanto, são para casos mais complexos. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

No que respeita às avaliações às competências parentais e às avaliações psicológicas e psiquiátricas, o tempo de realização deste tipo de perícias (que é em média de 6 meses), a necessidade de consentimento das partes e o facto de os/as magistrados/as considerarem que estas perícias nem sempre são relevantes para a decisão (esta questão será explorada no capítulo seguinte), contribuem, de acordo com as entrevistas, para que os/as magistrados/as raramente solicitem estas perícias sem ser a pedido das partes ou na sequência da sugestão de outros/as peritos/as.¹¹⁵

Normalmente essas perícias só são possíveis de pedir se não houver oposição dos visados, como a própria lei diz. Têm que aceitar os dois, se só aceitar um não nos serve, não vamos pedir. (...) nós não podemos estar à espera de uma resposta num mês ou dois, é impossível, e portanto são para casos mais complexos. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

É, normalmente, são os próprios, são as partes que pedem, porque questionam a capacidade do outro para ser pai ou para ser mãe e então pretendem a avaliação psicológica ou psiquiátrica para se perceber isso. (...) Mas também regra geral os resultados são sempre positivos, quer dizer... nunca há ali uma... nesse tipo de perícia que é uma avaliação psicológica para saber se têm capacidade para exercer as funções parentais. Normalmente são sempre positivos, nunca há ali assim nenhum desvio flagrante que impeça de qualquer modo que a parentalidade seja exercida. (...) Estes tipos de avaliações às capacidades parentais são mais individualizadas e eu acho que depois acabam por não ter um resultado que sirva muito para alterar o sentido da decisão. (Entrevista Magistrado do Ministério Público 2)

O número de processos em que as partes tomam a iniciativa de solicitar uma perícia judiciária de avaliação das competências parentais e/ou psicológicas e psiquiátricas ao

¹¹⁵ Observa-se apenas um processo de regulação das responsabilidades parentais em que foi a própria magistrada do Ministério Público que na segunda ata de conferência de pais, sugeriu a realização de uma avaliação psicológica:

Dada a palavra à Digna Magistrada do Ministério Público, pela mesma foi dito.- "Sugiro a realização de uma avaliação psicológica, desde já, a ambos os progenitores, na Unidade de Apoio à Comunidade, notificando-se o requerente e a requerida para declarar se a autorizam atento o disposto pelo artigo 178º, nº 3 da OTM. (...) Nesta altura, foi dada a palavra aos progenitores dos menores, que no seu uso disseram que aceitam ser submetidos às promovidas avaliações psicológicas. (Ata de Conferência de Pais 2, Processo 119)

tribunal é relativamente reduzido, apenas 9 no total de 54 processos tutelares cíveis que compõem a amostra, o que, segundo a entrevista aos/às advogados/as, está associado aos custos destas perícias judiciárias.

(...) se nós pedirmos um relatório em que a mãe ou pai seja avaliado, por exemplo a nível psicológico ou psíquico, fica muito oneroso. E muitas vezes as pessoas também fogem um bocadinho disso, porque é caríssimo. (Entrevista Advogada 1)

Com efeito, as perícias judiciárias de avaliação psicológica e das competências parentais da amostra apresentam faturas que oscilam entre os 300/400 euros, da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade,¹¹⁶ até aos 1.000 euros dos estabelecimentos de saúde, valores relativamente elevados se se considerar que o rendimento médio mensal dos agregados familiares de requeridos/as e requerentes da amostra é de 985 euros e que esta é uma despesa que terão de assumir, caso não tenham apoio judiciário.

No total de perícias judiciárias (oficiais) 21 sugeriam a realização de outras perícias judiciárias, como no exemplo seguinte em que na perícia de avaliação de convívios entre pai e filha, realizada no âmbito do processo de incumprimento, a perita, à semelhança do que já havia sido sugerido por outra perícia, sugere a intervenção terapêutica da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade.

Nesta sequência, parece-nos pertinente poder vir a ser equacionada uma conferência de pais, e estes refletirem na possibilidade de que a relação pai/filha possa vir a ser intervencionada em contexto terapêutico, por profissionais especializados nesta vertente, ajuda também indicada no Relatório de Perícia Médico - Legal - Psiquiatria de Crianças e Adolescentes relativo à Mariana. Nesta conformidade sugere-se, se assim for entendido Superiormente, a Unidade de Apoio à Comunidade ou outro serviço. (Relatório de avaliação de convívios, Processo 132)

A análise dos processos revela que, ao contrário das perícias solicitadas pelas partes, as perícias judiciárias sugeridas no âmbito de outras perícias são sempre acolhidas pelo tribunal. Na amostra registou-se um caso em que o/a magistrado/a recusou o

¹¹⁶ Este é um serviço que inclui a assessoria aos tribunais, nas áreas da Regulação das Responsabilidades Parentais, Negligência e/ou Abuso de Crianças, Violência Familiar e tutelar educativa, através da “Avaliação Psicológica e Intervenção Terapêutica de Suporte para a Mudança” que tem como objetivos: 1. Avaliação psicológica com elaboração de relatório, a solicitação do Tribunal, para identificação de sintomatologia, das forças e vulnerabilidades das crianças/jovens, das competências e capacidades parentais e do potencial de mudança em casos de dificuldade de regulação das responsabilidades parentais, de inibição das responsabilidades parentais, de adoção, de negligência e/ou abuso de crianças e jovens; 2. Realização de intervenções terapêuticas como suporte para a mudança, em casos em que a avaliação anterior a tenha considerado possível; 3. intervenção terapêutica com crianças/adolescentes vítimas de abuso e/ou negligência; 4. Intervenção terapêutica em situações de violência filio-parental.

pedido do pai para a realização de uma avaliação psicológica com o fundamento que o técnico da EMAT não o havia sugerido.

Por outro lado, não vislumbramos qualquer utilidade nem fundamento na realização dos exames psicológicos pretendidos pela requerente (v. fls. 450), já que estamos perante um processo de incumprimento instaurado em 2009 e só agora, mais de três anos depois, é que a requerente entende ser necessária a realização desses exames, numa fase em que a aproximação do menor ao pai tem conhecido uma evolução favorável, nunca tendo o Técnico Gestor da EMAT que acompanha o processo e lida de perto com ambos os progenitores sugerido a realização de tais exames (Promoção do Ministério Público, Processo 103)

Por outras palavras, a definição das perícias judiciais a realizar assenta num sistema de poder duplamente fundado, no poder jurídico e judicial, designadamente nos critérios legais, e no poder não só da própria disciplina da perícia, mas de outras perícias, que podem ou não legitimar a sua realização.

1.1 A seleção das entidades

Como se pode observar no quadro 28, a amostra revela uma relativa diversidade nas entidades e peritos/as que realizam perícias judiciais, desde a EMAT e o Instituto Nacional de Medicina Legal (INML), passando pelas CPCJ, entidades públicas de saúde (Hospitais) e equipas de rendimento social de inserção do Instituto de Segurança Social, autoras das informações sociais, até à Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade. Refletindo a proliferação e diversificação das tecnologias políticas de organização familiar, identificadas por Jacques Donzelot (1977), que contribuem para a proteção da infância e, consequente, “policiamento das famílias”, a par dos tribunais de família e menores.

Quadro 28 - Autor da perícia judicial

| | N | % |
|---|------------|------------|
| Instituto Nacional de Medicina Legal | 1 | 0,7 |
| Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade | 3 | 2,1 |
| Outras entidades nacionais | 3 | 2,1 |
| Comissão de Proteção de Crianças e Jovens | 4 | 2,8 |
| Entidades estrangeiras | 5 | 3,5 |
| Entidades públicas de saúde | 15 | 10,4 |
| EMAT | 113 | 78,5 |
| Total | 144 | 100 |

A lei determina que os inquéritos sobre a situação social, moral e económica solicitados no âmbito de qualquer processo tutelar cível sejam realizados pelas

EMAT¹¹⁷, que elaboram também relatórios de avaliação dos convívios, o que justifica o peso que as Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais têm na elaboração das perícias judiciárias (78,5% - 113 em 144).

No caso dos exames médicos ou psicológicos¹¹⁸ a lei confere uma maior liberdade de apreciação ao/à juiz/juíza quanto à entidade a realizar a perícia judiciária, determinando apenas que a perícia “requerida por qualquer das partes ou determinada officiosamente pelo juiz, é requisitada pelo tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado”¹¹⁹. E ainda que, de acordo com as entrevistas, realizadas existisse a indicação para recorrer preferencialmente ao Instituto Nacional de Medicina Legal. O INML surge enquanto autor de apenas uma das perícias judiciárias da amostra.

e. E normalmente recorrem a que entidade?

E1. A orientação que temos é recorrer sempre à Medicina Legal, penso eu.

E2. Para esse tipo de avaliação às capacidades parentais é, mas temos também muitos pedidos de intervenção à Unidade de Apoio à Comunidade. (Entrevista Magistrado Judicial 1 e Magistrado do Ministério Público 2)

Com efeito, por um lado, as perícias realizadas pelas entidades públicas de saúde foram todas reencaminhadas pelo INML por incapacidade deste responder aos pedidos do tribunal, sendo que os testes aplicados e o conteúdo dos relatórios é muito similar ao do INML.¹²⁰

Em resposta ao ofício de V. Exa indicado em epígrafe, cumpre-nos informar que a avaliação psicológica solicitada a Álvaro, foi distribuída ao Serviço de Psiquiatria Forense (...), (...) informa-se que qualquer assunto relativo ao processo acima indicado, desse Tribunal deve ser tratado diretamente com aquele Serviço. (Excerto de ofício do INML, Processo 150)

Por outro lado, os/as magistrados/as reconhecem a necessidade de por vezes recorrer a outros organismos, como a Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, que cumprem o requisito legal, em vez da EMAT ou do INML.

Às vezes tenta-se implicar outros organismos [para além da EMAT e do INML] porque de facto o serviço tem determinada área de intervenção que

¹¹⁷ Cf. Decreto-Lei n.º 214/2007, de 29 de maio de 2007.

¹¹⁸ Nos termos do artigo 388.º, do Código Civil apenas os exames médicos ou psicológicos previstos no artigo 178.º, n.º 3, da OTM, são considerados prova pericial.

¹¹⁹ Cf. artigo 467.º do Código de Processo Civil.

¹²⁰ Em entrevista (com o gravador desligado) foi-me relatado que com os cortes orçamentais no setor da saúde isto deixou de ser possível, porque as entidades da saúde se recusam.

se esgota depois. (...) O pedido feito através do tribunal é um pedido que é legal, previsto na Lei, e que como a Lei exige que as perícias sejam pedidas a institutos públicos, a institutos oficiais, está garantida, à partida, a sua isenção, a imparcialidade, a objetividade daquele... (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Note-se, contudo, que esta é uma especificidade da região da secção de família e menores em análise, uma vez que, de acordo com a entrevista à representante deste serviço, não existem serviços semelhantes no resto do país.

Os pedidos vêm aqui dos tribunais... Os tribunais têm ou deveriam ter a quem fazer estes pedidos, porque os tribunais têm as equipas de assessoria ao tribunal, as EMAT, têm o Instituto Nacional de Medicina Legal, nas suas várias delegações, e portanto à partida, em teoria, não deveria ser preciso este tipo de serviço, mas os tribunais têm estado a pedir cada vez mais. Geralmente, o nosso maior cliente de facto é a secção de família e menores [em análise], mas temos pedidos de [outros concelhos limítrofes]. (...) Eu penso que os tribunais pedem mesmo é às delegações de medicina legal, às EMAT ou eventualmente a outro serviço. (Entrevista Perita 1 da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade)

Assegurado o requisito legal, são as características e qualidades das perícias e dos/as peritos/as e a relação dos/as magistrados/as com os/as diferentes peritos/as e dos/as peritos/as entre si que influenciam a seleção da entidade a realizar a perícia. Os/As técnicos/as da EMAT consideram que as perícias elaboradas pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade são mais adequadas aos processos de regulação das responsabilidades parentais e à avaliação das competências parentais, admitindo recomendar com mais frequência a execução das perícias por esta unidade do que pelo INML.

E3: Eu vou falar por mim. A medicina legal centra-se mais na parte, nas características da personalidade, a Unidade de Apoio à Comunidade faz testes aos indivíduos. Centra-se muito nas características, e fala, do meu ponto de vista, das perícias que eu tenho lido, fala pouco das competências parentais. Tem assim uma nota de conclusão que as características da personalidade daquele indivíduo não colidem com o exercício. A Unidade de Apoio à Comunidade faz testes também, mas é mais específico ao nível das competências parentais, muito mais. E eu da minha parte, não sei como é que é com os colegas, mas eu sugiro mais a Unidade de Apoio à Comunidade.

E3: Nós quando sugerimos é mais centrados nas competências parentais, eu digo muitas vezes Unidade de Apoio à Comunidade, escrevo. Depois o tribunal se considerar, se tiver a mesma postura, muito bem, se não tiver... (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

As perícias judiciais realizadas pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade surgem também no discurso de magistrados/as como mais detalhadas e ponderadas e como tendo uma maior capacidade de influenciar a decisão, quando comparadas com as realizadas pelo INML.

E vamos percebendo a resposta, não é? E enquanto de um lado temos uma resposta satisfatória, que a nós enquanto leigos na matéria, portanto, nos dá... é uma mais-valia. Portanto, e a multidisciplinaridade funciona muito bem, não é? Porque nós temos ali um relatório, um parecer, uma opinião técnica, não é? Que de facto nos ajuda a decidir melhor, pelo menos é essa a perspectiva que eu vejo. Do outro lado começámos a ver que era de facto isso, quer dizer, que são aplicadas as várias tabelas, os vários testes, e depois há uma reprodução pronto, muito escorreita, muito sem haver apreciação, sem haver uma análise e um trabalho de reflexão. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Sérios, esclarecedores, profundos, e, portanto, são situações sempre muito positivas. (...) (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Porque há protocolo e, portanto, eu já percebi que são sempre os mesmos instrumentos, mas depois não são trabalhados, que é uma coisa que difere na Unidade de Apoio à Comunidade. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Nas entrevistas os/as magistrados/as destacam ainda o facto desta Unidade, para além da aplicação dos testes psicométricos previstos no protocolo, desenvolver também uma intervenção terapêutica.

Sim, eles [INML] fazem esse tipo de trabalho há avaliações, há relatórios, são objetivas... mas não há trabalho nenhum, nem intervenção nenhuma no sentido de mudar alguma coisa. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

No sentido terapêutico, não há intervenção nenhuma. E estes fazem. Esta Unidade faz uma intervenção nessa área, tentando mesmo perceber o que é que está ali a funcionar mal e desbloquear. E sugerem intervenções e tudo... (Entrevista Magistrado do Ministério Público 2)

Para além disso a Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade é representada pelos/as magistrados/as como sendo uma entidade credível, cujos relatórios não são postos em causa.

Ou seja, a Unidade de Apoio à Comunidade é uma instituição ou um organismo credível, quer para nós enquanto profissionais, quer inclusivamente para os progenitores, quer para os respetivos advogados. Portanto, isso para nós também é uma mais-valia, porque de facto é um instrumento de trabalho que ninguém questiona, ou que muito pouca gente questiona, pronto. (...) nos relatórios da unidade de apoio à comunidade vê-se que há ali um empenho, que são individualizados, por exemplo. Quer dizer, ou seja, vê-se que aquela família foi estudada, apontam-se estratégias para a resolução do conflito. (...) E depois há também, quer dizer, a disponibilidade dos técnicos de virem ao tribunal sempre que possível e prestarem-nos, por exemplo, esclarecimentos. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Considerando estas características, os/as magistrados/as afirmam solicitar as perícias judiciais ao INML ou à Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade em função da perícia que é solicitada pelas partes ou sugerida pela EMAT e das características do próprio processo, contactando: o Instituto de Medicina Legal para executar as avaliações psicológicas e psiquiátricas individuais; e a Unidade de Apoio

à Comunidade da Universidade para as avaliações às capacidades parentais, com uma componente de intervenção terapêutica.

E uma coisa é certa, nunca me passou a mim pela cabeça, e penso que à Sra. Procuradora também não, se não promoveria isso nos processos, solicitar ao INML aquilo que eu há bocadinho mencionei, que é em relação a crianças mais velhas e jovens, que recusam o convívio com um dos progenitores, solicitarmos uma análise do porquê, das reais razões e formas de ultrapassarem essa aversão, digamos assim. Eu nunca solicitei isso ao INML, porquê? Porque não tenho a confiança no resultado que iria obter que tenho na Unidade de Apoio à Comunidade. É completamente diferente. (...) E depois há outra coisa, mesmo não indo para essa dicotomia. Por exemplo, às vezes entre a unidade de apoio à comunidade e a intervenção da EMAT numa questão de convívio. Já tem acontecido os advogados, por exemplo, «ai por que é que não há aí uma EMAT?». (...) Acabamos por perceber, e às vezes isto é difícil de verbalizar, mas perceber que naquele caso concreto (...) o trabalho a desenvolver pela EMAT não é o adequado, não é que esteja errado ou que não seja cumprido, não é adequado à situação de conflito (...). (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Em suma, os critérios que determinam a realização e a seleção das perícias judiciárias estão associados a questões legais e processuais, mas também a questões associadas às características do processo e/ou das famílias, da entidade ou das perícias e à relação entre magistrados/as e peritos/as, em consonância com o que os estudos de Ward (2004) e (Dumoulin, 2007) apontam.

2 A produção das perícias judiciárias: do pedido à elaboração do relatório

O processo de pedido e produção da perícia constitui-se enquanto espaço de interseção e de transgressão entre direito e ciência que conduz os diferentes atores sociais a mobilizarem esforços (maiores ou menores) no sentido de estabelecerem plataformas de entendimento e cooperação (Machado, 2007). Os/as magistrados/as definem o objeto e/ou sujeito da perícia judiciária, estabelecem os quesitos e contactam os/as peritos/as no sentido de esclarecer (nem sempre com sucesso) o que pretendem das perícias judiciárias. No caso dos/as peritos/as estes utilizam o seu conhecimento e prática científica para pôr em marcha procedimentos de observação e análise de resultados que lhes permitam tirar conclusões sobre os pedidos efetuados *a priori* pelo tribunal (Costa, 2013).

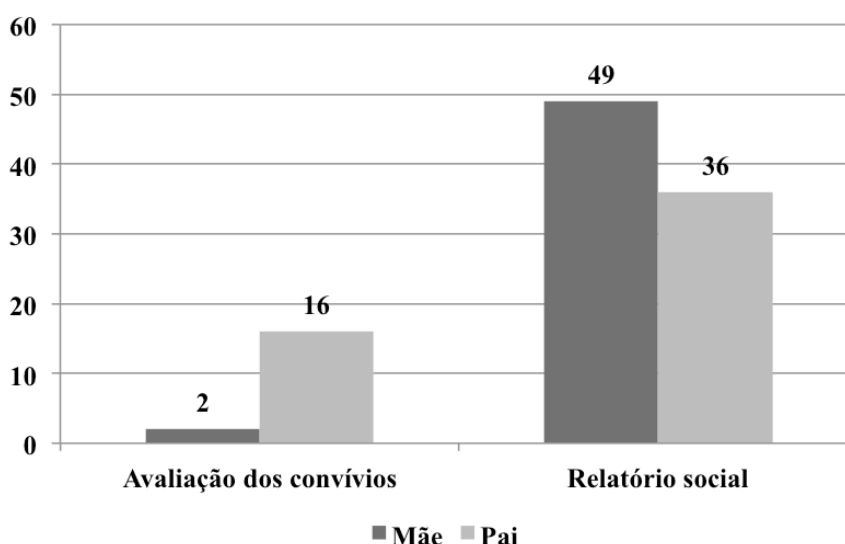
No que diz respeito ao objeto e/ou sujeito da perícia judiciária, a análise do quadro 29 revela que a grande maioria das perícias judiciárias solicitadas diz respeito aos

progenitores(s) da criança(s), 121 em 144 perícias, observando-se, em termos globais, um maior número de perícias judiciais relativas aos pais-homens (com e sem as crianças), 63 perícias judiciais contra 56 relativas às mães, o que poderia à primeira vista indicar um maior escrutínio dos pais-homens.¹²¹

Quadro 29 - Sujeito da perícia

| | N |
|---|------------|
| Mãe (total) | 56 |
| Com a Criança | 10 |
| Pai (total) | 63 |
| Com a criança | 14 |
| Família “Nuclear” Biológica (Mãe, Pai e Criança(s)) | 10 |
| Elementos da Família Alargada (tios, avós) | 8 |
| Criança(s) | 7 |
| Total | 144 |

Gráfico 6 - Sujeito das perícias por tipo de perícia judiciária



Contudo, quando se observa o sujeito das perícias por tipo de perícia judiciária (cf. gráfico 6), verifica-se, por um lado, uma prevalência dos pais-homens nos relatórios de avaliação dos convívios (16 em 21), sendo que as 21 perícias judiciais de avaliação dos convívios foram realizadas em 6 processos e 13 delas dizem respeito a um único processo e, simultaneamente, a um único pai-homem (processo 103). E, por

¹²¹ Ainda que em termos práticos, à exceção dos relatórios de avaliação psicológica ou psiquiátrica e das informações médicas ou psicológicas centrados, em geral, no indivíduo, a maioria das perícias avalie o indivíduo no seu contexto familiar e na sua relação com os filhos (independentemente do pedido e da identificação da perícia remeter exclusivamente para a mãe ou para o pai (por exemplo os relatórios sociais)).

outro lado, a maioria dos relatórios sociais, as perícias judiciárias mais comuns, dizem respeito às mães, 49 relatórios contra 36 dos pais-homens, refletindo, a prevalência das famílias monoparentais femininas da amostra e o número de pais-homens citados editalmente, que estavam em parte incerta ou emigrados. A prevalência do modelo tradicional da parentalidade separada no pós-divórcio, com a fixação da residência da(s) criança(s) junto das mães, contribui para que as mulheres, em geral, e em especial as mais desfavorecidas, estejam sujeitas a um maior controlo administrativo e judicial e a níveis de vigilância e escrutínio mais elevados do que os pais-homens.

O número de perícias judiciárias relativas exclusivamente às crianças é, como se pode observar no quadro 29, bastante reduzido, 7 em 144. Assim, a procura por uma resposta individualizada centrada no superior interesse da criança contrasta com o facto da maioria das perícias se focarem na família e nos adultos, corroborando a tendência identificada por Pedroso (2011) de que o Estado reforça o controle das relações familiares por via judicial, administrativa e social de forma indireta ao promover os direitos das crianças (Pedroso, 2011; Pedroso e Branco, 2008). O argumento da proteção e de uma vitimação secundária da criança é, frequentemente, usado para legitimar a não audição das crianças (Sani, 2013), como resulta dos seguintes excertos das entrevistas aos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público:

A maior parte das alegações dos advogados nos meios de prova vem pedir sempre uma avaliação da criança, nalguns casos. (...) E não se justifica de forma nenhuma. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

(...) a criança também precisa de ser deixada sossegada quando nós verificamos que o problema não é a criança. A criança não tem problema nenhum. A criança é saudável, se calhar de acordo com o contexto em que vive até é bem saudável e de facto às vezes há é necessidade de intervir nos pais, intervir... uma avaliação que depois pode preceder uma intervenção e nós às vezes dizemos “deixemos a criança estar sossegada. ela não precisa de.. os senhores é que deviam, não é?” Porque na grande maioria das situações o problema está nos pais, não está nas crianças. Na grande maioria das situações e portanto os pais é que não estão dispostos a mudar e portanto, querem avaliar a criança para ver se dali tiram dividendos para a sua própria posição, não é porque estão muitas vezes preocupados com o verdadeiro bem-estar da criança... (Entrevista Magistrada Judicial 3)

A prática judiciária que mantém a criança afastada do litígio judicial¹²² é considerada desconforme com as regras e princípios nacionais e internacionais, nomeadamente na

¹²² Veja-se a título de exemplo a seguinte promoção do Ministério Público:

Quanto à audição dos menores, foram os mesmos recentemente inquiridos neste Tribunal, não se vislumbrando a utilidade de nova audição, sendo melhor para o interesse deles que sejam envolvidos o

Convenção sobre os Direitos da Criança, que reconhecem à criança o direito de ser ouvida e a participar sobre as decisões que lhe digam respeito, suscitando inclusive problemas de reconhecimento das decisões junto de outros Estados-Membros da União Europeia (Pereira, 2015).^{123,124} Embora o corpo de direitos da criança esteja há muito constituído, na prática há ainda um caminho a percorrer para que, efetivamente, as crianças e os jovens sejam vistos como atores sociais, cuja proteção deve ser sinónimo de promoção dos seus direitos individuais, económicos, sociais e culturais (Sani, 2013). A criança continua a ser tratada como um sujeito de direito, mas não de direitos, como um ser “menor”, sem capacidade para se expressar sobre a sua vida. Por outras palavras, prevalece a representação da criança como um ser frágil e que necessita de proteção dos adultos e do Estado - típico do modelo de proteção¹²⁵, que vigorou na Europa até à década de 1980 -, mais do que como sujeito de direitos, capaz de expressar opiniões, titular do direito de as ver tomadas em devida consideração,

mínimo possível neste litígio judicial. Quanto aos exames de paternidade requeridos, caso o requerente duvide da sua paternidade, dispõe de ação judicial própria com essa finalidade, não sendo este o processo adequado para o efeito, pelo que me parece ser de indeferir, nesta parte, o requerido. (Promoção do Ministério Público, Processo 129)

¹²³ Desde logo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, acolhida na ordem jurídica nacional pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 8 de junho de 1990, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12 de setembro, que no seu artigo 12.º:

Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Para além disso, o Regulamento (CE) N.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental, comumente designado “Regulamento Bruxelas II BIS” tem como alicerces jurídicos os princípios do exercício do contraditório e da audição da Criança (cf. as motivações 19, 20 e 21 e o previsto no disposto no n.º 2 do artigo 11.º, alínea b) do artigo 23.º, n.º 2, alínea c) do artigo 41.º e n.º 2, alínea a) do artigo 42.º). Assim, uma sentença de um tribunal português que tenha sido proferida, sem que a Criança tenha tido a oportunidade de ser ouvida (ou a inexistência de um despacho que fundamente a não audição da Criança) levará a que a esta mesma Sentença não seja reconhecida em outro Estado-Membro, por consubstanciar um fundamento de não reconhecimento ao abrigo do referido regulamento.

¹²⁴ Neste contexto, o novo Regime Geral do Processo Cível consagrou nos termos da alínea c), do n.º 1 e n.º 2 do artigo 4.º o princípio da audição e participação da criança:

Audição e participação da Criança - a criança, com capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é sempre ouvida sobre as decisões que lhe digam respeito, preferencialmente com o apoio da assessoria técnica ao tribunal, sendo garantido, salvo recusa fundamentada do juiz, o acompanhamento por adulto da sua escolha sempre que nisso manifeste interesse.

¹²⁵ A este propósito consultar entre outros “A Criança, o Direito e Os Direitos”, de Guilhermina Marreiros (2001), ou “Child Rights in Europe. Convergence and Divergence in Judicial Protection”, de Geraldine Van Bueren (2007).

devendo ser informado, como consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança, que exige um direito efetivo de participação (Duarte-Fonseca, 2010; Van Bueren, 2007). Isto não significa que a criança não deva ser protegida e a sua audição não deva, como de resto está consagrado na lei, ser adaptada à sua idade e capacidade de compreensão, sendo adotadas medidas e procedimentos que garantam uma adequada e não vitimizadora participação da criança no processo.¹²⁶

Quadro 30 - Número de meses entre o pedido e a receção da perícia

| | N | % |
|--------------------|------------|------------|
| Até 2 meses | 60 | 42,8 |
| Entre 3 a 4 meses | 39 | 27,8 |
| Entre 5 a 6 meses | 24 | 17,1 |
| Entre 7 a 12 meses | 14 | 10 |
| Mais de um ano | 3 | 2,1 |
| Total | 140 | 100 |
| Desconhecido | 4 | |

Relativamente ao tempo que decorre entre o pedido e a entrega do relatório, a maioria das perícias judiciais não cumpre o prazo judicialmente estabelecido e/ou legalmente determinado de 30 ou 60 dias, demorando em média 3,75 meses, com consequências, como é possível observar nos excertos, no decorrer do processo judicial (cf. quadro 30).

Atento o acordo de aproximação do menor ao pai, aguardem os autos os resultados obtidos, devendo o Exmo. Técnico da Segurança Social, findo o prazo de 30 dias, elaborar relatório. (Ata de Conferência, Processo 103)

Uma vez que não se vislumbra qualquer possibilidade de acordo entre o Requerente e a Requerida, notifiquem-se os mesmos nos termos do disposto no artº 178º, nº 1 e 2 da O.T.M. — Solicite à segurança Social os relatórios sociais. Findo o prazo de 60 dias, se nada for dito, insista. (Ata de Conferência, Processo 122)

Mais concretamente, os relatórios sociais, o tipo de perícia mais comum da amostra e dos processos tutelares cíveis em geral, demoram em média perto de 4 meses

¹²⁶ Neste sentido, o Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 2010, adotou uma série de diretrizes propondo uma justiça amiga das crianças, o que significa que a justiça, e em particular o sistema judicial, deve tratar as crianças de forma digna, com respeito, cuidado e justiça ou equidade, assegurando inclusivamente que os edifícios ou instalações judiciais estão ajustados às necessidades das crianças/jovens, em especial as salas de audição e as salas de espera. Recentemente, a nível nacional a Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprova o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, estabelece, no artigo 5.º, relativo à audição da criança, que esta respeita a sua específica condição, garantindo-se, em qualquer caso, a existência de condições adequadas para o efeito, designadamente, “a não sujeição da criança a espaço ou ambiente intimidatório, hostil ou inadequado à sua idade, maturidade e características pessoais”. Refira-se, a este propósito, a investigação desenvolvida por Patrícia Branco (2015) sobre a arquitectura judiciária na justiça de família e menores.

(3,74).¹²⁷ Os relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica às faculdades mentais e de avaliação às competências parentais são as perícias que demoram mais – em média, cerca de 6 meses –, a par das informações internacionais. As informações clínicas são as que em média demoram menos tempo – perto de 2 meses. As avaliações de convívio, por sua vez, demoram pouco tempo entre cada relatório, cerca de um mês, mas a intervenção estende-se no tempo. A título de exemplo no processo 103, o primeiro pedido é feito a 06/01/2011, o primeiro relatório chega a 16/02/2011, mas desde aí são elaborados diversos relatórios e o acompanhamento estende-se por 3 anos, até 07/01/2014.

Consequentemente, quer após a promoção do Ministério Público e despacho do juiz ou juíza, quer por iniciativa da/o escritã/o são enviados ofícios a insistir nos pedidos de elaboração das perícias judiciais. No primeiro exemplo, o/a magistrado/a judicial ordena o envio do ofício à EMAT e prevê desde logo que se insista caso não haja resposta no prazo de 60 dias.

Ofício à EMAT como se promove. Decorrido o prazo de 60 dias, se nada for junto, insista. (Despacho judicial, Processo 150)

Promovo que se insista pelos relatórios em falta (avó e progenitora dos menores). (Promoção do Ministério Público, Processo 115)

¹²⁷ Na amostra observam-se vários ofícios dos técnicos da EMAT, como o seguinte, a pedirem a prorrogação do prazo, justificando a demora com o volume processual, a época do ano (férias), a própria complexidade do caso e/ou as diligências em curso.

Na sequência de solicitação desse Tribunal, através do ofício (...), relativo ao assunto em epígrafe, vimos por este meio informar V. Ex.a de que, no seguimento da análise das peças processuais efetivada, foram acionadas diligências com vista à avaliação da situação. Contudo, face ao atual volume processual em acompanhamento pela equipa neste período de férias, bem como à complexidade da intervenção que o presente processo acarreta, foi possível aferir da impossibilidade de elaborar e remeter o relatório solicitado no prazo estipulado, pelo que vimos por este meio, respeitosamente, solicitar a V. Ex.a a prorrogação do referido prazo por forma a tornar exequível a esta equipa responder ao solicitado, prevenindo-se a remessa do relatório social no decurso do mês de setembro, sendo que a entrevista a realizar com a requerente, se encontra já agendada para o dia 03/09/2013 às 11h30m. (Ofício da EMAT, Processo 108)

A falta de recursos humanos e o volume de trabalho são também apontados pelos/as magistrados/as entrevistados/as para justificar os atrasos das EMAT:

E que eu não ponho em causa. (...) Porque o número de técnicos versus número de solicitações deste tribunal (...) um relatório bem feito demora muitas, muitas horas. Um relatório bem feito com estas deslocações e com a carência até de viaturas. (...) E a área territorial só deste tribunal é bastante alargada, não me custa nada a crer que seja real. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Mas debatemo-nos sempre com a carência de meios. De facto é o argumento, ou seja, é a justificação que nos é apresentada. (...) Aliás eu não sei qual é a média, mas é capaz de ser 300 processos por técnico, 200 e muitos, aqui na segurança social [do concelho]. Com os processos de promoção e proteção. Com o Distrito (...) todo é capaz de ser por aí. E depois famílias complexas... (Entrevista Magistrado Ministério Público 2)

No segundo exemplo, o/a magistrado/a do Ministério Público insiste pela segunda vez junto da EMAT pelos relatórios sociais, tendo a primeira insistência ocorrido ao fim de dois meses do pedido original e a segunda ao fim de mais dois meses.

Em seguida atenta-se no conjunto de operações através das quais os enunciados das perícias judiciais e as metodologias e fontes se relacionam com os quesitos do tribunal, sem que haja uma equivalência total, mas também com as competências dos/as peritos/as, com os procedimentos e/ou com as regras, num processo de tradução alargada (para usar a terminologia proposta por Callon (2006)), que, simultaneamente, cria espaço para a utilização de tais enunciados no âmbito do processo judicial. O conceito de cadeia de traduções foi concebido para dar conta do que permite a movimentação dentro do laboratório, o que permite a passagem do mundo de papel para o mundo material, e a circulação dos enunciados para fora do laboratório, sendo que cada nova tradução resulta de investigações, de interpretações, de interações, de escolhas que não podem ser abstraídas das circunstâncias e competências particulares em que têm lugar e que impedem uma visão determinista (Callon, 2006, p. 239). Neste sentido, recupera-se aqui o conceito de *boundary work* (Jasanoff, 2004a), para mostrar como o processo de construção das perícias judiciais não é neutro e objetivo, há uma seleção das metodologias e técnicas utilizadas e do que é vertido para os relatórios, legitimando-se determinados discursos e desqualificando-se outros. Para tanto recorre-se ao exemplo dos relatórios sociais e das avaliações psicológicas e psiquiátricas e das competências parentais cujas metodologias e fontes são selecionadas e aplicadas de acordo com o quesito do processo judicial, deixando de lado outras perícias como as informações psicológicas e médicas, que relatam observações clínicas anteriores, e informações sociais elaboradas no âmbito de outros processos, com outros quesitos a que não temos acesso.

2.1 Relatórios sociais

O pedido de realização do inquérito sobre a situação social, moral e económica é enviado, após a conferência de pais, de forma padronizada e genérica às EMAT, de que é exemplo o primeiro excerto, juntamente com as peças processuais disponíveis, usualmente a petição inicial, as alegações dos requerentes e requeridos/as (quando existem) e a ata da conferência de pais inicial, sendo que é muito raro o objeto do relatório social ser delimitado, como no segundo exemplo:

Assunto: Pedido de Inquérito

Solicito a V. Ex. se digne mandar proceder a inquérito sobre a situação social, moral e económica, nos termos do disposto no art. 178 N.3 da OTM da Requerente/mãe da menor Benedita estado civil: Solteiro(...), bem como da menor Bruna (residente com a requerente/mãe). .

Para melhor esclarecimento, junta-se cópia da petição inicial e da ata de conferência. (Ofício à EMAT, Processo 149)

Nos termos do disposto no art. 178. N.3 da OTM, solicito que V. Exm. se digne mandar proceder a inquérito social circunscrito ao regime de convívio e vertente alimentar dos pais do menor: (...). (Ofício à EMAT, Processo 123)

Contudo, nas entrevistas, os/as magistrados/as judiciais e do Ministério Público sublinham a importância de limitar o foco¹²⁸ dos inquéritos sobre a situação social, moral e económica e referem a realização de reuniões com a EMAT e de contactos informais com os/as técnicos/as no contexto de casos concretos para esclarecerem o que o tribunal pretende com os relatórios sociais. Sendo, todavia, difícil de aferir os resultados objetivos destas reuniões e contactos e em que medida se traduzem nos relatórios.

Nós até temos tido reuniões regulares com a Segurança Social no sentido de eles perceberem o que é que nós pretendemos e para eles não estarem a fazer relatórios extensos e a incluir matérias que não têm importância nenhuma para a decisão. (...) Estamos a falar de regulações, mas podíamos pensar também nos casos dos incumprimentos, não faz sentido para um incumprimento de um aspeto, por exemplo, visitas, o relatório estar a ponderar questões de vencimento, rendimentos e despesas, porque não é importante. Portanto, nós tentamos nos pedidos transmitir o que é que pretendemos, os assuntos que estão em causa, e depois efetivamente os relatórios vêm bastante ao encontro do que é... (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Após a receção do ofício, a EMAT dá início às diligências para elaborar o relatório social, procurando assegurar que, no caso da família já ter sido acompanhada pela EMAT, é o mesmo técnico que realiza os diferentes relatórios sociais, e que, no caso dos progenitores residirem em concelhos distantes (recorde-se que cerca de 15% das partes reside em concelhos fora da comarca do tribunal selecionado), há uma articulação entre os técnicos responsáveis:

E1: (...) O pedido entra, é encaminhado para o nosso secretariado, o secretariado faz uma primeira triagem para verificar se esse processo ou essas pessoas em causa na ação já tiveram algum pedido anterior aqui na equipa, isto para poder ser distribuído ao mesmo técnico que já tinha trabalhado anteriormente. Pronto, depois é dado um despacho pelo chefe de setor que encaminhará para um técnico que entender. Nós,

¹²⁸ Neste sentido a atual Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e revogou a Organização Tutelar de Menores, estabeleceu no número 6 do artigo 21º a obrigatoriedade de o despacho que ordena o relatório “circunscrever o seu objeto”.

internamente, temos distribuição particularmente por áreas geográficas, e (...) dependendo da zona da área geográfica onde residem, é feita a distribuição por técnico. Normalmente é um técnico que trabalha o processo, mas em situações de maior complexidade ou de maior dificuldade pode acontecer associar dois técnicos, porque depois as metodologias e a intervenção assim o exigem, não é?

E2. (...) E as famílias, muitas vezes, separam-se (...) a grande exigência e o grande desafio que se coloca aos serviços, porque de facto é um desafio, é o trabalho de articulação com os colegas, ou através de videoconferência quando existem meios para se fazer ou por teleconferência, até para ouvirmos todos os intervenientes e todos ficarem a par da questão. Porque isto ser um ouvido por um técnico e outro por outro, desde logo cria aqui alguma discrepância e é importante esta articulação. Continuamos com algumas dificuldades. (...) (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

A articulação entre as diferentes equipas da EMAT foi consagrada nos termos do número 5 do artigo 20.º da nova Lei, relativa à assessoria técnica, “sempre que possível e adequado, a assessoria técnica prestada ao tribunal relativamente a cada criança e respetiva família é assumida pelo mesmo técnico com a função de gestor de processo, inclusive no que respeita a processos de promoção e proteção”.

E3: Queria só ainda complementar uma coisa relativamente àquelas situações em que o pai vive numa área geográfica e outro vive noutra. Nós já tínhamos orientações pela lei anterior de fazer a articulação interequipas. O que está a acontecer na nossa equipa agora em termos do novo regime tutelar cível é um bocadinho idêntico, porque não nos dotaram de meios para... Porque o objetivo seria o mesmo técnico ter intervenção com as duas partes e criarem mecanismos para isso acontecer, mas não existem. Na nossa equipa, não existem esses mecanismos. Portanto, o que está a acontecer a nível das áreas geográficas diferentes é um bocadinho o que estava no passado, não há assim grandes mudanças. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

A título de exemplo, no processo 132 de incumprimento das responsabilidades parentais em que a mãe e o pai residem em concelhos distintos, as técnicas das EMATs da área de residência de cada um dos progenitores para além das metodologias e fontes habituais, articulam entre si, apresentando conclusões semelhantes:

Duas entrevistas à requerida realizadas nas instalações deste Centro Distrital e contacto telefónico posterior - Reunião com a professora da menor no ano lectivo transacto(...) - Reunião com o actual professor da menor(...), no referido estabelecimento de ensino - Abordagem à menor, realizada tendo em conta a sua idade, com a presença do Professor (...) como figura de segurança, naquele mesmo Instituto - Articulação telefónica com o serviço da pedopsiquiatria do Hospital (...), através da (...) Técnica de Serviço Social - Articulação telefónica com a (...) Técnica do serviço local (...), a quem compete a realização do relatório ao requerente.

(...)Face aos sentimentos demonstrados pela menor e sua postura relativamente ao pai e tendo em vista uma potencial mudança relativamente à sua recusa, torna-se importante que os adultos em apreço

se esforcem por dirimir a conflitualidade que têm mantido e que não contribui para o bem estar e superior interesse da criança”. (Relatório social da mãe, Processo 132)

METODOLOGIA E FONTES - Consulta das peças processuais fornecidas pelo Tribunal; - Entrevista ao requerente, nestes serviços; - Deslocação ao domicílio, onde contactámos a actual companheira; - Contactos telefónicos posteriores com o requerente e com a companheira; Articulação com a Técnica (...), responsável pela elaboração do relatório social referente à requerida. (Relatório social do pai, Processo 132)

Porém, isto nem sempre acontece, como no processo 122, de alteração das responsabilidades parentais, em que pai e a mãe residem em áreas geográficas distantes entre si, e ambos pretendem que a residência da criança seja fixada junto de si e os técnicos, sem articulação, recomendam regimes de regulação completamente opostos:

4. Avaliação das Competências para o Exercício da Parentalidade

Em síntese, e decorrente do supra exposto/avaliado, a requerida evidencia competências para o exercício da parentalidade atinentes à manutenção da "responsabilidade educativa" face ao menor em causa, encontrando-se integralmente salvaguardados os indicadores de bem-estar pessoal/familiar/social do mesmo junto da progenitora - em corolário, consideramos pertinente sugerir uma necessária responsabilização dos intervenientes adultos no sentido de articularem, em crescendo funcional/sintónico, as respetivas funções sócio-educativas, objetivando a prossecução do equilibrado desenvolvimento psicossocial do descendente comum. (Relatório Social da Mãe, Processo 122)

4. Avaliação das Competências para o Exercício da Parentalidade

Dos elementos recolhidos para a elaboração do presente relatório, e em jeito de conclusão, somos levados a considerar que:

O progenitor surge-nos como figura de referência e primária relativamente à gestão dos actos da vida corrente do Ivo, note-se, não por negligência da progenitora ou por um qualquer sentido de irresponsabilidade desta, mas porque por um conjunto de opções e de circunstâncias de índole profissional se viu compelida a permanecer longos períodos afastada do filho;

Nestas circunstâncias, a vinculação afectiva entre pai e filho, expressa por um elevado grau de atenção, de disponibilidade, de empatia, de partilha recíproca, de cumplicidades e de camaradagem, assume, em nosso entender, uma relevância significativa para o equilíbrio psicológico e emocional do Ivo; (...)

Deste modo:

Considerando que o progenitor reúne condições materiais, por nós consideradas adequadas e, sobretudo, evidencia uma forte motivação, capacidades e competências que viabilizam a assunção de responsabilidades parentais de uma forma mais abrangente;

Considerando que por certo os avós se configurariam igualmente como figuras de suporte e de retaguarda, julgamos, salvo melhor opinião, dever ser equacionada a possibilidade de fixar residência do Ivo junto do pai, assegurando este a gestão dos actos da vida corrente do filho, invertendo-se portanto o estipulado por ora no concernente ao regime de convívios e de pensão de alimentos. (Relatório social do pai, Processo 122)

Estes dois relatórios ilustram a importância da articulação entre as equipas e a relativa discricionariedade das avaliações e recomendações relativas às responsabilidades parentais, indo ao encontro das críticas à participação de profissionais não jurídicos nas disputas relacionadas com crianças, que defendem que a análise e recomendações do assessor sobre um caso específico são baseadas mais em julgamentos e valores pessoais do que na aplicação de critérios científicos objetivos (Tippins e Wittmann, 2005).

As metodologias e fontes adotadas pela EMAT incluem sempre a entrevista ao(s) progenitor(es) (individualizada e, quando consentida, em conjunto) e a consulta das peças processuais enviadas pelo tribunal e do sistema de informação da segurança social.

E4: (...) Eu penso que todos nós começamos sempre com uma entrevista individual precisamente para perceber o sentido de cada um, e depois daí... (...) E depois daí nós temos que de acordo, cada caso é um caso e, portanto, temos de olhar para ele dessa forma, daí depois iremos arranjar o fio condutor da nossa intervenção. Passará por entrevista conjunta? Eventualmente. Passará por deslocações a casa? Eventualmente. Passará por uma entrevista a familiares, a um núcleo familiar mais alargado? Poderá. Contacto com outras pessoas significativas para a criança? Também. A escola? Outro local privilegiado? Poderá ser também. Portanto, isso são tudo, digamos assim, métodos, e digamos intervenções. Será possível ou teremos necessidade, naquele caso em concreto, de avaliarmos a interação da criança com o pai ou com a mãe, ou com aquele? Então podemos programar, ou não, uma deslocação em casa ou num contexto em que nós possamos ver a interação da criança com o pai ou com a mãe, ou com outro familiar. Também pode acontecer. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

Porém, consoante as características do processo e das famílias envolvidas,¹²⁹ como se percebe do excerto da entrevista, as metodologias e fontes adotadas pela EMAT incluem também o contacto com outros técnicos de ação social, o contacto com professores e educadores, visitas domiciliárias, entrevistas à(s) criança(s) e a verificação de documentos entregues pelos progenitores¹³⁰, sendo possível identificar

¹²⁹ Ao contrário do observado nas avaliações psicológicas e psiquiátricas e às competências parentais em que as metodologias e fontes parecem obedecer a um protocolo mais restrito.

¹³⁰ Como nos exemplos seguintes em que os técnicos referem nas metodologias e fontes a confirmação de documentos relativos a despesas e rendimentos entregues pelos progenitores:

METODOLOGIA E FONTES

Entrevista individual à mãe, nesta Equipa; Observação da interação entre a mãe e a filha, nesta Equipa; Visita ao domicílio, onde contactámos com o pai d[a mãe]; Verificação dos comprovativos dos rendimentos da mãe; Consulta do Sistema de Informação da Segurança Social; Leitura das peças processuais (Relatório social da mãe, Processo 107)

METODOLOGIA E FONTES

3 grandes tipos de inquérito sobre a situação social, moral e económica: inquérito simplificado – entrevistas aos progenitores; inquérito de “interseção” – contacto com outros técnicos de ação social; e inquérito detalhado - visitas domiciliárias e contacto com a comunidade.

Quadro 31 – Tipo de inquérito

| | | N |
|-------------------------|---------------------------|----|
| Inquérito simplificado | | 37 |
| Inquérito de interseção | | 24 |
| Inquérito detalhado | Contacto e Visitas | 6 |
| | Contacto com a comunidade | 14 |
| | Visitas Domiciliárias | 13 |

Como se percebe no quadro 31 a maioria dos relatórios sociais resulta de inquéritos sobre a situação social, moral e económica “simplificados” (37 dos 94 relatórios sociais), ou seja, resultam da(s) entrevista(s) realizada(s) nas instalações do serviço aos progenitores, da consulta das peças processuais (petição inicial e ata de conferência) e da consulta ao sistema informático da Segurança Social (para conferir os rendimentos, benefícios sociais etc.), como o exemplo seguinte:

METODOLOGIA E FONTES

- *Análise de peças processuais enviadas por esse Tribunal;*
- *Entrevista semiestruturada realizada a Carla, nas instalações deste serviço, no dia 27 de novembro;*
- *Consulta do sistema de informação da segurança social (SISS); (Relatório Social, Processo 134)*

Os relatórios sociais resultantes de inquéritos “simplificados” configuram-se, consequentemente, como uma seleção e reprodução das afirmações e testemunhos dos pais em sede de entrevista, como se percebe dos seguintes excertos:

O progenitor reside com os seus pais numa moradia de dois pisos, de tipologia T3, com três quartos, uma sala, uma cozinha e duas casas de banho. Informa-nos de que um dos quartos se destina à Débora, estando já adequadamente mobilado. (Relatório social do Pai, Processo 148)

A progenitora informa-nos de que se encontra desempregada e reporta-nos os seguintes rendimentos mensais: 127,41€ - Rendimento social de

Consulta ao Sistema de Informação da Segurança Social (SISS); Entrevista realizada com a requerente no dia 13/09/2013 às 14.30h, nas instalações da Segurança Social (...); Receção de documentos entregues pela requerente e verificação dos respetivos comprovativos (Relatório social da mãe, Processo 108)

inserção; 84,46€ Abonos de família de Eduardo e Elsa; 152€ - Fundo de garantia de alimentos devidos a menores relativos a Elsa (Relatório social da mãe, Processo 102)

***Dos relatos de Fátima** transparece a convicção de que sempre foi ela quem assegurou, com carácter de quase exclusividade, os cuidados e as rotinas dos filhos. **A este propósito refere,** “o pai sempre adoptou uma postura machista, considerando que as tarefas inerentes à higiene, alimentação, vestuário e mesmo educação e saúde dos filhos, são da responsabilidade da mãe” (sic). Fátima não coloca todavia em causa o afecto que o progenitor afirma ter pelos filhos, diz compreender e valorizar a importância da manutenção do vínculo paterno-filial e **refere, por inúmeras vezes ao longo da conversa que com ela mantivemos,** que não foi nem nunca será por sua causa que os filhos deixaram ou deixarão de poder visitar o pai. (Relatório social mãe, Processo 118)*

O segundo tipo de inquéritos mais comum (24) é o de “interseção” em que os técnicos da EMAT conversam telefonicamente ou reúnem com técnicos da Segurança Social ou de uma Instituição Social Local que acompanham a(s) família(s) no âmbito do rendimento social de inserção ou de outro tipo de apoios sociais.

Muitas vezes o que os técnicos também fazem, alguns, é por exemplo contactar os técnicos locais dos vários serviços, por exemplo do RSI, que às vezes isso também é importante para nós até para saber um pouco o percurso e a história familiar, não é? Os antecedentes, digamos assim. Isso às vezes também se faz, portanto alguns técnicos também fazem isso. Têm essa preocupação de contactar os técnicos locais (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

A título de exemplo, no processo seguinte de regulação do exercício das responsabilidades parentais o técnico da EMAT para além das entrevistas aos progenitores e da consulta das peças processuais e do sistema de informação da segurança social enviadas pelo tribunal, reuniu com a técnica do Gabinete de Ação Social da Câmara Municipal do concelho de residência, que acompanha o agregado familiar da mãe e do pai “no plano das suas necessidades sócio-económicas”.

METODOLOGIA E FONTES

Entrevista com o requerido no Serviço Local da Segurança Social (...); Consulta do processo no Tribunal; Consulta do Processo de Promoção e Protecção n.º (...); Reunião com a Técnica (...) do Gabinete de Accção Social da Câmara Municipal (...); Análise das peças processuais enviadas pelo Tribunal; Consulta do Sistema de Informação da Segurança Social (SISS). (Relatório social Mãe, Processo 131)

Neste tipo de inquéritos os técnicos da EMAT confrontam a narrativa dos progenitores com os relatos dos técnicos, como se percebe do exemplo seguinte em que o técnico da EMAT contactou telefonicamente com a técnica da Cáritas Diocesana, que acompanhava o agregado familiar da mãe (com quem a criança residia) no âmbito do RSI:

[A técnica da Cáritas Diocesana] partilha deste nosso relativo desconhecimento sobre o modo de subsistência da progenitora. Se por um lado confirma os valores supra citados, referentes a receitas e despesas fixas mensais, e portanto, as supostas fragilidades económicas, por outro, informa-nos de que Emília recorre à Caritas de modo intermitente, que prescindiu da possibilidade de almoçar na instituição e de levar refeições para casa, que frequentemente se recusa em participar ou acaba por abandonar actividades e formações promovidas pela instituição.

(...)

A progenitora diz-nos tratar-se de um jovem saudável, sereno e que tem vindo a ter na escola pontuações médias. [A técnica da Cáritas Diocesana] corrobora estas informações, acrescentando: "O Eduardo apresenta-se bem cuidado, limpo, com vestuário e calçado adequados" (sic). (Relatório Social, Processo 102)

Por conseguinte, as famílias social e economicamente mais desfavorecidas acompanhadas pelos diferentes serviços sociais parecem estar sujeitas a um duplo controlo, administrativo e judicial, e a um nível de escrutínio “judicial” superior ao das restantes famílias.

Os inquéritos “detalhados” são mais raros e incluem contactos com a comunidade, designadamente na figura dos professores e educadores das crianças (14), visitas domiciliárias (13) ou ambos (6). Este tipo de inquéritos são realizados exclusivamente no âmbito de processos em que se verifica um conflito quanto à guarda e convívio da criança.¹³¹ Assim, considerando a sobrerrepresentação de processos relacionados com disputas pelo acesso à(s) criança(s), este tipo de inquéritos é certamente muito mais raro no universo dos processos tutelares cíveis do que o registado na amostra, como sugerem de resto as entrevistas aos magistrados e magistradas.

De facto nós, por vezes, o que é que pedimos? (...) o que nós pretendíamos que era exatamente um contacto “tête-à-tête” entre o técnico e o meio, acaba por ser muitas vezes difícil. Aliás, há poucos casos em que isso acontece, muito poucos. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

¹³¹ O que pode também estar associado, no caso das visitas domiciliárias, à dificuldade de realização das mesmas. No exemplo seguinte, o técnico refere nas metodologias e fontes que procurou realizar sem sucesso uma visita domiciliária a casa do progenitor, uma vez que a mãe só concordaria com convívios com pernoita se a casa tivesse as condições de higiene necessárias:

METODOLOGIA E FONTES - Análise de peças processuais enviadas por esse Tribunal; - Entrevista semiestruturada realizada a[o pai], nas instalações deste serviço, no dia 6 de janeiro, pelas 14:00h, - Consulta do sistema de informação da segurança social (SISS) Nota: Considerando que a progenitora faz depender a eventual definição de um regime de convívios que inclua pernoitas da [criança] junto do progenitor da existência de condições de higiene adequadas na casa do pai, envidámos esforços no sentido de visitar a casa do progenitor, todavia sem sucesso. Após repetidas tentativas de contacto telefónico, sem êxito. tendo em vista calendarizar a referida visita, optámos assim mesmo por dirigirmo-nos à morada supra citada no dia 28 de janeiro, pela manhã. Deparamo-nos com uma vivenda bem conservada no exterior, mas porque ninguém respondeu ao nosso chamado, não pudemos verificar as condições em que a mesma se encontrava no seu interior. (Relatório Social do Pai, Processo 142)

No processo seguinte de regulação do exercício das responsabilidades parentais instaurado pelo advogado do pai, em que o pai pretende a guarda exclusiva do filho, que está à guarda da mãe, o técnico da EMAT reúne com a educadora da criança.

Na visita realizada ao berçário (...), a educadora (...) declarou que o menor está devidamente integrado na sala de aula na interação com os elementos da mesma faixa etária bem como com os adultos. Segundo a educadora do Gustavo, os cuidados habitualmente prestados ao menor por parte dos requeridos foram avaliados como apropriados, não nos tendo sido referenciado qualquer elemento negativo em termos de higiene vestuário e calçado porquanto é habitual o requerente (ou a avó paterna) virem buscar quinzenalmente o menor às sextas-feiras para passar o fim de semana assumindo posteriormente a sua entrega na segunda-feira seguinte. (...) (Relatório Social da Mãe, Processo 113)

Ao contrário da articulação com os técnicos de outras equipas, da qual resulta informação sobretudo sobre a família e os adultos, a articulação com os professores e educadores permite obter informação sobre a(s) criança(s), sobre as suas rotinas diárias, desenvolvimento e relacionamento com os progenitores (o que é corroborado em sede de entrevista), assumindo-se determinante para a recomendação do técnico quanto à regulação (e conseqüentemente para a decisão judicial), como no seguinte exemplo:

Ao nível comportamental, Henrique foi-nos descrito pela sua Educadora como uma criança irrequieta (...). Trata-se de uma criança que se encontra dentro dos parâmetros normais ao nível do desenvolvimento. Henrique apresenta-se limpo e cuidado na sua higiene pessoal e vestuário, sendo este adequado à sua idade e estações do ano. Não apresenta problemas de socialização, relaciona-se bem com o grupo de pares e adultos. Do que lhe é dado observar na relação com os pais, é uma criança cujo comportamento revela satisfação quando vê o pai ou a mãe, "corre para os dois". Habitualmente, é a mãe ou os avós maternos que asseguram as suas deslocações, excepto à quarta feira, ou sexta feira quinzenalmente, dias em que as deslocações são asseguradas pelo pai (...) O contacto da educadora com o pai é mais diminuto. Todavia, segundo informação da Educadora, é preocupado e faz questão de o demonstrar. (...) Foi também referenciado que quando o menino vem da casa do pai, por vezes, o horário de entrada não é cumprido. (...) Para a Educadora, e do que conhece da realidade vivencial d[da criança], não existem indicadores sugestivos de preocupação. Tudo indica que a criança tem as rotinas diárias asseguradas e existe partilha de tarefas na execução de cuidados entre a mãe e os avós maternos. Na sua óptica não vê razões que justifiquem fixar a residência junto do pai, seria criar-lhe instabilidade no seu quotidiano, face ao que o mesmo tem vindo a interiorizar. (Relatório Social da Mãe, Processo 105)

E3: A escola é uma fonte que nós recorremos frequentemente porque a criança é lá que vai projetando muito do seu sentir sobre cada um dos pais. Eu recorro muito à escola. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

No que respeita às visitas domiciliárias, estas são realizadas normalmente apenas ao progenitor que solicita a extensão do acesso à(s) criança(s), seja ao nível dos

convívios, seja ao nível da guarda, e quando são questionadas as condições habitacionais, sendo raro as crianças estarem presentes.

E3: Sim. A visita domiciliária é uma coisa que não é sempre neste tipo de processos. Se é colocada em questão as condições habitacionais, eu faço sempre. Ou se eu tenho dúvidas... De outro modo, não, nem fazemos visita domiciliária. Depende...

E2: Do que nos é pedido ou não. Se a criança se mantém, por exemplo, a viver na casa da morada de família. Pergunta-se ao outro pai o que é que acha das condições, como é que é? E tentamos sempre perguntar como é que avalia o papel de mãe ou de papel de pai enquanto pai, não enquanto companheiro ou marido, mas enquanto pai como é que ele era. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

Por conseguinte, destas visitas domiciliárias resultam sobretudo informações relativas às condições de habitabilidade do progenitor, como no exemplo seguinte:

METODOLOGIA E FONTES: O presente Relatório foi elaborado com base em: - consulta de peças processuais; - entrevista individual com o requerente no CD Segurança Social (...): - visita domiciliária, englobante de contacto com o agregado familiar: - consulta da "Base de Dados" deste Organismo. (...)

A habitação consiste em apartamento (T3) evidenciando adequadas condições residenciais, nomeadamente higiene/conforto/organização, verificando-se ainda a existência de cómodos (2 quartos equipados com beliches) permissíveis ao alojamento/pernoita dos menores em causa. (Relatório Social do Pai, Processo 141)

Na sequência das diligências do inquérito sobre a situação social, moral e económica, o/a técnico/a da EMAT elabora o relatório social que apresenta uma estrutura padronizada: folha de rosto com a identificação do processo (espécie de processo, tribunal, juízo e número de processo) e do requerente ou requerido/a a que diz respeito o relatório (nome, filiação, data de nascimento, idade, estado civil e morada); metodologias e fontes; antecedentes; dados relativos à situação familiar, situação laboral e económica, características individuais e relacionais no exercício da parentalidade do progenitor; dados relativos às crianças; avaliação das competências para o exercício da parentalidade.

E3: Nós temos um modelo pré-definido para cada tipo de ação. Por exemplo, regulação, alteração, inibição ou limitação, é um modelo de relatório em que tem uma parte que é as fontes e metodologia, que é os antecedentes, a situação familiar e depois características individuais e relacionais no exercício da parentalidade, e no fim o último item é competências para o exercício da parentalidade. Se for alimentos é mais simples, incumprimento de alimentos. Depois no âmbito de uma aproximação, de uma intervenção em convívios também é outro modelo em que centramos as metodologias, centrar o conflito e o plano de intervenção ou conclusão. Que mais? É basicamente estes três modelos. O de alimentos só tem os antecedentes, situação familiar, dados relevantes e conclusão. E as fontes e metodologias são comuns a todos. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

De acordo com os/as magistrados/as entrevistados/as esta estrutura assegura que os pontos essenciais da regulação das responsabilidades parentais sejam respondidos:

Tem de ser objetivo e tem que tocar nos três aspetos que fazem parte de uma regulação. Uma regulação tem três aspetos fundamentais e tem de tocar nesses três aspetos. Eu penso que quando me fala bons relatórios... como eles têm critérios orientadores ali na segurança social e eles têm aquilo por tópicos e preenchem-nos todos. O conteúdo dos relatórios pode ser diferente, mas os aspetos são todos avaliados na mesma. A questão dos antecedentes... pronto... o esquema que eles seguem. Há uns que dão mais dados, há outros que dão menos dados. Alguns são mais conclusivos, são menos factuais, e eu não gosto muito dos relatórios muito conclusivos, porque a conclusão caberá ao tribunal tirar. Nós queremos é factos, é isso que pedimos. Mas se perguntar como é que eu caracterizaria? É um relatório que me traga muitos factos, mais factos e menos conclusões. (...) Agora dizer que o pai é preocupado ou que é diligente isso é uma conclusão. Nós precisamos é dos factos de onde extraíram para chegar aquela conclusão, que é um pai preocupado ou que é... Ou “não revela condições”... “a mãe não revela condições para poder cuidar deste filho” se não diz porquê, nós não conseguimos formular nenhuma conclusão. A conclusão até pode estar correta mas nós precisamos é do facto de onde tiraram aquela conclusão, porque eles se calhar até têm nos apontamentos mas depois não os trouxeram ao relatório e isso para nós não nos ajuda nada. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Contudo, no entender dos atores judiciais entrevistados um “bom relatório” devia oferecer informação factual e assentar metodologicamente no contacto direto com a comunidade e em visitas domiciliárias, o que, como se observou, é raro.

Porque um relatório social bem elaborado devia implicar sempre visitas domiciliárias a ambas as casas sem pré-aviso, na maioria das situações, e o contacto por exemplo, mas devia ser um contacto presencial e não como às vezes sucede um mero contacto telefónico, com a escola da criança, com o centro de saúde se for o caso ou com o hospital se porventura a criança é aí seguida, um psicólogo se porventura a criança tem apoio do psicólogo. Enfim, com elementos até da comunidade, das atividades extra por exemplo, e devia ser um trabalho de campo e não uma entrevista efetuada no centro distrital, porque para isso temos nós aqui as alegações escritas dos pais, ou até as declarações que eles prestam na conferência. Portanto, infelizmente, na prática, verificamos é isto. (Entrevista Magistrado Judicial 3)

Se, por um lado, defendem a necessidade de uma investigação mais aprofundada, por outro lado, reconhecem as limitações, em termos de recursos humanos e equipamentos, das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais para execução da mesma.

Segunda questão, infelizmente devido ao volume de trabalho que a EMAT tem, os relatórios sociais acabam muitas vezes por ser o quê? O reproduzir da posição do pai e da posição da mãe. (...) é uma área territorial muito extensa. E um relatório bem feito demora muitas, muitas horas. Um relatório bem feito com estas deslocações e com a carência até de viaturas. (Entrevista Magistrado Judicial 3)

E portanto, não é ouvida a comunidade, não é... acaba por ser um bocadinho pobre, nós atribuímos isso de facto à falta de meios da

Segurança Social. (...) Mas debatemo-nos sempre com a carência de meios. De facto é o argumento, ou seja, é a justificação que nos é apresentada. E que eu não ponho em causa, de maneira nenhuma! (...) Aliás eu não sei qual é a média, mas é capaz de ser 300 processos por técnico, 200 e muitos, aqui na segurança social (...). Com os processos de promoção e proteção. Com o Distrito (...) todo é capaz de ser por aí. E depois famílias complexas... (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Para além da falta de recursos das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais para um contacto com a comunidade e visitas domiciliárias, importa referir que a investigação desenvolvida pela EMAT e promovida pelo tribunal está, em última análise, limitada pelo direito ao respeito pela vida privada e familiar,¹³² consagrado em diferentes mecanismos legais. A título de exemplo, para a realização de visitas domiciliárias é necessário obter o consentimento do/a progenitor/a, não sendo possível, na prática, realizar “visitas sem pré-aviso”, como sugerido por uma das magistradas. É de notar que a preocupação com o respeito pela vida privada é apenas referida por uma das técnicas da EMAT, estando ausente do discurso dos/as magistrados/as entrevistados/as que mostram uma maior preocupação com a proteção das crianças:

E2: É uma questão que este juízo põe é a reputação, e eu já tenho respondido. Faço a recolha de tudo, e aí nós temos que ter cautelas também na nossa intervenção que a própria lei nos impõe, não é? Relativamente à reserva da vida privada, tudo isso tem que se ter em questão e os riscos que se correm. Ir perguntar a uma vizinha com quem se dá bem, ir perguntar a um vizinho com quem se dá mal. Nessa questão, eu considero que são questões até de ordem ética e de respeito da vida das pessoas. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

Em suma, e em primeiro lugar, as perícias judiciais mais comuns dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, os relatórios sociais constituem-se, em geral, como uma reprodução de diferentes narrativas, seja dos progenitores, seja de outros técnicos ou de professores/educadores (sempre adultos), considerando as metodologias e técnicas maioritariamente adotadas (entrevistas a progenitores). Os técnicos da EMAT selecionam as narrativas a que “dão voz” e decidem a pertinência e a veracidade das diferentes afirmações e contributos,

¹³²A este propósito veja-se desde logo o artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos que consagra: “1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Está em causa sobretudo o âmbito de proteção da inviolabilidade do domicílio. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

determinando que afirmações precisam ou não de ser sustentadas, de acordo com as especificidades dos processos e das famílias. Os diferentes atores judiciais entrevistados, magistrados/as judiciais e do Ministério Público e advogados/as criticam estes relatórios, questionando a validade dos mesmos, quando assentam apenas na reprodução de narrativas.

Raramente eu tive a possibilidade de pôr os olhos num relatório em que nitidamente houve uma preocupação de quem o fez de fazer uma investigação, tanto quanto possível imparcial, mas uma investigação. E não se limitar a recolher versões dos dois progenitores e valorizar, ou valorar, mais uma que a outra. Raramente pude pôr os olhos num relatório assim, mas é este tipo de relatórios que se devia privilegiar, não é? (Entrevista Advogado 2)

Muitas vezes o que os técnicos também fazem, alguns, é por exemplo contactar os técnicos locais dos vários serviços, por exemplo do RSI, que às vezes isso também é importante para nós até para saber um pouco o percurso e a história familiar, não é? (...) Mas acaba por ser um técnico a reportar a um técnico, portanto aquilo pode ter algum filtro mas, ou seja, o que nós pretendíamos que era exatamente um contacto “tête-à-tête” entre o técnico e o meio, acaba por ser muitas vezes difícil. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

No entanto, observa-se, por um lado, uma “naturalização” dos problemas dos relatórios nos discursos dos/as entrevistados/as, associada ao volume de trabalho e à falta de recursos humanos. E, por outro lado, apesar das fragilidades identificadas, dada a inexistência na maioria dos processos de outros meios de prova, estes relatórios acabam por ser influentes, como reconhece a seguinte Magistrada Judicial:

Segunda questão, infelizmente devido ao volume de trabalho que a EMAT tem, os relatórios sociais acabam muitas vezes por ser o quê? O reproduzir da posição do pai e da posição da mãe. E (...) quando o relatório social é elaborado apenas com base nas declarações do pai e da mãe, verdadeiramente pouca validade têm, embora depois na prática acabam por ser considerados, nomeadamente naquelas situações que eu comecei por referir [em que não há mais nenhum meio de prova]. (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Consequentemente, e em segundo lugar, são perceptíveis as dissonâncias e contradições entre as expectativas dos magistrados e magistradas judiciais, quando solicitam os relatórios sociais, as metodologias e fontes dos relatórios sociais e a sua utilização nos processos judiciais. Com efeito, as entrevistas e os processos analisados apontam para o facto de, apesar dos relatórios não corresponderem (frequentemente) ao que os magistrados idealizam como sendo um “bom relatório”, um relatório factual, com visitas domiciliárias, observação da interação entre progenitores e criança(s), contacto com a comunidade e confrontação e diversificação de fontes,

estes são decisivos no processo e decisão judicial, como se conclui no capítulo seguinte.

2.2 Avaliações psicológicas e psiquiátricas e das competências parentais

As avaliações psiquiátricas, psicológicas e das competências parentais são, normalmente, como referido anteriormente, instadas pelo tribunal na sequência de uma solicitação das partes ou da sugestão dos técnicos da EMAT no relatório social. A realização dos exames médicos e psicológicos que o tribunal entendia necessários para esclarecimento da personalidade e do caráter dos membros da família e da dinâmica das suas relações mútuas (artigo 178.º, n.º 3, da OTM) exigia, como foi referido, o consentimento dos visados. Este é obtido nas conferências de pais ou audiências de julgamento e discussão ou através de ofício, como se pode observar nos exemplos seguintes.¹³³

No processo que se segue foi o próprio requerido que solicitou a avaliação psicológica e psiquiátrica e o/a magistrado/a do Ministério Público concorda e promove que a progenitora seja notificada para dar o seu consentimento.

¹³³ Note-se, contudo, que se no caso dos exames médicos e psicológicos e nas avaliações dos convívios realizados de propósito para o processo o consentimento dos interessados é sempre obtido, já nas informações médicas e psicológicas isto nem sempre acontece, como se percebe nos exemplos seguintes de um médico que se recusa a dar as informações sem o necessário consentimento do progenitor e de um progenitor que dá o consentimento posteriormente ao pedido do tribunal ter sido feito ao hospital.

Com referência ao V. ofício (...), compete-me informar V. Exa. que relativamente às informações de teor clínico requeridas, deverá ser pedido consentimento informado ao utente, respeitando assim o sigilo profissional que pauta a relação médico-doente ou requerer, via judicial, uma perícia médico-legal competente (Ofício Hospitalar, Processo 114)

No que respeita aos elementos clínicos cuja junção V.a Ex.a ordenou sem previamente ter obtido a necessária autorização do requerente, o mesmo concede-a com o limite temporal de 1 de fevereiro de 2008 até ao presente. (...) Já no que respeita aos elementos solicitados ao Hospital (...) cuja junção V. Ex.a ordenou sem previamente ter obtido a necessária autorização do requerente, por terem interesse direto para a matéria dos autos, o requerente nada opõe à mesma, consentindo-a. (Requerimento Progenitor, Processo 119)

De acordo com a exposição de motivos, a Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, procurou responder às dúvidas de constitucionalidade e incoerências entre a Lei de Acesso aos Documentos Administrativos (LADA), aprovada pela Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto, alterada pelo Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de outubro, a Lei de Proteção de Dados Pessoais (LPDP), aprovada pela Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e a Lei n.º 12/2005, de 26 de janeiro, na parte relativa ao acesso a informação genética pessoal e informação de saúde. Pelo que a discricionariedade encontrada na amostra pode resultar da incoerência que existia entre os diferentes diplomas legais. Ora, nos termos da Lei n.º 26/2016, de 22 de agosto, terá direito a aceder à informação o titular dos dados, um terceiro autorizado pelo titular ou “quem demonstre ser titular de um interesse direto, pessoal, legítimo e constitucionalmente protegido na informação, sem prejuízo do regime legal de proteção de dados pessoais”, onde se pode incluir o tribunal no âmbito dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais. Ou seja, de acordo com a nova lei o tribunal desde que demonstre o interesse legítimo poderá aceder a informação relativa a questões de saúde, sem ser necessário o consentimento do progenitor em causa.

Fls. 125: O requerido veio solicitar que os progenitores da menor fossem sujeitos a avaliação psicológica/psiquiátrica tendo em vista o esclarecimento da personalidade e carácter de ambos e dinâmica das suas relações pessoais tomando em consideração os antecedentes e historial do foro psiquiátrico de ambos. (...) Ora, preceitua o art. 178 n.3 que "Findo o prazo das alegações proceder-se-á (...) e, salvo oposição dos visados, aos exames médicos e psicológicos (...)". (...) No que respeita à progenitora e requerente, Pr. que a mesma seja notificada nos termos e para os efeitos do disposto no art. 178. n.3 da OTM (Promoção do Ministério Público, Processo 150)

No próximo exemplo, o/a magistrado/a judicial procura obter o consentimento dos pais na sessão de discussão e julgamento para realizar uma avaliação às competências parentais de ambos os progenitores sugerida pelo/a técnico/a da EMAT nos relatórios sociais.

Por tudo o que foi dito, sugerimos, caso seja esse o entendimento superior a realização de avaliação às competências parentais de cada um dos progenitores; (Relatório social, Processo 143)

Pela progenitora (...), melhor identificada nos autos.- Confrontada com a conveniência de se proceder a uma avaliação sobre as suas competências parentais, pela declarante foi dito que aceita.- (Ata de Discussão e Julgamento, Processo 143)

Como se pode observar no excerto abaixo, relativo ao processo 132 de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais, em que a perita na sequência da avaliação pedopsiquiátrica da menor aconselha que os progenitores e a menor frequentem as consultas de pedopsiquiatria, a falta de consentimento de um dos progenitores, do pai, impede a realização das mesmas.

Marcada data para tal audição, constatou-se a intransigente recusa da menor em estar com o pai. Entendendo a técnica da EMAT gestora do processo, que o alto nível de conflitualidade entre os progenitores, havendo processos crime a correr, a total ausência de comunicação entre eles, e apesar de se mostrarem cansados da intervenção de instituições, só já uma intervenção técnica e especializada, intervencionando em contexto terapêutico a relação pai/filha, poderia trazer resultados, sugerindo para tanto a Unidade de Apoio à Comunidade ou outro serviço semelhante. Dependendo tal intervenção da aceitação e adesão dos progenitores, foram os mesmos notificados para tanto, nada tendo oposto a progenitora, mas entendendo o progenitor não valer a pena continuar, pois a progenitora com a sua postura nunca permitirá outro desfecho. (...) (Sentença, Processo 132)

Da mesma forma, no processo 143, a avaliação psicológica do menor é indeferida por falta de consentimento do pai.

Face ao silêncio do requerido, indefiro a realização de avaliação psicológica ao menor, atento o disposto no artigo 178º, nº3 da OTM (Despacho judicial, Processo 143)

A necessidade do consentimento de ambos os progenitores é reforçada em contexto de entrevista pelos magistrados e magistradas:

Normalmente essas perícias só são possíveis de pedir se não houver oposição dos visados, como a própria lei diz. Têm que aceitar os dois, se só aceitar um não nos serve, não vamos pedir. Temos de fazer igualmente para ficarmos com as mesmas informações relativamente a ambos. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Para além disso os próprios pais fazem muitas vezes depender o consentimento da avaliação da sujeição do outro progenitor, como resulta das entrevistas aos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público e o excerto das alegações da advogada da mãe bem ilustra:

É, normalmente, são os próprios, são as partes que pedem, porque questionam a capacidade do outro para ser pai ou para ser mãe e então pretendem a avaliação psicológica ou psiquiátrica para se perceber isso. Normalmente quando isso é pedido por um em relação ao outro, o outro “sim, senhora eu aceito, mas ele também tem que ir”. Então acabam por ir os dois. (Entrevista Magistrado do Ministério Público 2)

Assim, a requerida está disposta a efectuar os exames requeridos, desde que o requerido também os faça. (Alegações da advogada da Mãe, Processo 129)

A análise dos processos da amostra aponta para uma grande diversidade nos quesitos que chegam do tribunal às diferentes equipas, associada às diferentes formulações adotadas pelas partes e pelos/as peritos/as aquando da solicitação ao tribunal: avaliação às competências parentais (processo 143), avaliação psicológica (processo 119), perícia psiquiátrica e psicológica (processo 129), avaliação às capacidades parentais (processo 129). Para além dos quesitos e à semelhança dos pedidos de relatórios sociais, os ofícios/pedidos incluem também peças processuais como: atas de conferência, os relatórios sociais etc..

Solicito a V. Exa se digne mandar proceder à avaliação às capacidades parentais dos pais dos menores: (...) Junta-se cópia de fls. 2 a 3, 28, 29, 53 a 69, 75 a 103, 112 a 117 (Ofício do Tribunal ao INML, Processo 129)

Junto se anexa cópias dos requerimentos de fls. 1750 e 1755 a 1758 e bem assim da promoção (...)e do despacho (...). (Ofício do Tribunal à Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, Processo 129)

Assunto: Pedido de exames Tenho a honra de solicitar a Va Exa se digne providenciar pela realização de exames médicos e psicológicos com vista a aferir das capacidades parentais dos progenitores abaixo identificados: (...) Para melhor esclarecimento junta-se cópia de fls. 1 a 9, 27 a 40, 119 e 120 dos autos (Ofício do Tribunal ao INML, Processo 132)

A formulação dos quesitos pelo tribunal parece assumir uma transparência interdisciplinar entre direito e ciências sociais que não existe, como alertam Mertz *et al.* (2008), e é perceptível na entrevista à perita do INML.

Os processos chegam-nos vindos do tribunal, como é normal, variando os quesitos de processo para processo, (...) às vezes há famílias em que pedem a avaliação dos menores e dos respetivos adultos, há outros que não, que só pedem aos menores, há outros que só pedem aos progenitores.

(...) uma dificuldade inerente a este contexto, [está] associada a quesitos pouco claros, ou seja, demasiado abrangentes, (...) [como] o quesito “avaliação psicológica”. E eu vejo o nome do processo, regulação das responsabilidades parentais, eu deduzo que me estejam a perguntar pelas capacidades parentais, deduzo, mas não sei se há mais alguma coisa que eles querem (...). (...) Normalmente é “avaliação psicológica” ponto ou “exame médico à personalidade” e ficam por aí. Ou seja, isto não responde à especificidade dos casos, se estivéssemos a trabalhar em conjunto ou se nos permitissem uma troca de palavras. (...) Por um lado... (suspiro) Eu penso que aos tribunais, aos juizes e aos procuradores, faltarão alguma formação dentro do que é possível responder na área da avaliação de personalidade. E a nós às vezes, às vezes não, muitas vezes, falta-nos alguma preparação em termos do Direito em si. (Entrevista Perita do INML)

Ora, apesar da diversidade de quesitos e de entidades verifica-se uma relativa uniformização dos procedimentos, em termos de fontes, metodologias, estrutura e conteúdo, no âmbito das avaliações psicológicas e psiquiátricas e às competências parentais. Com efeito, por um lado, as peritas do Instituto de Medicina Legal e da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade descrevem procedimentos semelhantes de análise dos quesitos e de tradução para o protocolo do que é pedido pelo tribunal.

Nós, geralmente, vemos exatamente o tipo de pedido que o tribunal nos envia. Em função desse pedido fazemos ajustamentos ao protocolo, mas há uma estrutura da avaliação que tem um fundamento teórico e científico, porque há muita literatura sobre como fazer a avaliação a nível da custódia, da disputa parental e portanto temos sempre a mesma estrutura: implica entrevistas; administração de testes psicológicos, testes de avaliação psicológica (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 1)

Por outro lado, tanto o INML, como os Hospitais Públicos e a Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade seguem protocolos semelhantes, que incluem a consulta das peças processuais, entrevistas aos progenitores e a familiares próximos e aplicação de instrumentos de avaliação específicos como o Inventário Clínico Multiaxial de Millon-III ou o Questionário de Esquemas de Young - YSQ S3.¹³⁴

O meu trabalho é de avaliação das competências parentais, essencialmente, e perceber se os progenitores têm alguma condição quer patológica ou, e vice-versa, se têm alguma condição que permita a alteração do modus vivendi ou da situação atual. (...) A avaliação psicológica (...) é caracterizada sempre por uma entrevista inicial em que o objetivo é nós percebermos qual é a leitura que os progenitores fazem da

¹³⁴ Esta investigação limita-se a descrever o protocolo de avaliação pericial, aplicado no âmbito do artigo 178.º da OTM, bem como os diferentes instrumentos de avaliação psicológica referidos nas perícias judiciais, considerando-se não ser este o lugar adequado para uma discussão aprofundada sobre os mesmos. Para obter informação detalhada sobre o protocolo de avaliação e os objetivos específicos de cada um dos instrumentos de avaliação psicológica, como o Inventário Clínico Multiaxial de Millon-III, consultar o livro “Casos práticos em psicologia forense. Enquadramento legal e avaliação pericial”, de Rute Agulhas e Alexandra Anciães (2015), ambas peritas do INML.

forma como o processo chegou até aqui. Nesta primeira entrevista nós também fazemos um apanhado acerca da história de vida daquelas pessoas, da maneira como elas se relacionam com os outros, com as outras pessoas, quer em contexto restrito, familiar, quer num contexto lato, qual é a sua rede de suporte familiar, social, se é um processo de uma família multiassistida ou não, se é um processo de uma família que não tem sido alvo de intervenção. E depois a partir daí podemos agendar uma outra sessão mais específica relativa às responsabilidades parentais. Fazemos isso quando a primeira entrevista não é suficiente ou não tivemos tempo suficiente para abordar questões específicas das relações entre pais e filhos, e ao que o tribunal nos solicitou. Há sempre uma outra fase posterior que tem a ver com a aplicação de provas do funcionamento psicológico, a parte cognitiva, intelectual, personalidade, memória, atenção, a desejabilidade social que é algo que interfere com a validade dos resultados. Estamos a fazer alguns estudos agora no âmbito dos mestrados integrados nesse tema. Impulsividade, empatia...e depois o que fazemos é um apanhado global e enviamos a informação do relatório ao tribunal com a resposta ao quesito específico que nos colocou. (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 2)

(...) depois as avaliações são feitas de acordo com os quesitos colocados e com os intervenientes. Os progenitores são avaliados com uma bateria de adultos, normalmente (...). Podemos ver se a pessoa é mentalmente saudável, emocionalmente estável,...) portanto fazemos sempre a avaliação cognitiva e traços da personalidade. (...) As crianças e os adultos são sempre sujeitos a uma entrevista e às vezes é o que demora mais tempo. A parte psicométrica nas crianças é relativamente pequena, porque a personalidade ainda não está estruturada. Crianças de 5, 6, 4, 3 anos, algumas não sei muito bem o que é que vêm fazer aqui, porque quase que não sabem falar. (Entrevista Perita do INML)

As fontes e metodologias referidas nos relatórios periciais da amostra refletem precisamente esta relativa padronização das respostas independentemente de se tratarem de avaliações às competências parentais ou psicológicas e psiquiátricas e da entidade que a realiza, veja-se a título de exemplo os excertos seguintes¹³⁵:

Motivo: Avaliação cognitiva, da personalidade e psicopatologia, solicitada pela Médico Perito (...) incumbida por sua vez da Avaliação às Capacidades Parentais de Licínio, pelos Serviços do Ministério Público (...) / Instituto Nacional de Medicina Legal / Centro Hospitalar Psiquiátrico (...). 2. Procedimento: Como instrumentos de avaliação recorreremos à Entrevista Clínica, Entrevista Clínica Estruturada para os

¹³⁵ O que não significa que não sejam feitos ajustes ao protocolo padronizado. A título de exemplo num processo em que o pai era acusado de alcoolismo, a Unidade de Apoio à Comunidade para além do protocolo habitual, aplica um teste de “Avaliação de comportamentos de consumo de álcool - Teste de Identificação de Desordens Devido ao Uso de álcool (AUDIT), embora tal não fosse solicitado pelo tribunal:

Fontes e Metodologia O presente relatório resultou da seguinte metodologia de trabalho: Entrevistas individuais com cada um dos progenitores; Avaliação individual com recurso a instrumentos de avaliação psicométrica (...). A avaliação psicométrica requereu a aplicação dos seguintes instrumentos: Tabela 1: Instrumentos usados na Avaliação Psicológica (...) NEO-Five Fator Inventory (NEO-FFI); Inventário de Personalidade de Eysenck - Revisto (EPQ-R); Avaliação de comportamentos de consumo de álcool - este de Identificação de Desordens Devido ao Uso de álcool (AUDIT); Desejabilidade Social - Escala de Desejabilidade Social de Marlowe-Crowne (MCSDS). (Relatório de avaliação das competências parentais da Unidade de Apoio à Comunidade, Processo 119)

Distúrbios de Personalidade do Eixo II DSM-IV (Vers. Port. Daniel Rijo e col.), Questionário de Personalidade SCID - II, Inventário Clínico Multiaxial de Millon-III (MCMI - III), MMPI (Mini-Mult), Symptom Checklist-90-R (SCL - 90 - R), Questionário de Esquemas de Young - YSQ S3 (Relatório do Hospital, Processo 129)

O presente relatório resultou da seguinte metodologia de trabalho: Análise das peças processuais remetidas por este Tribunal; Entrevistas individuais com cada um dos progenitores e criança; Avaliação individual dos progenitores com recurso a instrumentos de avaliação psicométrica (...); Contato com a Professora do Miguel (...). Realizaram-se três sessões individuais com o Mário (...), três sessões individuais com a Mariana (...) e uma sessão com o Miguel (...). A avaliação psicométrica requereu a aplicação dos seguintes instrumentos (cf. Tabela 1). Tabela 1: Instrumentos utilizados na Avaliação Psicológica - Entrevista; Avaliação da personalidade e de psicopatologia - Inventário Multifásico de Personalidade de Minnesota (MMPI-2); - NEO-Five Factor Inventory (NEO-FFI); - Inventário de Personalidade de Eysenck - Revisto (EPQ-R). Validade de Respostas - Escala de Desejabilidade Social de Marlowe-Crowne (MCSDS) (Relatório da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, Processo 143)

A fim de dar cumprimento ao solicitado pelo [tribunal], "... aferir das capacidades parentais dos progenitores" os examinados foram submetidos a uma avaliação psicológica paralela, que incluiu, para além de uma entrevista, a aplicação de uma bateria de provas psicométricas, destinada a avaliar o funcionamento cognitivo global, determinar a estrutura e características específicas da personalidade e ainda a vulnerabilidade ao stress do quotidiano. Essa bateria incluiu as Matrizes Progressivas de Raven, a Escala de Auto-avaliação de Ansiedade-Estado de Zung, o inventário de Personalidade de Eysenck (EPI), o Questionário de Vulnerabilidade ao Stress (23 QVS) e ainda o Inventário Multifásico de Personalidade de Minnesota (MMPI). Os resultados irão ser descritos individualmente (Relatório do INML, Processo 132)

Apesar das semelhanças, consoante a entidade existem metodologias e instrumentos de avaliação ligeiramente diferentes, por exemplo, no serviço de psiquiatria do hospital entrevistam só os progenitores e na avaliação da parentalidade só aplicam o EMBU (Escala de Lembranças sobre práticas parentais), enquanto na Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade realizam “obrigatoriamente” entrevistas com os pais e com a criança, inclusivamente conjuntas, e para além do EMBU aplicam também o COMPA (Escala de Avaliação da Comunicação na Parentalidade). Para além das diferenças mais imediatas nas metodologias e técnicas adotadas, as entrevistas apontam para diferenças nas abordagens do Instituto Nacional de Medicina Legal e da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, que são tidas em consideração pelos/as (peritos/as e) magistrados/as no momento da seleção da entidade a realizar a perícia:

Mas na medicina legal as avaliações também são muito mais restritas no tempo, muito mais breves, digamos assim, em comparação com o que fazemos na faculdade. A sensação que eu tenho é que a avaliação na medicina legal é uma espécie de rastreio, e onde são recolhidos indicadores que necessitam de outra atenção, por exemplo quer a nível de

avaliação e intervenção, e aqui é feita uma avaliação mais exaustiva. Também porque isso nos é permitido, porque o número de pedidos aqui na faculdade não se compara ao número de pedidos que no Instituto de Medicina Legal existem. (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 2)

Em termos de estrutura, nos relatórios periciais de avaliação psicológica e das competências parentais observa-se um padrão relativamente uniformizado independentemente da entidade que os realizam, INML, Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade ou Hospital público, ainda que em termos de conteúdo e de desenvolvimento de cada um dos parâmetros se encontrem, como foi referido, diferenças. Os relatórios periciais de avaliação psicológica e das competências parentais incluem sempre a história pessoal/familiar, resultante das entrevistas e da análise das peças processuais, os resultados das provas psicológicas ou psicométricas, uma conclusão para cada progenitor e uma conclusão geral que responde ao quesito, que pode incluir ou não recomendações quanto ao processo/para o/a magistrado/a.

Em suma, e à semelhança das conclusões de Semple (2011), as avaliações psicológicas e psiquiátricas distinguem-se das avaliações das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais, compostas na sua maioria por assistentes sociais, por sujeitarem os pais a testes psicológicos de diagnóstico, como o Inventário Clínico Multiaxial de Millon-III ou o Questionário de Esquemas de Young. Acresce que as avaliações de assistentes sociais pelas fontes e metodologias adotadas, centradas nas entrevistas dos progenitores, tendem a exigir menos tempo e são em geral mais *fact-intensive* e menos diagnósticas do que as de psiquiatras e psicólogos/as, incluindo informação relativa ao agregado familiar, à situação laboral e económica do/a progenitor/a e à situação escolar da(s) criança(s), entre outras.

3 Relatórios periciais: da informação à recomendação

As perícias judiciais nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais podem assumir um carácter informativo e incluir, ainda, recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais. Sendo que o número de perícias estritamente informativas é reduzido, como se pode observar no quadro 32: apenas 45 perícias do total da amostra não incluíam qualquer tipo de recomendação quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais numa ou mais das suas vertentes (98 em 144). Simultaneamente, são raras as perícias

em que os/as peritos/as se pronunciam sobre todos os aspetos da regulação (guarda/residência, visitas e pensão), 12 em 144.¹³⁶

Quadro 32 – Recomendações

| | | N |
|--|------------|----|
| Número de perícias sem qualquer recomendação | | 45 |
| Número de perícias com recomendações | | 98 |
| Objeto da(s) recomendação(ões) | Visitas | 59 |
| | Pensão | 24 |
| | Residência | 55 |

Assim, a maioria das perícias judiciais da amostra configuram-se enquanto “procedimentos de atalho” ou “procedimentos limitativos”, como define Dumoulin (2000) no seu estudo, ao oferecer comentários e soluções prontas, que o/a magistrado/a pode validar, colocando-o/a numa posição não mais de decisor/a, mas sim de supervisor/a, ou seja, de instância de validação das decisões preestabelecidas pela perícia, o que Castel (1991) designa de ‘perícias instituintes’. Sendo que é muito raro as perícias judiciais oferecerem aos magistrados e magistradas apenas os meios de realizar uma análise informada dos litígios, oferecendo em geral “garantias” quanto ao tratamento do caso. Não obstante o recurso a profissionais da psiquiatria, psicologia e serviço social, bem como a inclusão de recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais serem fenómenos comuns, existe, como foi referido, uma intensa controvérsia sobre o recurso a perícias nas decisões judiciais sobre guarda e acesso às crianças e inclusão de recomendações nas perícias (Bala, 2005; Fineman, 1988; Semple, 2011; Tippins e Wittmann, 2005).

¹³⁶ Como no exemplo seguinte:

Neste quadro, e apesar das dificuldades sentidas pela mãe em dispor por ora de uma casa com condições adequadas e de um suporte financeiro que lhe permitam proporcionar à jovem (...) um desenvolvimento equilibrado e harmonioso, parece-nos aconselhável, salvo melhor opinião, fixar residência da Norberta junto da mãe, assumindo esta a responsabilidade pelos atos da vida corrente, bem como pelas questões de particular importância da vida da filha. No tocante à fixação de um regime de convívios, importa considerar a gravidade dos atos cometidos por Nuno para com a filha, e que esta (...) não quer passar tempo algum com o pai e que, a própria Natália, embora reconheça a importância da figura paterna, não se mostra disponível para aceitar qualquer regime de convívios sem que ela possa estar presente, situação que em nosso entendimento, deve ser também acautelada. Por último, e no respeitante à definição de uma pensão de alimentos a pagar por Nuno à filha (...), e levando em linha de conta as significativas fragilidades económicas do agregado familiar em que a mesma se insere, ela seria indubitavelmente uma mais valia para o desenvolvimento da jovem (...). (Relatório social da mãe, Processo 137)

3.1 Informação contextual, processual e técnica

No que respeita à informação e recorrendo à categorização proposta por Dumoulin (2007), as perícias podem incluir informação técnica – quando avaliam um determinado facto, como uma dependência alcoólica ou um distúrbio psiquiátrico –, processual – quando avaliam reivindicações de cada um dos intervenientes quanto à regulação – ou/e contextual – quando avaliam os progenitores e as crianças quanto às suas condições e comportamentos –,¹³⁷ observando-se diferentes combinações de informações contextuais, processuais e técnicas (cf. Figura 3) consoante o tipo de perícia judiciária e as metodologias e fontes utilizadas. As avaliações das competências parentais combinam, regra geral, os três tipos de informação, contextual, processual e técnica, ainda que a informação contextual não seja tão detalhada como a que é observada nos relatórios sociais. Os relatórios sociais e de avaliação dos convívios combinam, em geral, apenas informação contextual e processual. E as avaliações e informações psicológicas e psiquiátricas incluem informação contextual e técnica, mas usualmente não dão conta da posição dos progenitores em relação ao processo.

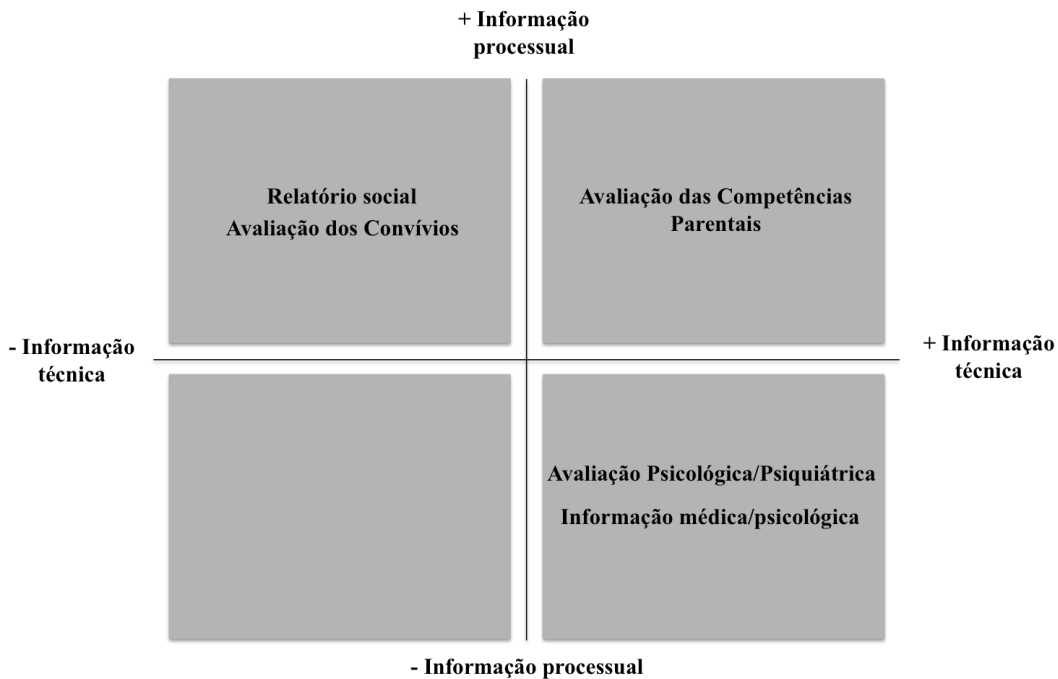
¹³⁷ A título ilustrativo veja-se o exemplo seguinte de uma avaliação às competências parentais realizada no âmbito de um processo tutelar cível de regulação e que inclui os três tipos de informação:

[informação contextual] Do Relatório Social de 26.09.2012 conclui-se, relativamente à “avaliação das competências para o exercício da parental idade” do progenitor, que “existe algum défice no exercício das responsabilidades parentais na vivência do José com o pai”; (...) o número elevado de ausências à escola, na maior parte das vezes sem justificação; o distanciamento relativamente à vida escolar e suas rotinas, são algumas das lacunas que se registam no desempenho do cuidador principal.

[informação técnica] b) Desejabilidade Social O resultado global médio obtido na MCSDS é tradutor de resposta sincera ao processo de avaliação psicológica, denotando que o Sr. Flenrique foi honesto na resposta aos itens, não pautando as suas respostas por desejabilidade social, conferindo assim fidedignidade aos resultados alcançados.

[informação processual] Refere que José Pedro é um menino que come bem, é "autossuficiente" (veste o pijama sozinho, é apenas auxiliado no banho relativamente ao tempero da água). Na sua opinião, o regime do exercício das responsabilidades parentais atual devia manter-se, apenas com a alteração de o pai poder estar com o filho um fim de semana por mês. (Avaliação às competências parentais, Processo 143)

Figura 3 – Perícias judiciárias segundo o tipo de informação



As informações contextuais sobre as condições socioeconómicas e habitacionais e o comportamento dos progenitores, das suas famílias e das crianças estão presentes em todas as perícias judiciárias ao contrário das informações processuais e técnicas. Contudo, os relatórios sociais apresentam informações contextuais detalhadas e abrangentes, debruçando-se sobre diferentes aspetos desde os antecedentes familiares do casal, a habitação, o atual agregado familiar que integram, os rendimentos e despesas até à personalidade e comportamento, do que é exemplo o relatório social seguinte:

2. Dados Relativos ao Progenitor

2.1. Situação Familiar

O progenitor reside com os seus pais numa moradia de dois pisos, de tipologia T3, com três quartos, uma sala uma cozinha e duas casas de banho. Informa-nos de que um dos quartos se destina à Diana, estando já adequadamente mobilado. (...)

2.2. Situação Laboral e Económica

O progenitor presta serviços na (...) e aufere mensalmente cerca de 750€ mensais líquidos, diz-nos que o seu horário de trabalho actual é, de 2ª a 6ª -feira, das 08:00h às 17:00h. (...) Despesas mensais mais significativas; A este nível, Dário esclarece-nos que entrega à mãe 150€, que assegura os encargos com a Internet e que gasta aproximadamente 150€ em combustível por mês. (...) O progenitor comunica-nos que, exceptuando a aquisição de algumas peças de vestuário, não prestou qualquer apoio financeiro à Débora até à realização da já aludida conferência de pais. (...)

2.3. Características Individuais e Relacionais no Exercício da Parentalidade

Dário surge-nos em contexto de entrevista evidenciando uma postura tensa, inflexível, em nossa opinião, indiciando mesmo alguns traços de imaturidade e de irresponsabilidade no modo como analisa e perspectiva as suas vivências. (...) A avó paterna surge-nos indubitavelmente como figura potencialmente cuidadora e garante do bem-estar e da gestão da vida corrente da [criança] (...).

3. Dados Relativos à Filha

(...) é uma criança com aproximadamente um ano e meio e que, segundo os relatos por nós recolhidos, apresenta níveis de crescimento e de desenvolvimento normais, que começa agora a dar os primeiros passos e a verbalizar as primeiras palavras e que à medida que os contactos com o progenitor e com os avós paternos se vão regularizando, vai estabelecendo com estes uma maior vinculação afectiva. (Relatório social do Pai, Processo 148)

Enquanto outras perícias judiciais, como os relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica e de competências parentais, apresentam informação contextual mais sucinta e centrada na biografia e personalidade dos progenitores,¹³⁸ como os exemplos seguintes:

O Álvaro é filho único, (...), pais divorciados há aproximadamente 19 anos. Segundo o pai teve um desenvolvimento psicomotor dentro dos padrões médios/normais. Percurso Escolar – O Álvaro frequentou a Pré-Primária sem dificuldades em termos de integração e adaptação. (...) Percurso Profissional - O Álvaro iniciou funções como enfermeiro no I.P.O. (...) aos 21 anos, onde permanece actualmente. (...) Relações Amorosas - Relativamente às Relações Amorosas do Álvaro, iremos reportar-nos à relação com a sua ex-esposa, segundo o próprio “A relação mais longa e mais marcante, pela negativa, foi com a minha ex”. Namorou cerca de um ano e casou aos 26 anos (2003). (...) (Relatório de avaliação psicológica pai do hospital, Processo 150)

2 - A nível de personalidade: Revela ser uma pessoa extrovertida, emotiva, perspicaz, agradável, intensa nos seus envolvimentos afectivos e necessitando de uma atenção diferenciada por parte dos outros. Parece evidenciar uma elevada autodisciplina, isto é, demonstra ter uma boa capacidade de prosseguir com os seus objectivos apesar das adversidades que possam surgir. (...) (Relatório de avaliação psicológico/psiquiátrico da mãe do hospital, Processo 150)

As informações processuais, que correspondem a considerações sobre os motivos do conflito, as posições ou reivindicações dos progenitores, estão presentes em quase todos os tipos de perícias, à exceção dos relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica e das informações médicas.¹³⁹ Veja-se a título de exemplo o relatório

¹³⁸ Ou os relatórios de avaliação dos convívios que apresentam informação contextual centrada na observação dos convívios e relacionamento entre os progenitores e a(s) criança(s).

¹³⁹ Os relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica apresentam exclusivamente informações técnicas e contextuais, não fazendo referência à posição dos progenitores. Veja-se a título de exemplo o excerto seguinte do relatório de avaliação psicológico/psiquiátrico relativo à postura dos progenitores no processo judicial, mas que não refere a posição de nenhum deles:

O processo de divórcio foi vivenciado pela examinada como um fracasso no seu projeto de vida, revelando inicialmente dificuldade na sua aceitação (...). Da entrevista e consulta dos autos infere-se

social seguinte elaborado no âmbito de um processo de regulação das responsabilidades parentais:

Com a abertura do presente processo, os requeridos exprimem opiniões diferenciadas em relação ao regime de responsabilidades parentais que cada um defende para os menores, com o requerente a defender um modelo partilhado em que a sua participação na educação dos filhos é diária e o convívio com o Óscar e a Ofélia similar ao regime que cumpre com o seu filho Olavo (...), com quem está habitualmente às quartas, quintas e sextas, alternando os fins de semana consigo e com a mãe daquele. Por seu turno, a requerida defende um modelo de regulação das responsabilidades parentais diferenciado, no qual seria fixada uma residência principal aos filhos junto de si, enquanto o regime de visita a aplicar seria com o requerente a conviver com os filhos à quarta-feira sem pernoita, estando depois com os menores em fins de semana alternados, regime que seria igualmente aplicado para os períodos de férias, ocasiões festivas e aniversários (Relatório social pai, Processo 154)

Os relatórios de avaliação das competências parentais abordam e apontam também a posição diferenciada de pai e mãe, como se pode ler no próximo exemplo da parte do relatório relativa ao pai:

Relativamente às questões específicas relacionadas com o exercício da parentalidade, para a Paula, o modelo de guarda ideal seria o pai “passar o tempo que quiser com os filhos até às 19h00/20h00, levá-los à escola e ir buscá-los dois ou três dias; ao fim-de-semana também, mas com a condição de os meninos pernoitarem em casa da mãe”. (...)

Após esta abordagem geral à problemática colocada pelo tribunal de família e menores, colocámos algumas questões específicas sobre o exercício da parentalidade. Para este progenitor, o modelo de guarda ideal seria a partilhada “porque para as crianças o ideal seria um convívio próximo com ambos os progenitores, com o mesmo grau de envolvimento e responsabilidade dos pais”. (Relatório de Avaliação das Competências Parentais, Processo 119)

As informações de cariz técnico, em que, por exemplo, uma determinada patologia é diagnosticada ou afastada, estão presentes nas avaliações psicológicas/psiquiátricas, às competências parentais e nas informações médicas e psicológicas. Um exemplo de informação técnica são as avaliações dos resultados psicométricos incluídos nas avaliações psicológicas/psiquiátricas, como a seguinte:

Nas Matrizes Progressivas de Raven, prova que avalia o nível intelectual global, o resultado obtido foi 42 (quarenta e dois). Este valor enquadra-se na Classe Bom (valores de 35 a 45) e pressupõe a existência de um funcionamento cognitivo acima da média esperada para a população normal. (Relatório de avaliação psicológica/psiquiátrica pai INML, Processo 132)

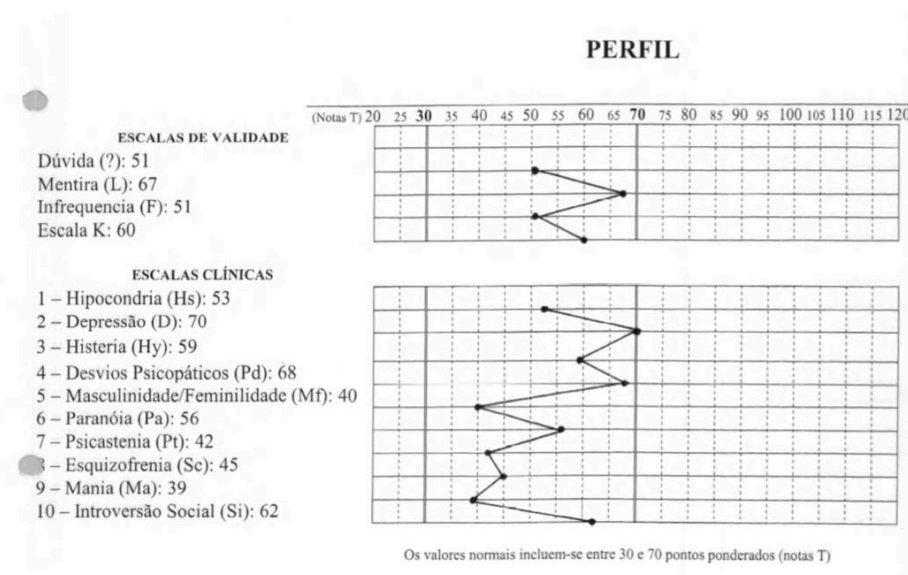
que, após o divórcio, parece terem aumentado as dificuldades de comunicação e entendimento sobre questões relacionadas com a filha; verifica-se entre os progenitores um padrão de comunicação rigidificado e simétrico, em que cada um “procura levar a melhor”, ficando-se com a impressão de que “nesta luta”, por vezes, ambos esquecerem o bem estar e estabilidade da criança. (Avaliação psicológica e psiquiátrica dos progenitores, Processo 150)

Os resultados da Avaliação da Parentalidade - Questões da entrevista estruturada ASPECT (*Ackerman-Schoenforf Scales for Parent Evaluations for Custody*):

Perante os resultados obtidos na avaliação solicitada pelo Tribunal de Família e Menores, concluímos que ambos os progenitores apresentam competências parentais adequadas ao cuidado dos filhos, considerando os critérios indicados pela literatura, nomeadamente o conhecimento que têm dos filhos, a capacidade para equacionar respostas às necessidades das crianças, a convergência de informações sobre os filhos, apesar de alguma dificuldade em comunicarem. (Relatório das competências parentais da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, Processo 119)

Ou ainda o gráfico de perfil resultante do Inventário Multifásico de personalidade de Minnesota (MMPI) incluído em todas as avaliações psicológicas e de avaliação das competências parentais (cf. figura 4).

Figura 4 - Gráfico de perfil resultante do Inventário Multifásico de personalidade de Minnesota



3.2 Recomendações

Como se pode observar no quadro 33, os relatórios sociais são o tipo de perícias judiciais em que é mais comum serem incluídas recomendações relativas à regulação das responsabilidades parentais. Pelo contrário, e em consonância com o observado relativamente às informações processuais, as avaliações psicológicas/psiquiátricas e as informações médicas não incluem (ou quase nunca incluem)¹⁴⁰ recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades

¹⁴⁰ A exceção é este relatório sobre uma criança que é acompanhada há algum tempo pela médica e a quem foi pedido explicitamente pelo tribunal que enviasse “uma avaliação e um parecer relativamente

parentais. Já os relatórios de avaliação das competências parentais incluem pontualmente recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais.

Quadro 33 – Tipo de perícias sem recomendações

| | N | % sem recomendações | Total das perícias |
|--------------------------------------|-----------|---------------------|--------------------|
| Informação Social | 4 | 66,7 | 6 |
| Relatório Social | 17 | 18,1 | 94 |
| Relatório Social - Internacional | 3 | 60,0 | 5 |
| Avaliação dos convívios | 7 | 33,3 | 21 |
| Informação médica | 6 | 75,0 | 8 |
| Avaliação das competências parentais | 1 | 33,3 | 3 |
| Avaliação psicológica | 7 | 100 | 7 |
| Total | 45 | 31,25% | 144 |

Pese embora a inclusão de recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais seja uma prática bastante comum, tanto as peritas do INML e da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, como os/as magistrados/as entrevistados/as quando questionados/as sobre este fenómeno fazem questão de delimitar a função do/a perito/a, investigar e informar, da função do/a magistrado/a, julgar. O que os estudos sociais da ciência designam de trabalho de “demarcação” tanto da parte dos/as cientistas forenses como do lado dos magistrados e magistradas, no sentido de uns e outros reivindicarem e demarcarem as respetivas e específicas competências e autoridades disciplinares (Machado, 2007). O recurso e a produção de perícias judiciais impele a um duplo movimento de interseção e transgressão, mas também de demarcação.

Às vezes sugerimos. (...) Com crianças com necessidade de apoio escolar intenso, pessoas que vivem do rendimento social de inserção com comportamentos completamente disfuncionais, eu aí atrevo-me a dizer uma adoção não seria de descartar. (...) Às vezes faço sugestões. Nestas regulações quando não vejo a criança (...), às vezes atrevo-me assim: “era melhor esta criança ser avaliada, porque deve estar em sofrimento. Por acaso tenho aí uma que o juiz lá achou que sim... tenho aí a avaliação para fazer. Às vezes tenho este atrevimento. (Entrevista Perita INML)

à melhor forma dos convívios entre a menor e o seu pai”, “sem que esta sinta sofrimento e mau estar” (Ofício do Tribunal ao departamento de pedopsiquiatria, Processo 132):

Em resposta ao pedido expresso no ofício (...), cumpre-me informar o seguinte: Relativamente a "estratégias definidas para resolução da conflitualidade existente entre o casal", considero que o mais importante será uma definição o mais rápida possível do regime de visitas e, quando tal estiver estabelecido, que estas possam ser combinadas de modo a evitar encontros entre os pais da Mariana. (Informação médica/psicológica, Processo 132)

e. *E fazem recomendações/sugestões sobre qual o tipo de regulação?*

E. Não, não fazemos porque esse é o trabalho do juiz. O trabalho do psicólogo é avaliar as competências e as condições. (...) Dizer-se, por exemplo, achamos que a criança está melhor com o pai ou que a criança está melhor com a mãe ou que o juiz devia fazer uma alteração da guarda parental. Isso tem de ser ele a fazer, porque isso não é só o resultado da avaliação psicológica, ele tem outras informações que nós não temos mesmo lendo as peças processuais. Mas de facto nós não somos os magistrados, portanto não damos nenhuma sugestão de qual é o melhor para aquela família, qual é a melhor solução para aquela família, isso não fazemos. Achamos que não é de todo a nossa [competência]. Aliás os guias de avaliação psicológica na área da forense dizem isso mesmo: nós não devemos dizer qual é a melhor decisão para aquela família, porque não é esse o nosso trabalho. É uma questão que os magistrados é que têm... é o papel deles. Para além de ser o papel deles, de facto eles é que têm o processo todo e eles têm informações que nós não temos. E eles é que têm que dar peso a cada uma das informações e em função disso ponderar de facto o que é que é melhor em termos de decisão para aquela família. (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 1)

Eu acho que nós temos o dever de partilhar esse, não digo sugestões, digo que são indicadores. Por exemplo, nós não devemos e isso faz parte da lei, como é óbvio, não é o nosso papel, é o papel do magistrado definir o que é que é melhor para aquela criança. É o papel do magistrado. Agora, se nós temos indicadores nós devemos providenciá-los porque é isso que o tribunal nos está a pedir. E se nós percebermos, por exemplo, que uma criança não está bem com um determinado progenitor e que existem ali diversas lacunas nos seus cuidados, devemos dizer isso mesmo no sentido de alertar para os perigos de uma guarda partilhada, ou quando os progenitores não têm qualquer tipo de comunicação. É uma criança com problemas de saúde, necessita de medicação ou de ir ao hospital regularmente etc, e os pais não comunicam sobre isso, há uma condição de risco que seria permitir uma guarda partilhada também nesse sentido, residências alternadas. E esses indicadores, a meu ver, devem ser dados sempre contextualizados devidamente e nunca como «nós achamos que deve ser assim ou assado», não é? (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 2)

E portanto, às vezes há como que um ultrapassar (...) de funções por parte dos técnicos, algumas situações em que opinam. Ora, eu não pretendo opiniões dos técnicos, eu pretendo factos. Os factos que eu não consigo ir ver e ouvir, eu pretendo que mos tragam, está a ver? Agora opiniões, é a mesma coisa que eu chegar ao julgamento e pedir a opinião da testemunha «olhe o que é que a senhora, se estivesse no meu lugar o que é que fazia?». Qualquer cidadão, opina, não é? E não é isso que nós pretendemos. Portanto, isto às vezes, dependendo em concreto da forma como essa sugestão foi obtida, não é? (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Há uns que dão mais dados, há outros que dão menos dados. Alguns são mais conclusivos, são menos factuais, e eu não gosto muito dos relatórios muito conclusivos, porque a conclusão caberá ao tribunal tirar. Nós queremos é factos, é isso que pedimos. Mas se perguntar como é que eu caracterizaria? É um relatório que me traga muitos factos, mais factos e menos conclusões. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Além das recomendações quanto ao regime, as perícias incluem também outro tipo de recomendações relacionadas com atos processuais ou diretamente com a ação dos magistrados e magistradas:

Pelo exposto, tendo em conta a postura de recusa que a progenitora vem revelando sobre o convívio pai/filho e o facto do despacho do Tribunal não mencionar o local de entrega e recepção do menor ao pai, entendemos que a continuidade deste convívio poderá vir a ficar comprometida, pelo que sugerimos o seguinte: - Que o Tribunal determine um local para a passagem do menor de um progenitor para o outro, nas datas destinadas ao convívio entre o filho e o pai, sendo recomendável que tal venha a acontecer em espaço neutro. - Que esse Tribunal alerte a progenitora para o seu dever de cumprir o regime de visitas estabelecido, - Que o Tribunal alerte a progenitora para o exercício responsável das funções parentais em condires que proporcionem ao filho alguma estabilidade emocional. (Processo 136, Relatório de avaliação dos convívios)

Atento o teor da informação que antecede, promovo que se proceda conforme vem sugerido pela Exma. Senhora Técnica Gestora do processo, solicitando-se, contudo, a esta que indique um "local neutro" próximo da área de residência dos pais do menor onde a entrega deste possa ocorrer (Promoção do Ministério Público, Processo 136)

Em suma, em primeiro lugar, se alguns tipos de perícia se aproximam mais do modelo clássico de perícia técnica, identificado por Castel (1991), em que o/a perito/a é um auxiliar ao serviço de um terceiro que tem a responsabilidade da decisão, o/a magistrado/a, e os dois pólos, o da produção de conhecimento e o da tomada de decisão, são, em princípio, claramente identificados e distintos. Outras aproximam-se mais do modelo de perícia instituinte do mesmo autor (Castel, 1991), em que o saber da perícia qualifica e desqualifica comportamento, legitimando-os ou não, e produz diretamente uma ordem normativa e regras jurídicas. Mais concretamente, as informações médicas e psicológicas e (algumas) avaliações psicológicas e psiquiátricas se centram sobretudo nas informações contextuais e técnicas, demarcando-se claramente do processo judicial e, em especial, da função de decidir ou julgar, ao não incluírem qualquer tipo de sugestão quanto ao processo e/ou quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais. Nos relatórios sociais, os/as peritos/as da EMAT, para além de tecerem considerações sobre as questões contextuais (competências parentais), pronunciam-se em geral sobre o processo judicial e, em especial, sobre o regime de regulação das responsabilidades parentais que no seu entender melhor corresponde ao superior interesse da criança. Em segundo lugar, e conseqüentemente, pese embora o processo de produção das perícias assente num duplo movimento de interseção e demarcação entre o campo do direito e o campo das perícias, a análise do conteúdo dos diferentes relatórios periciais revela como consoante o tipo de perícia, predominam mais as dinâmicas de demarcação ou de interseção.

3.3 Indeterminismo e aleatoriedade das perícias judiciárias

A análise do processo de produção das perícias judiciárias, desde as metodologias e técnicas selecionadas até às informações e recomendações inscritas nos relatórios periciais, revela como as perícias judiciárias ou os relatórios periciais, com as informações e recomendações que incluem, funcionam como discursos constitutivos da realidade, ou seja, como discursos de verdade, sujeitos à subjetividade e aleatoriedade. A verdade, como Michel Foucault (1980) demonstra, não é uma força universal, a verdade é produzida e reproduzida, filtrada por uma complexa rede de relações sociais, mecanismos e interditos, sendo que, em última análise, não há “a” verdade, há uma “vontade de verdade”, um conjunto de práticas excludentes que classificam e distinguem o que é considerado verdadeiro e o que é considerado falso.

Os/as peritos/as selecionam e estabelecem as metodologias e técnicas a adotar e (d)a pertinência das afirmações e informações obtidas, definindo o que é real e o que não é, o que é verdadeiro e o que é falso, e, em última análise, o que é incluído ou excluído do relatório. Ou seja, os/as peritos/as decidem a pertinência e a veracidade das diferentes fontes, determinando que afirmações precisam ou não de ser confirmadas, junto de outros/as técnicos/as ou através de outras fontes, e as narrativas a que “dão voz”, que legitimam, nos relatórios periciais. Assim, o processo de produção das perícias judiciárias não é nem neutro, nem objetivo, ele desqualifica e silencia vozes e visibiliza outras.

No processo de produção dos relatórios periciais existem, por um lado, discursos que são desqualificados, como o discurso das famílias acompanhadas por técnicos de ação social que tem de ser legitimado pelos técnicos, ou mesmo silenciados e excluídos do “regime de verdade” das perícias judiciárias, como o discurso das crianças dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais. Com efeito, para além do número de perícias judiciárias centradas nas crianças ser muito reduzido - apenas 7 eram dedicadas exclusivamente à criança e 34 ao(s) progenitores e à(s) criança(s) - quando comparadas com as perícias que tinham como sujeito/objeto os progenitores-adultos, as perícias judiciárias raramente incluem entrevistas (ou outro tipo de contacto com) à(s) criança(s) dos processos.¹⁴¹ A maioria das metodologias e

¹⁴¹ Apenas 5 dos 94 relatórios sociais incluíram entrevistas às crianças, sendo que à semelhança das visitas domiciliárias e contacto com os professores estas foram realizadas no âmbito de processos com conflitos sobre o acesso à(s) criança(s) (em que esta(s) tinham mais de 12 anos de idade), do que é ilustrativo o excerto seguinte:

técnicas utilizadas pelos/as peritos/as são, com efeito, “adultocêntricas”: entrevistas aos progenitores, articulação com os técnicos e profissionais que acompanham a família, visitas domiciliárias, consulta do sistema informático da segurança social sobre o rendimento da família, aplicação de testes psicométricos, etc.. Consequentemente, o espaço dedicado nas perícias judiciais à(s) criança(s) é muito reduzido quando comparado com o espaço dedicado aos adultos-pais: no total de 144 perícias judiciais foram codificados apenas 262 excertos sobre as crianças dos processos (escola, saúde e desenvolvimento, relacionamento com a família direta e indireta etc.) e 700 excertos sobre o casal parental (pré e pós-separação) e sobre a mãe e o pai (condições socioeconómicas, de habitabilidade).

Simultaneamente, no processo de produção do relatório pericial os/as peritos/as seleccionam as narrativas (e/ou posições) que legitimam. Veja-se a título de exemplo este processo em que a perita assume de forma expressa a posição de um dos progenitores.

Na entrevista conjunta os progenitores construíram alguns aspectos consensuais, que poderão minorar o conflito, mas as questões mais prementes, apontadas pela progenitora, não lhes mereceram consenso. É de referir que maioritariamente a progenitora aceitou as propostas que o progenitor apresentou sobre a divisão do tempo em período de férias lectivas da filha, a aplicar num futuro próximo, por considerar que a divisão neste período não irá colidir com a estabilidade da Ana. Em nosso entender, a proposta apresentada pela progenitora é a que, por agora melhor salvaguardará a menor do conflito parental (Relatório social da mãe, Processo 150)

A projecção que faz da parentalidade é a da residência alternada, modalidade na qual coloca a solução de todos os litígios e, segundo ele, no caso de esta não vir a ser determinada, considera ser ele quem reúne melhores condições para o exercício das funções parentais. Durante a intervenção deu particular ênfase às mágoas decorrentes da suspeita de abuso sexual que sobre ele decorreu (...). (...) Em nosso entender, por tudo

Com vista a serem elucidados alguns aspetos das suas vivências junto da figura materna, e nos períodos de convívio com o progenitor, considerou-se pertinente falar com os menores, que se mostraram disponíveis a prestar alguns esclarecimentos relacionados com os contornos deste processo judicial. Assim, e em contexto de entrevista, os menores mostraram-se empáticos e de fácil relação comunicacional, participando, de forma colaborante e aberta na abordagem dos assuntos focados. (...)

Relativamente aos convívios que vêm estabelecendo com o progenitor, foi-nos referido que os fins de semana são passados em casa dos avós paternos (...), local onde viverá o requerente, a tempo inteiro, e desde há poucos meses. Sobre o período de tempo desses convívios não são invocados pelos menores constrangimentos, mas antes caracterizados como adequados em termos de familiaridade e de convivência, e em que as relações de proximidade afetiva com os avós paternos e pai estão presentes, e as atividades lúdicas desenvolvidas são apontadas como satisfatórias. (Relatório Social da Mãe, Processo 141) - (entrevista com os menores, com 14 e 12 anos de idade à data da realização das entrevistas)

o que foi exposto, por agora, a proposta do progenitor não se apresenta exequível neste quadro de conflito aberto. (Relatório social do pai, Processo 150)

A este propósito recorde-se a abordagem que defende que, apesar da existência de uma vasta literatura sobre como conduzir avaliações,¹⁴² é muitas vezes impossível um/a perito/a fazer previsões rigorosas e baseadas na pesquisa sobre os efeitos de diferentes regimes de guarda numa criança particular (Tippins e Wittman, 2005). As recomendações sobre qual o regime será no melhor interesse de uma criança são inevitavelmente baseadas, pelo menos em parte, nos valores e experiências pessoais e julgamentos dos/as peritos/as (Bala e Antonacopoulos, 2007; Kruk, 2011), o que é particularmente grave se a opinião é percebida ou representada como tendo a autoridade de ciência (Semple, 2011), ou como elementos neutros e objetivos, como referem os magistrados e magistradas em entrevista.

Os relatórios periciais não são, para usar a expressão de Jasanoff (2007), como qualquer outro conhecimento, um espelho transcendente da realidade, estes estão incorporados nas práticas sociais, normas, convenções, discursos, instrumentos e instituições dos/as peritos/as, e, conseqüentemente, estão sujeitos a indeterminismos e imprecisões. A título de exemplo, para além dos relatórios periciais terem excertos que são copiados do relatório da mãe para o pai e vice-versa, em especial no que toca à criança, os/as peritos/as parecem reutilizar relatórios anteriores, o que leva a que os relatórios tenham gralhas ou mesmo informações contraditórias, como se percebe nos exemplos seguintes:

3. Dados Relativos à Filha

Item desenvolvido no relatório referente à requerida (Relatório social do pai, Processo 132)

*Relativamente aos tempos de convívio **do pai com o menor**, a requerente considera da máxima importância a manutenção do relacionamento parental, atendendo ao forte envolvimento afectivo existente, entre o Gabriel e todo o agregado familiar paterno. Relativamente aos tempos de convívios **com os menores**, não têm acontecido uma vez que pais e filhos não têm qualquer envolvimento afectivo, nem os progenitores tomaram qualquer iniciativa para se relacionarem. (Relatório social, Processo 115)*

*A estruturação quotidiana **da menor** em causa alicerça-se na frequência da escolaridade (4o ano), revelando, conforme ao respetivo "Registo de Avaliação" reportado ao 1o período, avaliação quantitativa / qualitativa de nível máximo (5) na quase totalidade (10 em 12 / 23 em 29, respetivamente) dos parâmetros sinalizados, verificando-se, na "Apreciação Global", que "**o aluno** é uma mais valia em sala de aula.*

¹⁴² A título de exemplo o livro publicado, em Portugal, por Rute Agulhas e Alexandra Anciães (2015) "Casos práticos em Psicologia forense: Enquadramento legal e avaliação pericial".

Inicialmente um pouco introvertido, revelou de imediato as suas excepcionais qualidades quer ao nível da aprendizagem, comportamento e concentração. É um aluno completo, metódico, trabalhador, empenhado, organizado, participativo, e por isso os resultados escolares são bastante bons em todas as componentes do currículo (...), é um ótimo elemento em trabalho de grupo”- complementarmente, o menor em causa frequenta atividades de tempos livres, nomeadamente prática de karaté. (Relatório social, Processo 122)

Sob a epígrafe “Conclusão” consta igualmente do referido relatório que «Trata-se de um indivíduo com sem qualquer tipo de alteração psiquiátrica ao nível do Eixo I ou II». d - O requerido não consegue compreender o sentido desta declaração, pelo que a senhora perita médica deverá esclarecer se o examinado possui ou não uma alteração psiquiátrica ao nível do Eixo I ou II (Contraditório do pai, Processo 150)

A análise dos contraditórios,¹⁴³ em particular, permite dar visibilidade às imprecisões e contradições presentes nestes documentos e questionar a retórica da neutralidade e objetividade do processo de produção dos relatórios periciais. A maioria dos contraditórios com pedidos de esclarecimento atentam nas metodologias e conclusões das perícias judiciais, questionando designadamente a fundamentação dos relatórios sociais.¹⁴⁴ Nos exemplos seguintes os advogados solicitam esclarecimentos quanto às fontes que sustentam algumas das conclusões dos relatórios sociais.

Refere o relatório na pág. 4/19 (entre outras) que “(...) o meio de comunicação entre os progenitores é o SMS para agilização do convívio e os principais assuntos são tratados através dos advogados de cada uma das partes (...)” - Requer-se seja esclarecida quais as fontes que sustentam essa afirmação, designadamente, no que refere ao facto de serem os advogados das partes, em substituição das mesmas, a tratarem dos principais assuntos relacionados com a filha comum. 3. Refere o relatório na pag. 4/19 que “(...)por vezes , nalguns fins de semana mãe e filha partilham o quarto e a cama (...) ”. - Requer-se sejam indicadas as fontes que sustentam essa factualidade, onde seja especificado, nomeadamente, que a mesma ocorre ocasionalmente e não se verifica todos os dias.(...) Com o muito douto suprimento de V.Exa, solicita-se seja atendido o presente requerimento e que o mesmo seja levado ao conhecimento da entidade autora do relatório em questão para resposta aos respectivos

¹⁴³ Cf. artigo 147.º-E, da OTM, introduzido pela Lei n.º 133/99, de 28 de agosto.

¹⁴⁴ Enquanto nos contraditórios aos relatórios sociais são questionadas as metodologias e fontes, no caso dos contraditórios às avaliações psicológica ou das competências parentais pedem-se esclarecimentos quanto à linguagem técnica ou científica, como no exemplo seguinte:

Também da conclusão consta que «Apresenta capacidade de tomar decisões crítica para situação e discurso de acordo com nível sócio-cultural». O requerido não compreende o teor desta afirmação, ausente, no seu modesto entendimento, de sentido lógico, pelo que solicita que a senhora perita médica esclareça o que significa «Apresenta capacidade de tomar decisões crítica para situação (...)». (Contraditório do advogado do pai , Processo 150)

Por outro lado, salvo o devido respeito, a requerida gostaria, se assim for entendido pelo douto tribunal, saber quais os motivos que impossibilitaram o relatório de apresentar o Inventário Multifásico de Personalidade Minnesota - M.M.P.I, nomeadamente, a razão de os testes serem inválidos. (Contraditório da advogada da mãe, Processo 129)

pedidos de esclarecimento, não prescindindo, o Requerido, da presença em Audiência de Julgamento da subscritora desse documento (...) (Contraditório do advogado do pai, Processo 150)

Com efeito, o técnico conclui, por si só, e não com base em relatórios periciais ou médicos, que não há motivos que impeçam a pernoita na casa da avó, nem a curto prazo a transição para um regime em que o progenitor esteja diretamente envolvido, sem a sustentabilidade do chamado "processo de adaptação". Fica demonstrado que o dito profissional afirma de forma peremptória que a Rute é induzida pela mãe a assumir uma postura negativa perante o seu pai não fundamentando devidamente a origem da sua opinião. (Contraditório do advogado da mãe, Processo 116)

Sendo que num dos processos tanto o pai (advogado em causa própria), como a advogada da mãe fazem notar a falta de referência a uma das metodologias utilizadas para sustentar as conclusões do relatório, duas entrevistas ao pai:

Vejamos, por lapso, na rubrica Metodologia e Fontes nem sequer a Técnica Social referenciou as entrevistas realizadas com o requerido, mas na verdade efectuou duas, tendo aquele se disponibilizado para os esclarecimentos tidos por convenientes (...). (Contraditório do pai, Processo 129)

De resto, no ponto referente à metodologia e fontes são referidas entrevistas individuais com a requerida quando o que estava em causa são as entrevistas individuais com o requerido, não se fazendo em relação ao mesmo qualquer alusão - cfr. pág. 11 do relatório. (Contraditório do advogado da mãe, Processo 129)

Os pedidos de esclarecimento quanto à fundamentação das conclusões não podem ser dissociados do facto das perícias judiciais, e em especial os relatórios sociais, assentarem em entrevistas e reproduzirem em geral o discurso das partes, o que é apontado também nas entrevistas.

E alguns lá está, versam sobre aquela questão que nós há bocado falámos. Quer dizer, é o facto do relatório ser feito com base em entrevistas realizadas nas próprias instalações da Segurança Social. E portanto, muitos dos advogados às vezes vêm, o que é que vêm contraditar no relatório? Não se foi a casa. O que é que se diz? A casa tem esta tipologia de acordo com a declaração do pai e da mãe. E portanto, isso às vezes é muito, pronto, é de facto suscitado no sentido de «está bem, isso é o que a mãe diz, foi lá alguém ver? Portanto, isso foi confirmado?». Que é no fundo o que nós pretendemos, não é? É que sejam outros olhos, e de uma entidade independente, não é? Que não esteja, que não tenha interesse no conflito que vá ver e que vá, acontece muitas vezes. E outras vezes também com rendimentos, também acontece às vezes questionarem os rendimentos, mas isso pronto. (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Este é de resto outro dos principais objetos de crítica e questionamento dos contraditórios. Os/as advogados/as e as partes vêm refutar as informações prestadas pela outra parte, como é o caso do exemplo seguinte:

O relatório elaborado no estabelecimento de saúde ao requerido enferma de várias incorrecções e falsidades, obviamente que não está em causa o trabalho efectuado pelos técnicos mas tão só alguns factos vertidos no

mesmo por força das declarações prestadas pelo requerido nas entrevistas. (Advogada da mãe, Processo 129)

Analisado minuciosamente o relatório social efectuado ao requerente, Inácio, é possível verificar que muitas das informações prestadas, quer pelo requerente, quer pelos seus progenitores, não correspondem à verdade.

Exemplo disso, o facto de terem informado os técnicos da Segurança Social de que até aos sete anos, foi o pai, com os avós paternos e maternos quem criou o menor, tendo a mãe durante esse período passado grandes períodos sem estar com o filho em virtude de ser professora e, conseqüentemente, ser colocada em escolas longe de casa. (...)

É o que resulta do parágrafo 2o do ponto 2.3 do relatório social que àquele diz respeito.

Referem os técnicos naquele parágrafo o seguinte: “Dos relatos do progenitor, depreendemos que este, face às frequentes e, por vezes prolongadas ausências da progenitora por motivos profissionais, sempre se perspectivou como figura de referência no que se refere à gestão dos actos da vida corrente do Ivo, estabelecendo-se entre ambos uma forte vinculação afectiva

Ora, esta conclusão dos técnicos foi tomada com base em informações falsas, pelo que, impugna-se todo o teor do relatório social efectuado ao requerido, designadamente, o vertido no Ponto 4 do relatório.

Ademais, não se esqueçam os senhores técnicos da Segurança Social de que, no período em referência, o requerido também trabalhava, pelo que, o tempo que passava com o menor era o mesmo que a requerida passava, ou seja, ambos estavam com o menor depois de saírem dos seus postos de trabalho. (Contraditório Advogada da mãe, Processo 122)

Semple (2011) e Bala (2005; Bala e Antonacopoulos, 2007) defendem que, não obstante as limitações que as perícias judiciais e recomendações possam ter, os/as peritos/as estão mais bem equipados para, por exemplo, entrevistar as crianças e os pais ou visitar a(s) casa(s) do que os magistrados e magistradas, defendendo que devem manter ou mesmo estender a sua intervenção. Argumentam que o método jurídico é ideal para lidar com eventos passados, mas tem dificuldade em lidar com cenários hipotéticos (qual o progenitor que dará melhores condições para estabelecer o contacto com o outro etc.), funções para as quais os profissionais da magistratura estão mal preparados. Pese embora tenda a concordar com os autores e reconheça o papel específico que estes peritos e peritas desempenham nestes processos, importa não perder de vista o carácter discricionário e indeterminado do processo de seleção e produção das perícias judiciais mais comuns dos processos tutelares cíveis quando se analisa o impacto destas nos processos e decisões judiciais.

Conclusão

A análise dos processos de seleção e produção das perícias e do conteúdo das perícias, em termos de informações e recomendações, desenvolvida no presente capítulo permite chegar a três conclusões relacionadas com as dinâmicas de tradução, interação, transgressão e também demarcação entre magistrados/as e peritos/as.

Em primeiro lugar, a definição das perícias judiciárias a realizar e a seleção dos/as peritos/as assenta num sistema de poder duplamente fundado no poder jurídico e nos poderes disciplinares. Se no caso dos relatórios sociais a lei anterior definia a sua realização obrigatória pelas EMAT, no caso dos exames médicos e psicológicos, em que se inserem as perícias de avaliação das competências parentais e as de avaliação psicológica, a sua realização e entidade selecionada está dependente da avaliação (subjéctiva) não só de magistrados e magistradas, como, e sobretudo, de outros peritos e peritas.

As perícias de avaliação das competências parentais e de avaliação psicológica são usualmente solicitadas após sugestão de outros peritos/as, dependendo a sua realização não só da legitimação judicial, como da pericial. Note-se que raramente estas perícias são requeridas por iniciativa dos/as magistrados/as judiciais ou do Ministério Público (1 pedido na amostra) ou das partes (9 pedidos), sendo que no último caso a sua realização está condicionada à legitimação pelos/as peritos/as já envolvidos. As entrevistas aos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público revelam resistências à realização de exames médicos e psicológicos, o que parece estar associado às características específicas das avaliações psicológicas e das competências parentais. Estas perícias judiciárias apresentam uma uniformização dos procedimentos, em termos de metodologias e fontes, incluem informações técnicas, demoram em média 6 meses a realizar, e não incluem em geral informação processual e recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais. Contrastando com os relatórios sociais que apresentam uma maior diversidade de metodologias e fontes e apresentam informações gerais, processuais e recomendações, e não tanto informações técnicas.

A entidade é selecionada para realizar a perícia em função das características específicas das perícias e da percepção da sua capacidade de contribuir para a decisão judicial, relação contributo/tempo de demora e também da relação prévia entre

magistrados/as e peritos/as e entre estes, critérios que são também importantes na influência das perícias. A amostra revela uma grande diversidade das entidades, embora com um claro predomínio da EMAT, observando-se ainda uma preferência pelas perícias realizadas pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade em detrimento do INML. A análise aponta ainda para especificidades da secção de família e menores analisada, a qual dispõe de recursos na região que outras secções especializadas não dispõem.

Em segundo lugar, no processo de seleção das metodologias e fontes, observa-se uma maior diversidade nos relatórios sociais e uma maior padronização das avaliações psicológicas e das competências parentais. Recorrendo à expressão de Michel Foucault (1980) cada entidade responsável pela elaboração da perícia judiciária 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. Se no caso dos relatórios sociais há um predomínio das entrevistas, no caso das avaliações realizadas por psicólogos/as há uma valorização dos testes psicométricos, o que tem reflexos no tipo de informações contidas em cada tipo de relatório pericial.

Por fim, por um lado, a análise dos relatórios periciais em termos de informação e recomendações revela que as perícias judiciárias são, em geral, discursos de verdade adultocêntricos muito heterogêneos, podendo assumir características de perícia técnica ou instituinte, identificadas por Castel (1991), com consequências na forma como são avaliadas, percebidas e utilizadas pelos/as magistrados/as no processo e decisão judicial, como se discute em seguida. Por outro lado, a discricionariedade e subjetividade na aplicação das metodologias e fontes a par das imprecisões, gralhas e informações e recomendações incluídas nos relatórios periciais revela que estes não são nem objetivos, nem neutrais. As perícias judiciárias são documentos social e disciplinarmente situados, contingentes e indeterminados, e é à luz da sua contingência que deve ser analisado o seu impacto, que se discute no capítulo seguinte.

Capítulo 5

As perícias no processo e decisão judiciais: que tipo de recurso?

Introdução

O presente capítulo centrar-se-á na influência das perícias judiciais na condução e desfecho dos processos judiciais de regulação do exercício das responsabilidades parentais, desde as audiências de discussão e julgamento, passando pelas perícias judiciais solicitadas e realizadas, até à homologação de acordo entre as partes ou decisão judicial (sentença). Se a doutrina e algumas perspectivas académicas, como a autopoietica luhmaniana (Luhmann, 1988), que defendem a autonomia do direito e a incompatibilidade dos discursos, tentam reduzir as perícias a um recurso entre outros, a observação e análise de processos judiciais mostra que elas são bem mais do que um mero processo de produção e destilação de informações que os/as magistrados/as utilizam como entenderem (Castel, 1991; Dumoulin, 2000; 2007).

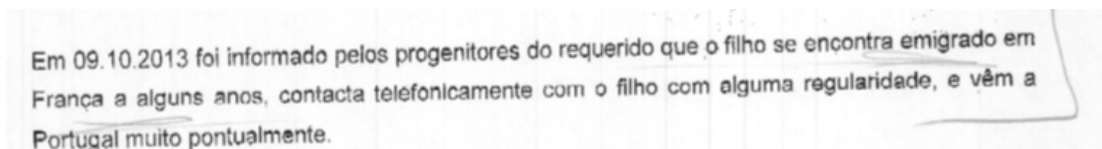
Figura 5 – Livros de Processos com post-its



A relevância e impacto que as perícias judiciais assumem nos processos e decisões judiciais por comparação a outros meios de prova é, desde logo, perceptível no facto da maioria destas peças processuais terem post-its ou outro tipo de marcas a assinalá-las

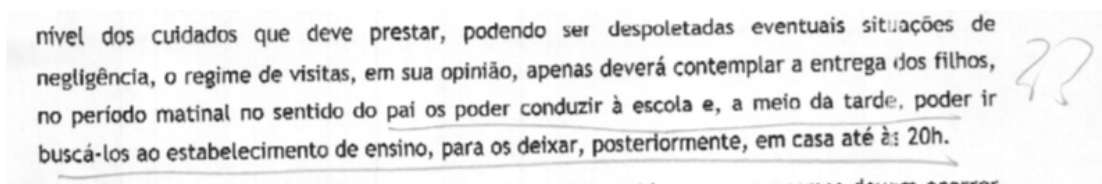
nos livros de processos (cf. figura 5), bem como sublinhados, pequenas anotações e pontos de interrogação/exclamação ao longo do texto (cf. excertos 1 e 2). Por conseguinte, ao manusear os livros de processos é possível facilmente aceder às perícias judiciais, à semelhança das atas de conferência de pais ou de discussão e julgamento e, conseqüentemente (pressupõe-se), aos elementos mais relevantes para a formação das decisões de magistrados e magistradas. Com efeito, embora os/as juizes/as tenham liberdade de apreciação das perícias judiciais, estas são frequentemente influentes nos casos que vão a julgamento e, na maioria dos casos, a decisão final é, em geral, consistente com as recomendações do/a perito/a, tal como constata os estudos de Semple (2011), Ottosen (2006) e Manita e Machado (2012), entre outros.

Excerto 1



Em 09.10.2013 foi informado pelos progenitores do requerido que o filho se encontra emigrado em França a alguns anos, contacta telefonicamente com o filho com alguma regularidade, e vêm a Portugal muito pontualmente.

Excerto 2



nível dos cuidados que deve prestar, podendo ser despoletadas eventuais situações de negligência, o regime de visitas, em sua opinião, apenas deverá contemplar a entrega dos filhos, no período matinal no sentido do pai os poder conduzir à escola e, a meio da tarde, poder ir buscá-los ao estabelecimento de ensino, para os deixar, posteriormente, em casa até às 20h.

Contudo, se, por um lado, os/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais recorrem à autoridade das perícias judiciais para legitimar as suas decisões, por outro lado, as perícias judiciais estão também sujeitas à legitimação pela ação dos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais (e advogados/as – através dos contraditórios), quer no momento prévio de seleção para realização da perícia, quer após a sua receção pelo tribunal, estabelecendo-se uma relação de codependência (Zappulli, 2005).

Em seguida, analisa-se, em primeiro lugar, os meios de prova considerados na sentença por magistrados e magistradas judiciais para formar a decisão judicial, o que permite enquadrar o recurso às diferentes perícias judiciais, revelando a centralidade dos relatórios sociais elaborados pelas EMAT, em termos quantitativos, como qualitativos para a formação do julgamento. Em segundo lugar, procura-se responder

à questão “como?”, colocada no capítulo 3, ou seja, discute-se como magistrados/as e peritos/as (agem e) interagem nos processos e decisões judiciais e, em especial, como é que o discurso pericial é percebido e explorado pelos/as magistrados/as. Mais concretamente, discute-se o impacto heterogéneo das perícias judiciárias na condução do processo judicial e na construção da decisão judicial, podendo ser vinculativas ou instrumentalizadas, como defende Dumoulin (2000), mas também negligenciadas, em função de diferentes fatores: desde quem a solicita, passando pela “autoria” da perícia, o tipo de informação veiculada, a existência de outros meios de prova (testemunhas, outros relatórios periciais) e o grau de concordância entre estes, até à existência de laços de confiança entre o/a magistrado/a e o/a perito/a. Assim, consoante a combinação destes diferentes fatores uma perícia judiciária pode: a) ter um carácter vinculativo, quando o/a juiz/juíza se limita a corroborar o relatório pericial e faz dele a única fonte constitutiva da(s) decisão(s) (sentença ou não), abstendo-se de discutir ou avaliar as afirmações do técnico; b) ser um recurso estratégico, em que o/a juiz/juíza decide e escolhe o que retém da perícia ou a instrumentaliza para obter um acordo; c) ser um recurso inútil, que o/a juiz/juíza não utiliza ou menospreza em relação a outros recursos/perícias judiciárias/meios de prova.

1 Os meios de prova e as perícias judiciárias

Os meios de prova considerados pelos magistrados e magistradas judiciais para formar a convicção são um indicador (diferenciador) da relevância que as diferentes perícias judiciárias têm para o processo e decisão judiciais. Os processos de regulação das responsabilidades parentais são, como se referiu, processos de jurisdição voluntária, onde o/a juiz/juíza pode “investigar livremente os factos” e “só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias”. (cf. art. 986.º e 987.º do Código de Processo Civil). Nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais¹⁴⁵, o/a juiz/juíza decide, perante os factos que chegam ao seu conhecimento através dos diferentes meios de prova, como a audiência de testemunhas, o relatório social realizado por técnicos/as especializados e/ou o exame levado a cabo por médicos/as ou/e psicólogos/as, sendo norteado pelo superior interesse da criança (Amaral, 2010). Sendo que nos processos cíveis, como os de

¹⁴⁵ Processos de regulação, alteração, incumprimento e limitação do exercício das responsabilidades parentais.

regulação das responsabilidades parentais, aplica-se o princípio geral da liberdade de julgamento dos/as juizes/as no que se refere à admissibilidade em juízo dos meios de prova propostos pelas partes e no que respeita à determinação do valor probatório dos diversos meios de prova (n.º 5 do artigo 607.º do CPC).

Não obstante, a lei anterior determinava que na ausência de acordo na conferência de pais era obrigatória a realização de inquéritos sobre a situação social, económica e moral, pelo que não era possível os magistrados e magistradas judiciais elaborarem uma sentença sem pelo menos obter os relatórios sociais, como refere o magistrado judicial entrevistado:

*(...) Todos os processos têm de ter relatórios, porque nem é possível haver um processo que chega a essa fase ou para decisão sem relatório. (...)
(Entrevista Magistrado Judicial 1)*

Por conseguinte todas as sentenças incluem nos meios de prova considerados para formar a convicção os relatórios sociais realizados aos progenitores, bem como o assento de nascimento da(s) criança(s), sendo que em 8 processos analisados não foram mesmo indicados outros meios de prova (cf. quadro 34).

Quadro 34 - Meios de prova considerados para formar a convicção

| | N |
|--|----|
| Relatório social e assento de nascimento | 8 |
| Relatório social, assento de nascimento e depoimentos das partes | 23 |
| Relatório social, assento de nascimento, depoimentos das partes e testemunhos | 6 |
| Relatório social, assento de nascimento, outras perícias judiciais e depoimentos e testemunhos | 5 |

Na maioria dos processos que terminaram com decisão judicial (23 em 42 processos), os meios de prova considerados para formar a convicção do tribunal incluem, para além dos relatórios sociais e dos assentos de nascimento, os depoimentos das partes em conferência de pais (progenitores e familiares diretos, sobretudo das mães que intentam o processo), como nos exemplos seguintes:

Para formar a convicção do tribunal, foram determinantes os seguintes meios de prova: - inquérito social aos requeridos e avós paternos, que se encontram juntos a fls. 182 a 184 (relativo ao requerido), a fls. 217 a 221 (relativo à requerida) e a fls. 226 a 229 (relativo aos avós paternos e menor); - declarações dos pais e avós da menor na acta de fls. 125/126; e, - consulta dos autos apensos. (Sentença, Processo 128)

Para formar a convicção do tribunal, foram determinantes os seguintes meios de prova: - relatórios sociais da Segurança Social, que se mostram juntos a fls. 32 a 36 (referente à requerida) e 37 a 41 (referente ao

requerido); - declarações da requerida, na acta de fls. 13; (Sentença, Processo 826)

O número de sentenças que indicavam outras perícias judiciárias (que não os relatórios sociais) para formação da convicção é muito reduzido, apenas 5, o que é consonante com o número reduzido de perícias judiciárias de avaliação psicológica e psiquiátrica ou das competências parentais dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais da amostra.

Para formar a convicção do tribunal, foram determinantes os seguintes meios de prova: - relatórios sociais existentes nos autos juntos a fls. 510 a 517 (relativo à requerida) e 518 a 524 (relativo ao requerido), actualizados pelo decurso do tempo a fls. 1258 a 1263 (relativo à requerida) e 1264 a 1269 (relativo ao requerido); - exame às faculdades mentais dos progenitores, que foram juntos a fls. 398 a 400 (relativo à requerida) e 689 a 698 (relativo ao requerido); - depoimentos das testemunhas em julgamento, que descreveram o anterior e actual relacionamento pai-filho; - documentos de fls. 6 (assento de nascimento do menor) e 3570 (avaliação/aproveitamento escolar actual do menor); e, - consulta dos autos principais apensos, onde foi decretado o divórcio dos requeridos (...). (Sentença, Processo 470)

Como se pode observar no quadro, também o número de sentenças que indicavam a audição de testemunhas entre os meios de prova considerados para formar a convicção é reduzido, apenas 6 sentenças em 42.¹⁴⁶ Para além de pouco comuns, nas entrevistas os meios de prova testemunhal (e/ou não periciais), como testemunhos ou depoimentos das partes, são desvalorizados pelos/as magistrados/as judiciais e do Ministério Público face às perícias judiciárias “neutras e objetivas”.

Magistrado do Ministério Público 2 - Mesmo nos casos em que vamos para julgamento, quando são apresentadas testemunhas como prova, o relatório surge sempre como a peça mais isenta, mais distante se calhar das pessoas, que permite-nos também uma visão mais técnica sobre as questões que estão em discussão. A prova testemunhal nesta área é um bocado... (...) é parcial. As testemunhas da mãe são muito ligadas à posição que a mãe tem no processo e do pai a mesma coisa. Ainda hoje de manhã vimos isso num processo. (...) Aliás muitas destas regulações vêm na sequência de processos de divórcio com assuntos por resolver e em que os amigos separaram-se, uns ficaram do lado da mãe e outros do lado do pai, e temos de facto essa parcialidade toda da prova em julgamento. E a visão que nos é transmitida pelos relatórios é muito mais...

¹⁴⁶ Sendo que a audição de peritos é incluída na audição de testemunhas, em consonância com o facto da noção de perícia plasmada no Código Civil português não incluir a prova testemunhal de peritos ou técnicos em audiência. A título de exemplo neste processo em que a técnica da EMAT participou numa das audiências de discussão e julgamento, o seu testemunho é enquadrado no âmbito da prova testemunhal:

Para formar a convicção do tribunal, foram determinantes os seguintes meios de prova: - relatórios sociais existentes nos autos, a fls. 106 a 113 o relativo ao requerente e a fls. 97 a 105 o relativo à requerida; - consulta dos autos apensos; - depoimentos das testemunhas em julgamento, que se pronunciaram sobre a vivência e integração do menor com os progenitores e nos respetivos agregados. (Sentença, Processo 120)

Magistrado Judicial 1 - É neutra e objetiva.

Magistrado do Ministério Público 2 - É. Eu pelo menos valorizo muito mais do que a demais prova. (Entrevista Magistrado Judicial 1 e Magistrado do Ministério Público 2)

Com efeito e como ilustram os excertos seguintes, as sugestões quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais, bem como a avaliação da situação socioeconómica e das competências parentais dos progenitores das perícias judiciais, são determinantes para a definição do regime de regulação das responsabilidades parentais e prevalecem sobre os depoimentos das partes e/ou testemunhos:

Pese embora a vontade de ambos os pais da menor - que vivem separados - em a terem consigo, certo é que nenhum deles tem condições para tal, como se conclui nos relatórios sociais a cada um deles respeitante - v. fls. 184 e 221. Reafirmando-se no relatório social relativo aos avós paternos da menor que esta se mostra bem integrada no agregado familiar daqueles, que revelam competências para continuarem a cuidar da neta. Assim sendo, afigura-se-nos que a menor deverá ser confiada à guarda dos seus avós paternos, fixando-se a sua residência junto destes. (Promoção do Ministério Público, Processo 106)

Ora, do que resulta dos autos, nomeadamente dos relatórios sociais juntos, não se vislumbra, contrariamente ao invocado pelo requerente, qualquer doença do foro mental de que a mãe da menor padeça e que importe a alteração dos termos em que se mostra regulado o exercício das responsabilidades parentais da menor, concretamente no que às visitas diz respeito. Por outro lado, resulta igualmente dos relatórios sociais juntos aos autos, que o requerente deixou de procurar a sua filha devido ao seu problema de consumo de drogas e já não convive com ela desde Agosto de 2011, segundo o próprio refere. A mãe da menor salienta que desde a separação do casal, o requerente não contactou mais que cinco vezes com a sua filha (Sentença, Processo 151)

Não obstante, a convergência entre os diferentes meios de prova é também valorizada pelos/as magistrados/as (sendo que na dúvida prevalecem os periciais), como se percebe no excerto seguinte:

Fundamentação: A convicção do Tribunal fundou-se na certidão do assento de nascimento do menor, junta a fls. 4 dos autos principais, na acta de fls. 11 e 12 desse mesmo processo, no relatório social de fls. 69 e ss destes autos e nos depoimentos prestados em audiência, unânimes e convergentes com o dito relatório. (Sentença, Processo 152)

Contudo, na análise das sentenças dos processos tutelares cíveis da amostra verificou-se que são raros os casos (6 sentenças num total de 42 processos com decisão judicial – processos 119, 152, 150, 144, 151 e 120) em que, existindo outros meios de prova, os/as magistrados/as judiciais fazem uma avaliação e confrontação dos diferentes meios de prova, sejam testemunhais, documentais ou periciais, como no exemplo anterior ou nos seguintes. Note-se como na sentença do processo 119, o/a

magistrado/a judicial confronta os diferentes meios de prova e identifica o contributo de cada um para formar a convicção de cada facto dado como provado:

Para dar como assente a factualidade que se descreveu supra, o Tribunal atendeu às certidões de nascimento das crianças (juntas a fls. 11 a 16). Considerou-se ainda o teor dos relatórios sociais elaborados pela Segurança Social e juntos a fls. 307 a 317, em articulação com os seguintes documentos - recibos das mensalidades pagas ao infantário frequentado pelo Pedro, juntos a fls. 150 a 153 - no que toca às despesas suportadas pela requerida; - talões de multibanco juntos a fls. 177 e 178 - quanto aos encargos com a empregada doméstica da requerida; - recibos de vencimento da requerida, juntos a fls. 202 a 206, e informação prestada a fls. 465 pelo Centro Hospitalar (...) - quanto aos seus rendimentos; (...) Atendeu-se também aos depoimentos das testemunhas ouvidas; (...) A testemunha Pilar foi empregada doméstica do casal e, após Março de 2012 e durante cerca de um ano, apenas da requerida, tendo descrito a partilha das tarefas relativas aos filhos entre as partes (ponto 4 dos factos provados). Mais se atendeu a este depoimento para apurar parte da factualidade inserta no ponto 6: quem passou a levar o Pedro ao infantário e o acompanhamento dos filhos levado a cabo pela progenitora; e o último ponto dos factos provados. (...) Também se atendeu ao teor do relatório de fls. 280 a 289, de avaliação psicológica dos progenitores - cfr. o ponto 19 dos factos provados. (...) No que respeita aos factos não provados, ou não foi produzida qualquer prova quanto aos mesmos, ou a prova produzida contrariou-os, como sucede com: - os relatórios psiquiátricos de fls. 276 e 528, que apontam para a inexistência de uma situação de alcoolismo crónico no progenitor; (Sentença, Processo 119)

Para dar como assente a factualidade que antecede, o Tribunal atendeu ao documento junto aos autos a fls. 4 a 6 (assento de nascimento da menor), em articulação com os relatórios sociais de fls. 64 e ss e com os depoimentos das testemunhas ouvidas, convergentes no que respeita à composição da casa dos avós maternos, à forma como decorriam os contactos entre pai e filha e quando cessaram, à actual ocupação da requerida, ao estado da casa do requerido e à circunstância de viver de uma mesada dada pelos seus pais. (Sentença, Processo 120)

Na maioria das sentenças na fundamentação de facto são apenas elencados os factos provados, os meios de prova usados para formar a convicção do tribunal, e a fundamentação de direito, seguida da decisão judicial, sem que seja feita uma ponderação e confrontação dos diferentes meios de prova, nem que seja identificado o contributo para cada facto provado, como no exemplo seguinte:

II - FUNDAMENTAÇÃO

Os presentes autos destinam-se a aferir da necessidade de alteração da regulação das responsabilidades parentais relativamente à menor Cristina.

A - De facto

Dos elementos constantes dos autos e com interesse para a decisão, resultaram provados os seguintes factos:

1 - A menor Cristina, nascida a (...)2008, (...), encontra-se registada como filha do requerente e da requerida; 2 - Os pais da menor, que foram casados entre si apenas durante cerca de 15 meses (...), depois de um namoro de cerca de 7 anos, encontram-se divorciados desde (...) de 2008;

(...)

Para formar a convicção do tribunal, foram determinantes os seguintes meios de prova: - relatórios sociais existentes nos autos, a fls. 115 a 120 o relativo ao requerente c a fls. 121 a 125 o relativo à requerida; - consulta dos autos apensos; - depoimentos das testemunhas em julgamento, que se pronunciaram sobre a vivência e integração da menor com os progenitores e nos respectivos agregados. (Sentença, Processo 101)

Por fim, importa salientar que nos meios de prova considerados para formar a convicção na sentença não constam perícias judiciárias juntas pelas partes. Para além disso, a audição de peritos/as é incluída na audição de testemunhas, em consonância com o facto da noção de perícia plasmada no atual Código Civil português não incluir a prova testemunhal de peritos/as ou técnicos/as em audiência. Assim, não surpreende que as perícias judiciárias, oficiosamente ordenadas, se configurem, em geral, como um recurso vinculativo ou estratégico do processo e decisão judicial, enquanto as perícias judiciárias, em sentido amplo e sociológico, juntas pelas partes e os testemunhos dos/as peritos/as sejam desvalorizados face a outros meios de prova.

2 Perícias judiciárias enquanto recurso inútil

A análise dos processos tutelares cíveis que compõem a amostra e as entrevistas aos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público apontam para uma desvalorização das perícias de avaliação psicológica e psiquiátrica, de cariz predominantemente técnico, dos testemunhos dos/as peritos/as em sede de audiência de discussão e julgamento e das perícias judiciárias juntas pelas partes. Sendo que estas são também as perícias judiciárias menos comuns nos processos tutelares cíveis da amostra, o que é indissociável do princípio geral da liberdade de julgamento dos/as juízes/as que rege os processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais. Ou seja, as perícias judiciárias que são representadas pelos/as magistrados/as como pouco úteis são, simultaneamente, menos solicitadas pelos/as magistrados/as e desconsideradas para a decisão judicial. A capacidade vinculativa destas perícias encontra-se diminuída por diferentes motivos, no primeiro caso por não serem “conclusivas” quanto às competências parentais e/ou regime de regulação das responsabilidades parentais, no segundo caso pela aparente incapacidade dos técnicos trazerem informações novas e demonstrarem as suas competências em tribunal, e, no último caso, carecem da legitimidade judicial

conferida pelo tribunal quando este seleciona a entidade e o tipo de perícia a ser realizada.

2.1 Perícias judiciárias de cariz técnico

As perícias judiciárias de avaliação psicológica e/ou psiquiátrica, que assumem em geral um carácter mais técnico, são desvalorizadas pelos/as magistrados/as entrevistados/as para a elaboração da decisão judicial, corroborando o argumento de Castel (1991) que uma perícia é vinculativa quando mais do que informações técnicas disponibiliza informações generalistas ou contextuais. Nas palavras da Magistrada do Ministério Público 4 entrevistada:

A parte da avaliação psicológica também é muito igual, para ser franca. (...) Portanto, os casos são diversos mas os relatórios são sempre iguais. (...) Os instrumentos são sempre os mesmos que são aplicados, não é? (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Os/as magistrados/as entrevistados/as são unânimes em defender que estas perícias judiciárias raramente afastam terminantemente o exercício da parentalidade, pouco contribuindo para a decisão judicial concreta quanto à fixação da residência, das responsabilidades parentais de particular importância e convívios.

As perícias psicológicas e psiquiátricas, pronto, dizem-nos se as pessoas têm ou não uma doença desse foro, e que a maioria não tem, não é? A maioria não tem, mas isso não significa que o facto de não terem uma doença psiquiátrica, não quer dizer que a parentalidade ou as competências parentais existam em pleno. (Entrevista Magistrada Judicial 3)

É, normalmente, são os próprios, são as partes que pedem, porque questionam a capacidade do outro para ser pai ou para ser mãe e então pretendem a avaliação psicológica ou psiquiátrica para se perceber isso. (...) Mas também regra geral os resultados são sempre positivos, quer dizer... nunca há ali uma... nesse tipo de perícia que é uma avaliação psicológica para saber se têm capacidade para exercer as funções parentais. Normalmente são sempre positivos, nunca há ali assim nenhum desvio flagrante que impeça de qualquer modo que a parentalidade seja exercida. (Entrevista Magistrado do Ministério Público 2)

Eu tirando casos em que já são aspetos patológicos que estão em causa, normalmente conclui-se sempre pela presença de competências parentais para ambos. É difícil haver um caso em que tenham dito que um dos pais por alguma razão suscitam dúvidas sobre as competências parentais. (...) As perícias é que normalmente não são muito conclusivas no sentido... ou há uma situação clara (...), em que afasta completamente a possibilidade de um dos pais vir a ter a residência consigo da criança ou então... portanto só funciona pela negativa, pela positiva dificilmente tiramos ilações dali. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

A análise dos processos tutelares cíveis da amostra corrobora os testemunhos dos magistrados e das magistradas, por um lado, nenhuma das perícias judiciárias de

avaliação psicológica e psiquiátrica deteta uma patologia grave que afete ou afaste o exercício da parentalidade. A maioria destas perícias conclui que:

Os Exames psicológicos solicitados ao serviço de psicologia clínica neste hospital a nível do perfil cognitivo e a nível da personalidade não revelam indicadores de Perturbação da Personalidade. A avaliação do Exame Mental não apresenta indicadores de psicopatologia que justifiquem doença do foro psiquiátrico nesta avaliação ou que possam inibir a avaliada de exercer a sua competência parental. (Relatório de Avaliação Psicológica ou Psiquiátrica da Mãe, Processo 150)

Mesmo no processo 129, em que são identificadas tendências narcísicas na avaliação do pai, com possíveis consequências no relacionamento com os filhos, estas não são, no entender das peritas, suficientes para afastar a capacidade parental do pai, sendo que a sentença dá precisamente conta disto “nenhum dos requeridos exhibe sinais ou sintomas de um qualquer quadro psicopatológico”.

(...) Pelos resultados obtidos pela psicóloga clínica (...), podemos afirmar que estamos perante um sujeito com uma Perturbação da Personalidade Narcísica que preenche os critérios da DSM-IV. São habitualmente sujeitos com sentimento de grandiosidade acerca da sua própria importância e do seu carácter, têm habitualmente preocupações de êxito ilimitado, necessidade de atenção e admiração. (...) Sujeitos com este perfil têm dificuldade em reconhecer ou se identificar com sentimentos ou necessidades de terceiros.

(...)

A Nível de Crenças Nucleares apresenta Padrões Excessivos/Hipercriticismo, padrões estes que se relacionam tipicamente com: perfeccionismo; regras rígidas e “deveres” em muitas áreas da vida; (...) elevado índice de obstinação, pouco flexível e dificuldades em ter em conta as perspectivas dos outros, o que poderá levar a algumas dificuldades na relação com os filhos, já que, tenderá a querer que eles façam o que ele considera ser o melhor e não a ter em conta a vontade, aspirações, desejos e competências dos próprios filhos. 3 - Não estão presentes indicadores de psicopatologia actual grave. (Avaliação psicológica e psiquiátrica, Processo 129)

Por outro lado, a análise dos meios de prova nas/das sentenças permite verificar que estas perícias têm um impacto diminuto nos factos dados como provados e, conseqüentemente, na decisão judicial, quando comparadas por exemplo com os relatórios sociais ou com os relatórios de avaliação das competências parentais. Veja-se o exemplo do processo 150, em que mãe e pai disputam a guarda da criança e são realizados relatórios sociais e avaliações psicológica e psiquiátrica a ambos os progenitores. De acordo com a sentença “para dar como assente a factualidade que resultou provada, o Tribunal atendeu” entre outros elementos aos “relatórios sociais juntos a fls. 223 a 240 e 323 a 326, no que respeita aos pontos 3 a 7 dos factos provados” e “aos relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica de fls. 751-759

e782-790”, relativamente ao ponto 14, “nenhum dos progenitores da [criança] apresenta patologias da personalidade, nem alterações psiquiátricas”.

Para tanto pode contribuir, por um lado, o facto das perícias judiciárias de avaliação psicológica e psiquiátrica surgirem numa fase adiantada do processo, repetindo alguma da informação contextual recolhida e disponibilizada pelos relatórios sociais, e, por outro lado, o cariz iminentemente técnico-científico da informação que disponibilizam e que os/as magistrados/as não têm, à partida, competência para interpretar. Como argumentam Mertz *et al.* (2008), magistrados/as e peritos/as assumem muitas vezes uma transparência interdisciplinar que não existe. Com efeito, em áreas como o direito da família, em que realidades sociais e complexas se misturam num processo judicial, o sistema judicial apercebeu-se das suas limitações na abordagem aos problemas sociais, recorrendo a peritos/as. Contudo, à medida que os profissionais judiciais se viram para peritos/as de outros campos de conhecimento, como a psicologia, movem-se para novos mundos – mundos em que a formação jurídica *standard* os deixa mal equipados (Mertz *et al.*, 2008). Reciprocamente, os investigadores das ciências não têm consciência de como os seus resultados serão recebidos no universo judicial, como se percebe no capítulo anterior.

2.2 Testemunho pericial

O testemunho dos/as peritos/as em sede de conferência de pais ou de audiência de discussão e julgamento não é, como foi referido, considerado nos termos dos Códigos Civil e de Processo Civil portugueses prova pericial,¹⁴⁷ ainda que o Código de Processo Civil preveja a audição dos peritos “quando alguma das partes o requeira ou o juiz o ordene”, “a fim de prestarem, sob juramento, os esclarecimentos que lhes sejam pedidos” (cf. artigo 486.º do CPC). Assim, em consonância com o que está plasmado na lei, no processo seguinte em que a técnica da EMAT participou numa das audiências de discussão e julgamento, o seu testemunho foi enquadrado nos meios de prova da sentença no âmbito da prova testemunhal:

Para formar a convicção do tribunal, foram determinantes os seguintes meios de prova: - relatórios sociais existentes nos autos, a fls. 106 a 113 o relativo ao requerente e a fls. 97 a 105 o relativo à requerida; - consulta dos autos apensos; - depoimentos das testemunhas em julgamento, que se

¹⁴⁷ Como já foi referido, nos termos do artigo 388.º, do Código Civil apenas os exames médicos ou psicológicos previstos no artigo 178.º, n.º 3, da OTM, são considerados prova pericial. E o resultado da perícia é expresso em relatório, no qual o perito ou peritos se pronunciam fundamentadamente sobre o respetivo objeto (cf. artigo 484.º, do Código de Processo Civil).

pronunciaram sobre a vivência e integração do menor com os progenitores e nos respectivos agregados (Sentença, Processo 105).

E2: (...) tem um juízo que aplica muito a oralidade, mas ouve-nos na qualidade de, não sei se já reparaste (...), de testemunha. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

Este é, contudo, um evento raro no âmbito dos processos tutelares cíveis,¹⁴⁸ o que é indissociável do facto da Organização Tutelar de Menores “privilegiar” os relatórios periciais escritos e das perícias judiciais raramente serem contraditadas¹⁴⁹ e/ou serem pedidos esclarecimentos aos peritos e peritas em sede de audiência de discussão.

A participação dos/as peritos/as em sede de audiência de discussão e julgamento da amostra dizem respeito, na maioria dos casos, a testemunhos dos/as peritos/as da EMAT, registando-se apenas um caso de um médico de família que acompanhava a criança, o que é consonante com os contraditórios que têm como objeto sobretudo os relatórios sociais. Para além disso, tanto a perita do INML, como a perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, referem raramente, ou mesmo nunca, terem ido a tribunal no contexto de processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais:

Eu costumo ir algumas vezes. Vamos mais a tribunal nos casos dos abusos, das alterações normalmente não. A não ser... porque isto é muito complexo, os casos de abuso que implicam progenitores e que depois trazem por arrasto um processo de alteração da regulação das responsabilidades parentais ou de regulação se ainda não estavam separados. E aí depois começamos a ser arrolados como testemunhas de um processo que já terminou, mas que deu consequência àquele. (Entrevista Perita do INML)

Não, por acaso não fui [a tribunal prestar esclarecimentos], já fui assistir mas nunca fui prestar declarações até agora. Já prestei por escrito, já me foi solicitado por escrito, presencialmente nunca me aconteceu. (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 2)

O testemunho de peritos/as é duplamente desvalorizado, quer formalmente na lei, quer na apreciação que os/as magistrados/as fazem deste contributo para o processo e decisão judiciais, como se percebe pelos excertos seguintes, o que pode justificar o facto destes serem eventos relativamente raros.

¹⁴⁸ Observam-se apenas 5 testemunhos de peritos em sede de audiência no total de 54 processos da amostra.

¹⁴⁹ O número de contraditórios das perícias judiciais é relativamente baixo quando comparado com o número total de perícias judiciais da amostra, 37 contraditórios para 144 perícias judiciais, o que, de acordo com as entrevistas, reflete a tendência geral dos processos tutelares cíveis para as partes e/ou os advogados não exercerem o direito de contraditório.

Os profissionais da magistratura entrevistados defendem que o testemunho dos/as peritos/as em sede de audiência de discussão e julgamento em nada contribui para o esclarecimento do relatório pericial, em especial quando este já resulta de uma mera reprodução do discurso dos progenitores.

Magistrada do Ministério Público 4 - E outra coisa que nós não fazemos, eu sei que há tribunais que fazem, mas nós por acaso não fazemos, nas ações cíveis, nas tutelares cíveis (...) não chamamos aqui os técnicos para pronto, serem ouvidos em julgamento. Embora agora com a nova lei, pronto, a situação irá alterar-se. Mas até aqui não fazíamos isso, porque de facto a nova lei já pede... agora sendo um relatório não valia a pena porque...

Magistrada Judicial 3 - Sem idas aos locais, vinha aqui também relatar-nos o que os pais já lhe tinham dito?! Isso nós já sabemos, não é?

Magistrada do Ministério Público 4 - Acaba por ser um ato inútil, e portanto sem grande interesse em termos de apurar o que é que se passa, a situação da criança. É um pouco assim. (Entrevista Magistradas Judicial 3 e do Ministério Público 4)

Advogados e advogadas entrevistados/as confirmam que os/as peritos/as raramente são arrolados/as como testemunhas, desde logo porque as perícias não são contraditadas, mas também por os testemunhos acabarem por ser apenas uma reprodução do relatório escrito.

No poder paternal habitualmente como não é posto em causa, não são arroladas como testemunhas. Habitualmente o relatório está lá, não é posto em causa, é aceite. Nunca vi ser posto em causa por ninguém. (Entrevista Advogada 2)

Normalmente vão reproduzir aquilo que já disseram no relatório, que é justificar aquilo e frisar e tornar ainda mais evidente a opinião e a decisão que tomaram, o porquê. (Entrevista Advogada 3)

Agora, relativamente ao depoimento dos técnicos, são defensivos. Aquilo que eu me tenho apercebido é que são muito defensivos, no sentido de que são nitidamente defesa do relatório que eles fizeram. E dali não saem, é difícil sair, não é? (...) Só se eventualmente nós o podemos questionar sobre o que esteve na base daquela realidade que foi vertida. Isto é, se ele fez ou não fez determinadas diligências, se foi ou não foi a determinados sítios, se contactou ou não contactou com determinadas pessoas. E aí o que pode acontecer é que o técnico defensivamente, também vá dizer «não, eu não pude, não tive tempo, não era preciso, não me pediram isso», ou outra coisa qualquer. Pronto, mas no que diz respeito à realidade vertida no relatório vai sempre defendê-la. (Entrevista Advogado 1)

Ainda que a opção metodológica de observar a (inter)ação entre magistrados/as e peritos/as através dos documentos, não nos permita uma análise aprofundada do contributo destas perícias, o que exigiria a observação das audiências e/ou a audição das gravações, os parcos¹⁵⁰ registos dos testemunhos periciais nas atas de conferência

¹⁵⁰ Na maioria dos casos apenas consta das atas que: “(...) Técnica da Segurança Social (...). Prestou juramento legal e aos costumes disse nada. Respondeu ao teor do relatório junto aos autos. declarações

e de audiência de discussão e julgamento são consonantes com as afirmações dos profissionais do direito (magistrados/as e advogados/as) em sede de entrevista. Os excertos seguintes de atas de conferência em que participaram técnicos/as da EMAT mostram como o testemunho destes se centra no reforço do conteúdo e das recomendações plasmadas nos relatórios periciais e reproduz os discursos dos progenitores.

Drº (...), Técnico da Segurança Social, (...). Inquirido declarou que: reitera o teor do relatório junto aos autos, reforçando o regime de visitas em vigor, que passaria por uma ou duas pernoitas por mês do menor com o pai. (Ata de Conferência de Pais 9, Processo 103)

Drº (...), técnico da Segurança Social, EMAT (...). Inquirido declarou que: a mãe deixou de levar o menino. Só existiram duas visitas na segurança social e correram bem, mas a mãe e a avó deixaram de levar a criança alegando que não era possível devido aos seus empregos. Depois disso ainda houve duas visitas no Parque (...), mas pelo que o pai disse não correram muito bem devido à presença constante da progenitora e familiares (...). E mais não disse. (Ata de Conferência de Pais 3, Processo 103)

A Dra. (...) [técnica da EMAT] declarou: Que a menor se lembra do pai ter batido na mãe, pelo que tem pânico dele e diz que ele é mau. Que a menor se queixa de o pai a ter obrigado a chamar "mãe" à sua companheira. Que tentou convencer a menor a encontrar-se com o pai na sua presença, enquanto mediadora, mas que a menor recusou (...). (Ata de Audiência de Discussão e Julgamento, Processo 132)

A desvalorização dos testemunhos de peritos/as em sede de conferência de pais e/ou audiência de discussão e julgamento nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais sustenta a importância, por um lado, da base metodológica e factual do relatório pericial, e, por outro lado, do raciocínio do/a perito/a, identificados por Ward (2004), para a avaliação e legitimação da perícia ou neste caso do testemunho.

O novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível ao estabelecer como princípio orientador a simplificação instrutória e a oralidade (artigo 4.º) introduz alterações significativas, designadamente, quanto à participação e audição dos técnicos da EMAT. Ao contrário do fixado na OTM, a instrução do processo tutelar cível passa a recorrer preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente às declarações da assessoria técnica, prestadas oralmente e gravadas, em sintonia com os propósitos assumidos de celeridade, agilização e eficácia na resolução dos conflitos. E, no mesmo sentido, só há lugar a relatório nos processos

que se encontram registadas no sistema áudio digital do habilus-00.00.00 a 00.22.32” (Ata de Audiência de Discussão e Julgamento 2, Processo 105).

desde que a sua realização se revele de todo indispensável depois de esgotadas as formas simplificadas de instrução, nomeadamente se forem insuficientes os depoimentos e as informações prestadas pela EMAT em sede de audiência (Ramião, 2015). Por conseguinte, não surpreende que em entrevista, realizada após a alteração legislativa, os técnicos refiram uma maior participação nas audiências de discussão e julgamento:

E5: Respondendo à sua questão eu acho que temos ido muito mais a tribunal e na minha perspetiva foi uma viragem positiva. (...) A juíza pede-me uma coisa muito simples, para ir verificar condições habitacionais, condições de saúde do pai, se o pai está a seguir o programa de combate ao alcoolismo e não sei quê, e para no dia 20 e qualquer coisa de novembro, oralmente transmitir a informação. Eu tenho tido muitas situações destas, muitas situações destas. (...) (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

2.3 Perícias judiciais juntas pelas partes

Nos processos tutelares cíveis da amostra registaram-se apenas 6 perícias judiciais juntas pelas partes, que correspondem a relatórios e declarações médicos e psicológicos das crianças e dos progenitores. O número reduzido deste tipo de perícias reflete, de acordo com as entrevistas, a tendência geral dos processos tutelares cíveis.

e. E as partes juntam outro tipo de prova?

Magistrada Judicial 3 – Juntam documentos de recibos de vencimento, relatórios do psicólogo particular que contrataram. Das várias especialidades em que a criança é seguida e os próprios isso juntam... (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Magistrado Judicial 1 - Sim, às vezes juntam, mas a outra parte diz que não aceita aquilo, que aquilo é de parte e portanto não tem valor nenhum. Normalmente isso tem um valor muito muito reduzido... (...)

Magistrado do Ministério Público 2 - Normalmente é em relação às próprias crianças, que eles juntam (...) um pequeno relatório do psicólogo que acompanha a criança. (Entrevista Magistrados Judicial 1 e do Ministério Público 2)

O número reduzido de perícias judiciais juntas pelas partes é indissociável do facto de psicólogos/as e psiquiatras evitarem elaborar relatórios com o propósito de serem juntos a processos, sobretudo quando solicitados apenas por uma das partes.¹⁵¹ A título de exemplo as peritas da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade:

¹⁵¹ A este propósito recorde-se a notícia de 17/06/2016 do *Público* que dá conta que a “Maioria das queixas contra psicólogos vem de disputas pela guarda dos filhos” (cf. <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/queixas-de-psicologos-surgem-na-maioria-em-conflitos-de-responsabilidades-parentais1735381?page=-1>). E que a própria Comissão de Ética da Ordem dos Psicólogos emitiu recentemente um parecer a propósito da intervenção psicológica com menores de idade, em que defende que “A preocupação do psicólogo deve estar centrada no melhor interesse da

É uma das partes, ou o advogado ou o próprio, porque nem todos têm advogados, que pede a avaliação e às vezes até começam por contactar a Unidade de Apoio à Comunidade para nós fazermos, porque eles querem uma avaliação e nós dizemos que não fazemos pedidos privados. Portanto, aconselhamo-los a fazerem o pedido diretamente ao tribunal e se o tribunal considerar que deve pedir ao nosso serviço então nós fazemos, mas o cliente é o tribunal, não é uma das partes. (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 1)

(...) estes pedidos das regulações das responsabilidades parentais são extremamente delicados. E pela lei, mas também pelo que o nosso código ético e deontológico, nós não podemos estar com menores sem autorização de ambos os progenitores. E habitualmente, raramente, quando uma das partes solicita a avaliação não é um pedido sem segundas intenções. (...). E as coisas não funcionam de maneira unilateral. A impossibilidade que nós temos depois de trabalhar de uma maneira mais completa com casos que são pedidos a título particular, faz com que o nosso trabalho fique logo aí limitado. E portanto, a ajuda que nós poderíamos estar a dar, não é uma ajuda. No fundo é um trabalho incompleto que poderá servir muito pouco àquela criança ou àquele adolescente que está ao serviço de uma entidade privada que pode não aceitar, por exemplo se as conclusões até forem negativas em relação a si próprio. E portanto, são diversas coisas que fazem com que nós achemos que não é adequado de aceitar, porque as pessoas não percebem logo à partida que isso nem para elas lhes vai ser útil, porque depois a nível do tribunal é óbvio que têm noção que as pessoas funcionam de uma forma sistémica e, portanto, não é um ou outro que está o bem ou que está o mal, que as coisas funcionam em interação e relação, e que isso tem que ser irremediavelmente analisado. Portanto, fica sem utilidade nenhuma, a meu ver. Às vezes até serve para agudizar mais o conflito. Uma coisa acho que há uma diferença entre pedidos de avaliação ou acompanhamento, e um parecer técnico. Um parecer técnico é uma opinião teórica em relação a um tipo de casuística, digamos assim, em que não é assumido ou defendido nenhuma das partes, é dada uma opinião. E isso eu acho que a faculdade até poderia assumir, embora não assuma neste momento, precisamente em relação aos privados. Se o tribunal nos solicitar um parecer tudo bem, mas em relação a privados não fazemos isso. Também porque, presumo eu, que seria um bocadinho como os pedidos de avaliação, ia-se sempre pedir mais alguma coisa «mas olhe porque eu tenho feito assim, acha que pode dizer que eu tenho feito bem, que eu tenho feito mal?!». E portanto isso não se faz. (Entrevista Perita da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade 2)

Para além disso estes documentos são representados pelos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público como sendo parciais¹⁵² e, conseqüentemente, são

criança” e que “em todos os casos o psicólogo deve tentar obter o consentimento e a colaboração de ambos os progenitores ou responsáveis legais.” (cf. https://www.ordemdospsicologos.pt/ficheiros/documentos/parecer_39_sobre_intervencao_aos_psicologos_com_menores_sem_autorizacao_aos_ambos_os_progenitores_ou_representantes_legais.pdf).

¹⁵² Um exemplo curioso é uma perícia judiciária de uma psicóloga junta pelo pai advogado em causa própria que após a denúncia do advogado da mãe se conclui que nem sequer estava inscrita na ordem dos psicólogos:

Conforme solicitado, somos a informar que (...), não se encontra inscrita na Ordem dos Psicólogos Portugueses. De acordo com a Lei 57/2008 de 4 de setembro, no seu Artigo 519 "a atribuição do título profissional, o seu uso e o exercício da profissão de psicólogo, em qualquer setor de atividade, dependem da inscrição na Ordem como membro efetivo" (Ofício da Ordem dos Psicólogos, Processo 470).

desvalorizadas no conjunto dos restantes meios de prova. Assim, ao contrário do que é postulado pela abordagem da patologia do julgamento, embora o direito possa encorajar a produção de *junk science* (Jasanoff, 2001, 2005) – ciência que não corresponde aos critérios mínimos de validade da comunidade – isto não significa que esta seja aceite e legitimada pelos/as juízes/as.

E1. Mas depois o outro diz que aquilo não tem valor nenhum, põe em causa, porque aquilo é de parte, porque normalmente ele nem sequer foi ouvido como pai, às vezes até nem sabiam que a criança lá andava. (...) O que se passa normalmente, como isso é questionado, depois arrola-se o psicólogo como testemunha e vem aqui então ao julgamento esclarecer que é para ser contraditado, porque senão aquilo não vale nada.

E2. Depois nós também acabamos por não dar grande valor a esse tipo de... (...)

E1. É mais um elemento a ter em conta. Vê-se que são pessoas que têm conhecimentos que trabalharam a situação. Agora quando num trabalho de um psicólogo numa intervenção sobre uma criança, [o psicólogo] não ouve os dois pais, eu aí fico logo meio de pé atrás, porque penso como é que ele pode emitir opiniões como diz sem ouvir a versão do outro. Mas cada um tem a sua maneira de trabalhar. (Entrevista Magistrados Judicial 1 e do Ministério Público 2)

Depende também do que é que estamos a falar, sei lá, um recibo de vencimento à partida corresponde à realidade, não é? Às vezes o relatório de acompanhamento psicológico pode ser encomendado. Ou seja, uma coisa é a criança, e isso é sabido de ambas as partes, já é seguida no psicólogo seja escolar ou outro há dois ou três anos. Portanto, o relatório que dali vier, pode é ser impugnado pelo outro progenitor, mas enfim corresponde de facto a um trabalho que está a ser levado a cabo. Outra coisa é, como também é junta, alguém contacta um psicólogo que às vezes não vê a criança, outras vezes vê uma vez e tece ali inúmeras considerações de cariz teórico. Aí vão-me desculpar quer dizer... (...) É parcial, assumidamente parcial. (Entrevista Magistrada Judicial 3)

A desvalorização das perícias judiciais juntas pelas partes enquanto documentos parciais e pouco objetivos reflete-se tanto na condução do processo judicial, como na decisão judicial. Por um lado, as perícias juntas pelas partes exigem em geral a confirmação por uma perícia oficial ou o testemunho do/a perito/a em tribunal. Por outro lado, raramente são consideradas como meios de prova para formar a convicção do tribunal na sentença (processos 116, 129, 106, 111, 119). Veja-se como exemplo o processo 119, em que o pai juntou um relatório psiquiátrico do médico que o acompanhava no Hospital a declarar que este não sofria de alcoolismo crónico, como era acusado pela mãe. Este documento é impugnado pelo advogado da mãe e posteriormente o tribunal solicita novamente a mesma informação ao Hospital e o mesmo médico informa novamente de que o pai não padece de alcoolismo.

Assunto: Tenho a honra de solicitar a V. Exa. que se digne mandar remeter a este Tribunal e Juízo cópia do processo clínico do requerido,

Patrício, (...), o qual, alegadamente, no decurso dos últimos anos (entre 2004 e 2007), terá frequentado consulta de desabitação alcoólica. (Ofício do Tribunal, Processo 119)

Na sentença final, é o relatório psiquiátrico (informação médica/psicológica) remetida pelo Hospital que é considerada para dar como facto provado “a inexistência de uma situação de alcoolismo crónico no progenitor” (Sentença, Processo 119). Este caso é ilustrativo de como os/as peritos/as necessitam também do tribunal para se legitimarem, corroborando ainda a hipótese avançada que o carácter vinculativo de uma perícia depende também de quem a solicita e do seu enquadramento institucional. Ou seja, as perícias judiciais solicitadas pelos/as magistrados/as e provenientes de uma instituição pública reconhecida tenderão a ser mais valorizadas do que as perícias judiciais solicitadas pelas partes a um/a perito/a privado.

3 Perícias judiciais enquanto recurso estratégico e vinculativo

A análise dos processos tutelares cíveis da amostra permite concluir, também, que, apesar do/a magistrado/a ter livre investigação/apreciação de prova, as perícias judiciais, sobretudo as mais comuns e solicitadas pelos/as magistrados/as, impõem-se ao magistrado ou magistrada, privando-o/a ou condicionando, pelo menos em parte, da sua margem de manobra, em especial quando são o único recurso pericial existente. As perícias judiciais mais comuns, relatórios sociais e relatórios de avaliação dos convívios, assumem um papel determinante na condução do processo e na decisão judicial, enquanto discursos de verdade poderosos e constitutivos da realidade (Dumoulin, 2007). Assim, os relatórios dos/as peritos/as são não só fontes de argumentos, que os atores da cena judicial podem seleccionar e utilizar estrategicamente, como ajudam a estabelecer certezas e podem ser vistos tanto como um mero recurso estratégico, como um recurso vinculativo, um constrangimento, decisivo no pronunciamento de um juízo, isto é, no processo e decisão judicial (Dumoulin, 2000, 2007; Castel, 1991). Sendo que uma mesma perícia pode assumir-se enquanto recurso vinculativo no contexto do processo e enquanto recurso estratégico na decisão judicial e vice-versa.

A resistência por parte dos magistrados e magistradas do Ministério Público e judiciais em fazer promoções ou tomar decisões judiciais ainda que provisórias, sobretudo numa fase inicial do processo, sem obter informações através das perícias

judiciárias, nomeadamente os relatórios sociais, em especial em processos onde há um conflito ou disputa sobre o acesso às crianças, é por si só um indicador da importância que estes elementos assumem no processo judicial e de como os/as magistrados/as procuram legitimar as suas decisões nestes meios. Os magistrados e as magistradas do Ministério Público e judiciais optam por aguardar pelos resultados das perícias judiciárias, pelo menos da EMAT, antes de tomar a decisão judicial para legitimarem a sua decisão.

Ora, no actual contexto de extrema conflitualidade existente entre os pais da menor, com necessários reflexos sobre esta, não dispondo ainda o Tribunal do resultado dos exames solicitados nem dos relatórios pedidos à Segurança Social, não dispõe o Tribunal de elementos que lhe permitam aferir se tal decisão seria do interesse da menor, razão pela qual se nos afigura que não a deverá tomar. (Promoção do Ministério Público 2, Processo 132)

Com efeito, no total de 54 processos tutelares cíveis que compõem a amostra, registam-se apenas 25 regimes de regulação provisórios fixados na conferência de pais inicial,¹⁵³ sendo que em 16 dos 25 o pai ou ambos os pais estavam ausentes (processos 154, 152, 112, 133, 146, 139, 126, 128, 137, 149, 130, 102, 110, 135, 107 e 140)¹⁵⁴ (e limitam-se a confirmar o regime já em vigor). No processo 129, em que o pai solicita a fixação de um regime provisório com a guarda exclusiva das crianças, não só o/a magistrado/a do Ministério Público “promoveu que os autos aguardassem os exames psicológicos e o relatório da EMAT”, como o/a magistrado/a judicial proferiu o seguinte despacho:

Não será neste turno e a poucos dias de serem juntos os elementos de prova considerados importantes para a decisão da causa que será tomada uma decisão de fundo relativamente ao pedido pelo pai a fls. 379 a 382.

Ouvi duas crianças que se recusam a contactar o pai e aguardam estes autos os exames psicológicos e o relatório social da EMAT que nos virá dar uma visão neutral e objectiva da dinâmica desta família.

Como tal, (...) não tomarei qualquer decisão de fundo relativamente ao mérito da causa, aguardando os autos os elementos de prova que lançarão inevitavelmente luz sobre as personalidades destes dois pais, destes dois filhos e desta dinâmica em fim de vida.

Assim sendo, determino que os autos aguardem os ditos elementos de prova (lembro que o exame psicológico ao requerido será apenas feito no próximo dia 3 de Setembro e recorro que foi concedido um prazo à

¹⁵³ Na amostra registou-se um total de 50 regimes de regulação das responsabilidades parentais provisórios.

¹⁵⁴ Nestes processos a definição de um regime provisório permite por exemplo dar início ao pedido de abono de família ou do RSI.

Note-se como os exames psicológicos e o relatórios sociais da EMAT são caracterizados como oferecendo uma “visão neutral e objetiva” da dinâmica da família, tendo o poder de lançar a “luz” sobre a realidade, para que o/a magistrado/a possa tomar a decisão. As perícias assumem-se, assim, como defende Jasanoff (1995), como um aliado indispensável do sistema jurídico no projeto partilhado de procura da verdade. De resto, 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).

Considerando a obrigatoriedade legal de alguns tipos de perícia (relatório social) e a importância que estas assumem na condução do processo judicial e na decisão judicial, o tempo de realização e obtenção das perícias judiciais solicitadas pelo tribunal tem necessariamente reflexos na duração do processo. Ou seja, o facto dos processos tutelares cíveis que compõem a amostra durarem em média 18,94 meses, cerca de um ano e meio, e do número de processos que duram menos de um ano ser relativamente reduzido (19), é indissociável da demora na obtenção das perícias judiciais, que raramente respeitam o prazo judicialmente estabelecido e/ou legalmente determinado de 30 ou 60 dias, demorando em média 3,75 meses, isto é, quase o dobro do tempo legalmente fixado.

O processo 106 é um exemplo claro das consequências da demora na obtenção das perícias judiciais na extensão temporal dos processos judiciais e, indiretamente, na vida das famílias e das crianças dos processos. Este processo foi instaurado pelo Ministério Público a pedido dos avós que tinham a guarda “efetiva” da neta e precisavam de regular as responsabilidades parentais para aceder aos benefícios sociais, designadamente ao fundo de garantia de alimentos a menores. Neste processo, os relatórios sociais dos avós, da mãe e do pai (residente no estrangeiro) são pedidos no dia 30 de maio de 2013, a 4 de setembro de 2013 o relatório social internacional do pai chega ao tribunal, ao que se seguem 3 ofícios de insistência no pedido do relatório da mãe à EMAT, em dezembro o tribunal recebe um ofício da EMAT, a dar conta que dará início às diligências em janeiro e, após novo pedido de insistência, em fevereiro,

o relatório da mãe chega a 18 de março de 2014, praticamente um ano após o pedido inicial. Na data da receção do relatório da mãe é enviado pedido de insistência para a realização do relatório dos avós, pedido inicialmente em maio de 2013, que é recebido a 24 de abril de 2014. A sentença que atribui a guarda aos avós é lavrada apenas a 20 de maio de 2014, na sequência da promoção do Ministério Público de 14 de maio de 2014:

A menor Tatiana encontra-se já há cerca de 4 anos a viver com os avós paternos desde que, no âmbito de processo de promoção e protecção que foi instaurado na CPCJ (...), foi aplicada a favor dela a medida de apoio junto de outro familiar, concretamente aqueles avós. Depois disso, e já no âmbito deste processo, a menor foi confiada provisoriamente à guarda dos avós, com quem continua a viver. Pese embora a vontade de ambos os pais da menor - que vivem separados - em a terem consigo, certo é que nenhum deles tem condições para tal, como se conclui nos relatórios sociais a cada um deles respeitante - v. fls. 184 e 221. Reafirmando-se no relatório social relativo aos avós paternos da menor que esta se mostra bem integrada no agregado familiar daqueles, que revelam competências para continuarem a cuidar da neta. Assim sendo, afigura-se-nos que a menor deverá ser confiada à guarda dos seus avós paternos, fixando-se a sua residência junto destes. Deverá igualmente ser fixado um regime de convívio da menor com o pai e com a mãe, atendendo às especificidades do caso em apreço e à própria idade da menor, prestes a completar os 15 anos de idade. Devendo ainda os pais da menor serem obrigados a contribuir com €50,00 mensais a título de pensão de alimentos a favor da filha, e não mais, atenta a precária situação económica de ambos. (Promoção do Ministério Público, Processo 106)

Nos próprios contraditórios apresentados pelas partes esta é também uma questão levantada:

Por um lado, não pode (...) o Tribunal deixar de recorrer a entidades independentes, como neste caso, obviamente, se impunha, desde logo pelo tempo que a Segurança Social leva a efectuar os referidos relatórios (que neste caso concreto foram seis (6) meses) (...) (Contraditório do pai 1, Processo 129)

Salvo o devido respeito, que é muito, pelo Tribunal de Família, Centro Hospitalar Psiquiátrico e intervenientes no(s) relatório(s) médico(s), não pode o requerido/examinando deixar de tecer um primeiro comentário aos referidos documentos que se queriam céleres e levaram oito (8) meses a ser elaborados (talvez o requerido por se preocupar como se conclui com o "tempo" e a "eficiência" não compreenda o andamento de certas instituições públicas) (Contraditório do pai 2, Processo 129)

Com efeito, nas entrevistas, os magistrados e as magistradas referiram a prorrogação de audiência de julgamentos e decisões judiciais na sequência da demora de perícias judiciais e procuram evitar as perícias mais demoradas:

Por exemplo, eu hoje fiz insistências com officios registados e confidenciais, é certo que foi em processos de promoção e protecção, de relatórios que deviam cá estar em outubro. Processos que são qualificados pela lei como urgentes, estamos em janeiro. Não é um ano, como a Santa Casa da Misericórdia em Lisboa, mas de qualquer modo temos atrasos

que... não deviam existir, verdadeiramente não deviam. (Entrevista Magistrada Judicial 2)

Aqui (...) até respondem com alguma, relativa brevidade. Agora Lisboa é o cabo dos trabalhos, uma pessoa pede um relatório espera 6 ou 8 meses e temos situações piores. E nós insistimos que é urgente, temos o julgamento pendurado... e depois pedimos um esclarecimento e demoram-nos mais seis meses a responder. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Este é um problema reconhecido a nível nacional e que ganhou expressão na nova Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e revogou a Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro. De acordo com o princípio orientador da simplificação instrutória e oralidade, inscrito no artigo 4.º, a instrução do processo tutelar cível passou a recorrer preferencialmente a formas e a atos processuais simplificados, nomeadamente às declarações da assessoria técnica, prestadas oralmente e gravadas, em sintonia com os propósitos assumidos de celeridade, agilização e eficácia na resolução dos conflitos (Ramião, 2015).

3.1 As perícias judiciárias enquanto recurso estratégico

As perícias judiciárias são utilizadas como um recurso estratégico pelos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais, tanto no sentido de obter um acordo, um consenso, entre as partes, como nas decisões judiciais, quando recorrem aos resultados da perícia sem que haja uma correspondência absoluta entre a decisão judicial e as recomendações e/ou conclusões das perícias judiciárias (por exemplo, quando existe mais do que um tipo de perícia judiciária com recomendações contraditórias).

3.1.1 Para obtenção de um acordo

No conjunto dos processos tutelares cíveis observados, 12 terminaram por acordo entre as partes, após a realização de perícias judiciárias. De acordo com as entrevistas realizadas, as perícias são utilizadas pelos/as magistrados/as de forma direta ou indireta para obter um consenso entre as partes e conseguir a homologação de um acordo. Por outras palavras, há uma utilização dos consensos obtidos em sede de perícia, com a sua homologação em sede de tribunal - direta - ou uma instrumentalização dos resultados e/ou recomendações da perícia em sede de audiência de julgamento para conduzir as partes a estabelecerem um acordo - indireta.

Por um lado, os/as magistrados/as referem os “acordos” que são conseguidos pelos/as peritos/as, sobretudo no âmbito dos inquéritos sociais realizados pelas EMAT, referindo uma transformação da abordagem tradicional destas equipas:

(...) no decurso da elaboração do relatório, às vezes há a possibilidade de ir aproximando posições. E às vezes sucede que um técnico ou outro ao elaborar o relatório também aponta pontos de contacto (...). Estou-me a recordar de uma técnica em especial que muitas vezes, em termos de regime de convívio, por exemplo, (...) [tem] sugestão de horários ou de locais de encontro. Eu não espero isso no sentido que quando peço um relatório, não estou à espera que me deem um projeto de acordo. Agora, por vezes, ele surge. E isso, muitas vezes, também é positivo e conduz a um desfecho do processo consensual. (...) No fundo é... a situação inicialmente não ficou resolvida por consenso senão o processo não avançava. E porque os relatórios da EMAT até sugerem, porque houve esse trabalho, e depois com alguma facilidade, aproveitando os pontos de aproximação obtidos na EMAT, consegue-se o resto, aqui em conferência com os pais e com os advogados, se for caso disso. (Entrevista Magistrada Judicial 3)

Aliás estes relatórios... talvez haja uma nova orientação da Segurança Social, nos relatórios mais recentes, quando o relatório aos dois pais é feito pelo mesmo técnico, já há alguns técnicos agora que apostam um bocadinho até no acordo e às vezes até têm o cuidado de depois no relatório colocarem lá os aspetos em que há consensos e os aspetos em que há desacordos. E alguns até nos conseguem o acordo todo e mandam-nos logo lá uma relação dos tópicos todos. Isso é um aspeto novo. Antigamente eles não investiam muito nisso. Agora têm o cuidado. (...) Nós agora até aproveitamos muitas dessas situações para percebermos... vem um relatório nesses termos e nós imediatamente convocamos uma conferência de pais e submetemos à confirmação daquilo que está e fazemos a regulação sem necessidade de fazer julgamento, de acordo com aquilo que o técnico já investiu e conseguiu com eles. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

Com efeito, podem-se observar vários exemplos de relatórios sociais que dão conta deste exercício de aproximação entre as partes e de procura de obtenção de consensos nos inquéritos sobre a situação social, moral e económica:

Na entrevista conjunta os progenitores construíram alguns aspectos consensuais, que poderão minorar o conflito, mas as questões mais prementes, apontadas pela progenitora, não lhes mereceram consenso. É de referir que maioritariamente a progenitora aceitou as propostas que o progenitor apresentou sobre a divisão do tempo em período de férias lectivas da filha, a aplicar num futuro próximo, por considerar que a divisão neste período não irá colidir com a estabilidade da Ana. Em nosso entender, a proposta apresentada pela progenitora é a que, por agora, melhor salvaguardará a menor do conflito parental (Relatório social da mãe e do pai, Processo 150)

A progenitora, embora se tenha sempre mostrado inflexível no tocante a uma alteração da residência da Débora, evidenciou ao longo das duas entrevistas que lhe efectuámos e dos contactos telefónicos mantidos, disponibilidade para encontrar uma plataforma de entendimento, aceitando mesmo participar numa entrevista conjunta com o progenitor, a qual não chegou a ocorrer por recusa deste último (Relatório social da mãe, Processo 148)

No exemplo seguinte, no processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais, instaurado pelo advogado da mãe, a mãe vem requerer a fixação da residência dos dois filhos junto de si e um regime de convívios com o pai, em vez do regime em vigor, estabelecido por acordo extrajudicial, de guarda partilhada.

Requerente: Vitória, (...). Declarou que os menores estão a viver uma semana com cada um dos progenitores, sendo certo que considera que o regime é complicado para os menores tanto mais que o filho mais novo sofre de autismo. Pretende que os menores passem a residir consigo e que haja um regime de convívio com o pai. E mais não disse. Requerido: Vicente (...). Declarou que está tudo a correr bem com os menores, mesmo estando a viver alternadamente com cada um dos progenitores. Referiu que só quer o bem estar dos menores, considerando que os mesmos estão muito mais estáveis. Disse que incentiva os filhos a irem para junto da mãe. Referiu que só concorda com um regime de residência alternada dos menores com cada um dos progenitores. E mais não disse. (Ata de Conferência de Pais, Processo 111)

O relatório da técnica da EMAT dá conta da mudança de posição da mãe no decorrer do inquérito, que parece ficar disposta a aceitar o regime de guarda partilhada:

Relativamente à matéria em análise, e concretamente à reorganização do tempo dos filhos, vertente da parentalidade onde se centra o principal desacordo, num primeiro momento, Vitória discorda da residência alternada, uma semana em casa da mãe outra em casa do pai, por entender que não será a situação mais estável para os filhos em especial para o Vasco. A este propósito releva como pontos negativos que existem diferentes orientações educativas, e alterações de rotinas de uma casa para a outra, situação que considera não ser benéfico. Assinala também como aspeto importante o facto de dispor de maior disponibilidade de tempo para se dedicar aos filhos e estar mais próxima do Vasco, acompanhando-o, em contraponto com o pai, cujo horário de trabalho não lhe permite, já que, por vezes, tem que se deslocar para fora [do concelho de residência]. Como ponto positivo verbaliza os benefícios sociais de que poderão beneficiar se permanecerem numa residência principal. Não obstante esta perspetiva, verbaliza flexibilidade para que haja uma proximidade relacional entre pai/filhos no sentido destes continuarem a construir e a consolidar a relação, conseguindo, em contexto de entrevista, priorizar as necessidades dos filhos em detrimento das necessidades dos adultos. Reconhece que não seria justo para os filhos relacionarem-se com o pai num registo de fim de semana (Relatório social da mãe, Processo 111)

Com efeito, mais tarde em sede de audiência de discussão e julgamento, os advogados dão conta que os progenitores chegaram a um acordo quanto à residência alternada:

Neste momento foi pedida a palavra pelos Ilustres Mandatários das partes tendo no uso da mesma dito terem chegado a acordo no respeitante ao exercício das responsabilidades parentais relativamente aos menores, nos seguintes termos:

ACORDO

1o - Os menores Vanessa e Vasco ficam confiados a ambos os progenitores semanalmente e à guarda e cuidados de cada um, sendo o dia de mudança à sexta-feira no final da aulas, e as responsabilidades parentais relativas às questões de vida comum atribuídas ao progenitor

com quem os menores estiverem. As responsabilidades parentais relativas às questões particular importância para a vida dos menores serão exercidas em comum pelos pais

2o - Na semana em que os menores estiverem com um dos progenitores, o outro poderá visitá-los na escola sempre com respeito pelos horários escolares e de alimentação dos menores. (Audiência de Discussão e Julgamento, Processo 111)

Esta prática da EMAT foi reconhecida e legitimada juridicamente no novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível que estabelece como princípio orientador que “os conflitos familiares são preferencialmente dirimidos por via do consenso, com recurso a audiência técnica especializada e ou à mediação” (artigos 4.º e 37.º). Nos termos do artigo 23.º, a audiência técnica especializada em matéria de conflito parental, a realizar pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais do Instituto de Segurança Social, consiste na audiência das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que melhor salvaguarde o interesse da criança, e inclui a prestação de informação ao tribunal centrada na gestão do conflito.

E2. EMAT Eu penso que a nova lei veio um bocadinho consubstancializar aquilo que nós já vínhamos sentindo. (...) No âmbito do tutelar cível nós tentamos gerir o conflito, obter consensos, sobretudo na audiência técnica especializada, introduzindo as entrevistas conjuntas, tentando que as próprias pessoas encontrem uma resposta para a sua situação, alertando para o facto de ser o interesse do filho que está em questão. Muitas vezes as pessoas estão centradas no seu conflito, para se descentrarem disso é importante este trabalho e todas estas sessões que são desenvolvidas durante 60 dias, que é o prazo da lei. (...)

E3. (...) E eu penso que esta nova lei veio trazer... (...) embora nós já tivéssemos e fizéssemos isso, agora temos aqui uma outra questão que é a possibilidade do consenso, a metodologia de intervenção, nas entrevistas, portanto, focarmos no consenso em si, em obter o consenso, e portanto, entrevistas individuais, entrevistas conjuntas. Portanto, exige do técnico uma preparação constante para esta intervenção. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

Por outro lado, nos processos em que os pais não chegam a acordo por sua iniciativa, os resultados periciais são utilizados “estrategicamente” pelos/as magistrados/as em sede de audiência para conduzir as partes a um acordo. Como refere a magistrada judicial a propósito dos relatórios da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade:

E o que é certo é que, na sequência da vinda do relatório da Unidade de Apoio à Comunidade, em que são notificadas as partes, não raras vezes se marca uma conferência e consegue-se um acordo. Ou seja, aquilo de facto é um elemento relevante, que os próprios pais ao serem confrontados, também acabam por se calhar reconhecer que o que lá consta é real, e

portanto pode não lhes convir muito mas... não é? E o facto de se calhar não terem depois argumentos para rebater aquela análise, facilita. (Entrevista Magistrada Judicial 3)

O processo 143, intentado pela mãe no sentido de obter a guarda do filho que se encontra à guarda do pai, ilustra bem o relato da magistrada. O relatório de avaliação das competências parentais defende, ao contrário inclusivamente do proposto pelos relatórios sociais da mãe e do pai, a manutenção do regime em vigor:

Perante os dados obtidos perante a solicitação do Tribunal de Família e Menores (...), conclui-se o seguinte: A criança manifesta-se estável com a organização dos tempos parentais atualmente em vigor. Atendendo aos dados da sua observação, não manifestou qualquer sinal de instabilidade emocional ou relacional com as respetivas famílias materna e paterna; Considerando a informação da escola, o progenitor concretiza relativamente à educação aquilo que é esperado como adequado e não há referência por parte da escola de nenhum indício de risco relativo à higiene, sono ou alimentação; A progenitora mostrou um investimento afectivo adequado e sabe identificar concretamente aspectos do exercício da parental idade, todavia não tenta contactar a escola para estar a par do percurso do menino e como forma de ter informação sobre o bem-estar do filho; Assim, na integração das várias fontes de informação, não surgem indicadores que conduzam à ponderação de mudança do atual regime de atribuição das responsabilidades parentais. (Avaliação das Competências Parentais, Processo 143)

No documento original o ponto que defende a manutenção do regime vigente foi sublinhado pelos/as magistrados/as. Posteriormente, em sede de audiência de discussão e julgamento, a magistrada judicial procura obter o acordo e o que é acordado pelos progenitores coincide com a recomendação da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade:

Aberta a audiência, pelas 14,00 horas, pelo requerido foi pedida a palavra e no uso da mesma, disse que prescindia da testemunha (...).

Seguidamente, a Exma. Juiz tentou obter o acordo das partes o que conseguiu nos seguintes termos:

Primeiro

O exercício das responsabilidades parentais relativo às questões de particular importância do seu filho menor Miguel fica entregue a ambos os progenitores.

Segundo

Para efeitos do exercício das responsabilidades parentais referente os atos de vida corrente do filho, este continuará a residir com o seu pai, aí ficando determinada a sua residência.

Terceiro

O Miguel passará três fins-de-semana seguidos com a mãe e um com o pai, e assim sucessivamente, indo a mãe buscá-lo à sexta-feira à escola no final das atividades letivas e aí o entregando na segunda-feira antes do início das atividades letivas. (Ata de audiência de julgamento, Processo 143)

No processo 153, o pai pedia uma extensão dos contactos, que é desaconselhada no relatório social, e em sede de conferência de pais, as partes acordam manter o regime provisório de visitas estabelecido na ata de conferência de pais inicial.

No momento, a sua exposição a eventuais interferências sociais negativas e o possível envolvimento em comportamentos aditivos, a percepção das débeis oportunidades no mercado de trabalho, o auto-conceito desfavorável, os níveis elevados de stress, e a instabilidade emocional, serão sempre factores e/ou indicadores de influência negativa para a construção de um modo de vida estruturalmente válida e securizante, e para uma parentalidade segura e estável. Nesta sequência, e em função da actual situação pessoal e social do requerido, caberá referir que, o regime de visitas actualmente em vigor, será aquele que melhor salvaguarda os interesses do menor, pelo que o nosso parecer vai no sentido de que deverá continuar a reger-se de acordo com o estipulado judicialmente. (Relatório social pai, Processo 153)

Iniciada a diligência pelas 10:00 horas, a Exma. Juiz tentou obter acordo das partes (...). Reiniciada a diligência (11:10 horas), pelas partes foi dito que chegaram a acordo nos seguintes termos:

O pai estará com o filho uma vez por semana, na Ludoteca ou no Parque (...), à terça ou quinta feira (dependendo das condições climatéricas e do dia em que faz psicoterapia (...)), entre as 15 e as 17 horas, devendo avisar a mãe do dia concreto na semana anterior. (Ata de audiência de julgamento, Processo 153)

A julgar pelo exemplo seguinte, do processo 101, quando existe uma proposta de acordo no relatório social, e ainda que os progenitores afirmem não ter concordado com a mesma, perante a impossibilidade de chegarem a acordo na audiência de discussão e julgamento, o “suposto” acordo é vertido pelo/a magistrado/a para a decisão judicial.

Relatório

Perante a presente análise e consoante os dados obtidos, consideramos importante salientar o seguinte: • No respeitante à residência, e apesar da alteração solicitada pelo requerente, dadas todas as alterações recentemente ocorridas na vida desta criança, o requerente acabou por considerar que no momento, mais uma mudança radical na vida da filha, seria para si prejudicial pelo que o mesmo aceitou que para já, a mesma se mantenha fixada no agregado familiar da requerida, • Relativamente ao regime de convívios/visitas sendo consciente de que a manutenção do actual regime, compromete os vínculos afectivos próprios da filiação, considera de todo importante para o saudável desenvolvimento da sua filha, que com as devidas salvaguardas, haja um aumento progressivo dos contactos consigo. Assim propõe alteração, solicitando que, a meio da semana, a menor possa pernoitar consigo, ficando sob a sua responsabilidade ir buscá-la à quarta-feira ao Jardim, e a entregar no referido equipamento à quinta-feira de manhã, tal como aos fins-de-semana que lhe compete, poder ir buscá-la à sexta-feira ao fim do dia ao equipamento escolar e a entregar no mesmo local à segunda-feira de manhã. (Relatório social pai, Processo 101)

Contraditório

O relatório elaborado pela Segurança Social, na parte que respeita ao requerente, padece de algumas incorreções, no ponto 4, onde se

salientaram alguns aspetos atinentes à avaliação das competências para o exercício da parentalidade. (...) Ora o requerente, em momento algum, referiu à Sr. Assistente Social que aceitaria que a residência da menor se mantivesse fixada no agregado familiar da requerida. Tal conclusão não corresponde à manifestação de vontade emitida pelo requerente. (...) O regime de convívios referido no ponto 4 não corresponde à pretensão do requerente. Com efeito, tal regime de convívios surgiu proposto pela Sr. Assistente Social e não foi acolhido pelo requerente como regime a estabelecer. (Contraditório do advogado do pai, Processo 101)

Sentença

De acordo com todas estas considerações, e face ao caso em apreço e à matéria apurada, impõe-se estabelecer um regime de visitas que seja adequado e equilibrado, que alargue os tempos de convívio com o pai, como este pretende, a mãe aceita e a actual situação exige. Assim, sem prejuízo de eventuais acordos e entendimentos entre os progenitores, sobre os concretos períodos em que a menor possa estar com o pai, este poderá visitar e estar com a filha durante a semana sempre que o deseje, desde que com a mãe acorde previamente e sem prejuízo das suas horas de repouso e das actividades escolares; - o pai poderá tê-la consigo em fins-de-semana alternados. Para o efeito, pode ir buscá-la à "escola" ou no "terminus" das actividades curriculares ou extra-curriculares que a mesma frequente, na sexta-feira, devendo entregá-la no estabelecimento de ensino que frequente na segunda-feira; - o pai poderá ainda tê-la consigo a pernoitar às quartas-feiras (indo o pai buscá-la e levá-la à escola), bem como nas quintas-feiras que antecedem o fim-de-semana da mãe (nos mesmos termos); (Sentença, Processo 101)

Neste processo a técnica é duplamente legitimada na sentença e na decisão judicial quanto ao contraditório:

Fls. 131: como bem observa o Exmo. Sr. Procurador, o relatório da EMAT não carece de qualquer correcção no sentido que vem agora peticionado, pois que a pretensão do requerente, nesta instância, não está limitada pelo que consta nos relatórios juntos aos autos, mas sim nas peças processuais por si ou em seu nome subscritas. Além de que sempre seria a sua palavra contra a da Técnica que o elaborou, sobre o que ele lhe disse ou não disse por ocasião da entrevista realizada. Assim, indefere-se o que vem requerido. Notifique. (Decisão/Despacho Judicial, Processo 101)

3.1.2 Para a decisão judicial

Nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais identificaram-se dois tipos de processos em que a decisão judicial não era totalmente consistente com as recomendações inscritas nos relatórios periciais: processos em que as perícias judiciais apresentavam recomendações/conclusões contraditórias quanto à residência ou regime de convívios com o progenitor não-residente; e processos em que as crianças viviam em famílias alargadas com os pais-homens e as mães estavam em parte incerta. Mais concretamente, num total de 42 processos findos com decisão judicial registaram-se apenas 4 em que as perícias judiciais se assumiram como recurso estratégico para a decisão judicial. Nestas sentenças os/as magistrados/as

judiciais utilizam a informação disponibilizada pelas perícias judiciárias, mas não seguem de forma estrita as recomendações dos/as peritos/as quanto à guarda e residência, retendo apenas parte das conclusões da perícia judiciária. Ou seja, está-se perante sentenças em que as perícias judiciárias são fontes de argumentos, que os/as magistrados/as judiciais selecionam e utilizam estrategicamente (de acordo com diferentes fatores – característica da perícia, mas também as suas próprias convicções), e em que a decisão judicial final não corresponde às recomendações das mesmas. Note-se que, como se referiu, nos processos de regulação das responsabilidades parentais “o tribunal pode (...) investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes”, sendo que “só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias”, como não está sujeito a critérios de legalidade estrita, “devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna” (cf. artigos 986.º e 987.º do Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013, de 26 de junho).

No primeiro tipo de processos, perante a existência de recomendações contraditórias nas perícias judiciárias, os/as magistrados/as judiciais no processo de subsunção dos factos à norma jurídica geral, ponderam os factos dados como provados, com base nos diferentes meios de prova, e o direito e a jurisprudência, selecionando e validando de forma indireta a recomendação, que no seu entender assegura o superior interesse daquela ou daquelas criança(s) em particular. Estes processos chamam, assim, a atenção para dois dos fatores identificados por Ward (2004) como cruciais para a validação da perícia: a existência de outros meios de prova e o grau de concordância entre eles.

No processo 129 de regulação das responsabilidades parentais, em que existe uma disputa da guarda e convívios com o filho, são realizados relatórios sociais da mãe e do pai pela EMAT, uma avaliação psicológica e psiquiátrica de ambos os progenitores pelo INML e uma avaliação psicológica e intervenção terapêutica de suporte para a mudança, pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade. Enquanto os relatórios sociais desaconselham a fixação de um regime de convívios “obrigatórios”:

Pretende ainda o mesmo, que seja estabelecido um horário, que, em seu entender deveria ser de duas horas diárias para que pudesse apoiar o filho em termos escolares. Em alternativa o progenitor pretende residência alternada. Acontece que, pelo menos no presente momento, o filho se manifesta indisponível para que tal venha a suceder Perante toda a situação de conflito permanente, que não facilita o diálogo entre os

progenitores, nem o exercício das responsabilidades parentais partilhadas; tendo ainda em conta que a relação entre pai e filho se tem vindo a deteriorar ao longo destes anos; entendemos que não existem condições para que a pretensão agora proposta se torne exequível.

Consideramos também que, a aproximação do filho ao pai, deverá passar por um processo terapêutico, para ambos, devendo a mesma ser gradual. (Relatório social pai 4, Processo 129)¹⁵⁵

O relatório de avaliação dos convívios desenvolvido pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade defende o “estabelecimento formal de tempos parentais com o progenitor, que tem sido privado do contacto com o filho num período de vida fundamental como é a adolescência”, argumentando que ambos os pais não apresentam qualquer patologia que condicione o exercício das responsabilidades parentais (Relatório de avaliação dos convívios, Processo 129).

Na sentença, o/a magistrado/a judicial sustenta juridicamente a necessidade, por um lado, de fixar um regime de visitas que consubstancie o direito da criança a manter os laços com ambos os progenitores e o direito do progenitor não residente a conviver com a criança e a ser informado do modo como o progenitor que tem a criança na sua confiança exerce as responsabilidades parentais, consagrados em diferentes diplomas, reconhecendo indiretamente que a proposta da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade seria a mais adequada. E, por outro lado, recorre à factualidade apurada pelas perícias judiciais que apontam para uma rejeição do progenitor pela criança para argumentar que o superior interesse daquela criança, em particular, impõe simultaneamente a fixação de um regime de visitas e impede o estabelecimento de um regime de visitas fixo, como sugerido pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade, legitimando a proposta da EMAT.

Temos por certo, que o ideal para o são e equilibrado crescimento de uma criança, é esta ser acompanhada e criada por ambos os progenitores em harmonia e conjugação de esforços (ambos são o garante do crescimento dos filhos), pois, como já tivemos oportunidade de referir, o menor necessita de ambos os pais, sem que um preencha a função que ao outro cabe. (...) No sentido expandido pronunciaram-se Rui Epifânio e António Farinha, in O.T.M. anotada.. 2a Ed.- Almedina -1992, p. 327: “De um modo geral, a prossecução do interesse do menor, em caso de ruptura vida dos progenitores (...) tem sido entendida em estreita conexão com a garantia de condições materiais, sociais, morais, psicológicas que possibilitem o desenvolvimento estável, à margem da tensão, e conflitos que eventualmente oponham os progenitores e que possibilitam o estabelecimento de relações afectivas contínuas com ambos, em especialmente com o progenitor a quem o menor não seja confiado (...)”. Da conjugação do exposto com a imposição resultante do n.º 6 do art.º

¹⁵⁵ Esta proposta concretizou-se posteriormente numa intervenção da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade.

1906 do C.C. (“Ao progenitor que não exerça, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho”) resulta que o exercício das responsabilidades parentais supõe a fixação e observância de um regime de convívio com o menor, bem como o direito daquele progenitor ser informado do modo como o progenitor que tem a criança na sua confiança a trata, como exerce as responsabilidades parentais. (...) De acordo com todas estas considerações, e face ao caso em apreço e à matéria apurada, impõe-se estabelecer um regime de visitas que seja adequado e equilibrado. Assim, tendo presente o actual afastamento físico e afectivo entre pai e filho, a idade deste e a rejeição absoluta em estar com o pai, não é possível, nem razoável, fixar-se um regime de convívio inexecutável, como seria aquele que previsse situações de pernoita do menor em casa do pai ou um regime rígido de visitas. Isto porque, desde logo fica afastada a possibilidade do recurso à solução da força, com intervenção policial, inadequada e desproporcional e sem a mínima garantia de resultados de uma sã convivência pai-filho, para além do próprio interesse do menor o desaconselhar (“a força”, nunca seria solução, pois que traria seguramente prejuízos para o interesse do menor). Situação diferente, será a fixação de um regime aberto de convívio, que inclua partilha de momentos positivos e potenciadores de um relacionamento saudável e securizante para o menor, o que até ao momento não tem sido possível e dificilmente será, enquanto permanecer aberta a conflitualidade entre os requeridos, na qual o filho acaba por ser envolvido, tendo o requerido que encontrar estratégias de recuperação da relação com o filho e aproximação ao mesmo. (...) Pelo exposto, afigurando-se ser esta a solução que presentemente melhor satisfaz o interesse do menor, assim se decidirá. (Sentença, Processo 129)

Na argumentação do/a magistrado/a fica patente a tensão emergente entre a regra jurídica, de vocação geral, “universal”, e a exigência crescente de ter em conta a especificidade de cada indivíduo, identificadas por Bernheim e Commaille (2012), neste caso o superior interesse de cada criança específica.

O processo 119 apresenta contornos muito semelhantes, trata-se de um processo de regulação das responsabilidades parentais, instaurado pelo advogado do pai, em que o pai solicita a guarda partilhada e a mãe a manutenção da residência junto dela. Também neste caso os relatórios sociais da EMAT e o relatório de avaliação das competências parentais da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade apresentam conclusões distintas. Os relatórios sociais excluem a possibilidade de uma guarda partilhada devido à conflitualidade existente entre os progenitores e defendem a manutenção da guarda da criança junto da mãe, sublinhando as suas competências parentais.

Da avaliação efectuada junto do actual contexto familiar dos menores, diriam os que a requerida vem mantendo um desempenho parental próximo e investido de afectos, e preocupações centradas na garantia do bem-estar dos filhos, e na salvaguarda dos seus interesses e necessidades, revelando possuir adequadas competências para o exercício das responsabilidades parentais. Neste sentido, afigura-se-nos que os menores

deverão prosseguir integrados no actual contexto familiar materno. (Relatório social da Mãe, Processo 119)

Poder-se-ia ponderar a adopção de um regime de exercício conjunto? Claro que sim, mas este regime levanta alguns pressupostos que importará clarificar. Assim, e sobre esta matéria, diríamos que este regime de exercício conjunto ou partilhado das responsabilidades parentais requer, antes de mais, um acentuado grau de entendimento entre as figuras parentais, factor que à partida, como é o caso presente, não estará preenchido. (Relatório social do pai, Processo 119)

Pelo contrário a Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade defende a existência de condições para o exercício de uma guarda partilhada, que no entender das peritas responderia ao superior interesse das crianças. No seu estudo sobre o uso judicial do superior interesse da criança como critério na definição dos regimes de regulação das responsabilidades parentais, Théry (1989b) conclui que a ambiguidade das noções associadas, como a manutenção da estabilidade e segurança da criança ou a superação da crise marital e familiar, permite que sejam usadas para justificar uma grande variedade de soluções, por vezes mesmo opostas, como neste exemplo. O que remete, novamente, para as críticas à validade e fiabilidade de avaliações e recomendações de peritos/as quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais que serve o superior interesse da criança levantadas por diferentes autores (Bala, 2005; Kruk, 2011; Tippins e Wittmann, 2005).

Considerando as rotinas profissionais de cada um dos progenitores e as suas competências, a articulação do exercício das responsabilidades parentais seria uma mais valia para ambos e responderia de forma mais concreta ao superior interesse das crianças. (Avaliação das competências parentais, Processo 119)

Na sentença do processo 119, o/a magistrado/a judicial legitima a recomendação plasmada no relatório social, defendendo e sustentando através da doutrina e da jurisprudência, a necessidade de um bom relacionamento para a fixação de um residência alternada:

Sem prejuízo de entendermos que a visão do progenitor é aquela que mais aproxima a vivência dos filhos da que tiveram quando os progenitores viveram juntos, é aquela que - não obstante a constante mudança de residência da criança - implica menos alteração da vida anterior, por significar manter idêntico contacto com cada progenitor; dúvidas não temos que tal visão só deve ser concretizada se existir muito bom relacionamento entre os progenitores. Neste sentido, ver Helena Gomes de Melo, João Vasconcelos Raposo, Luís Baptista Carvalho, Manuel do Carmo Bargado, Ana Teresa Leal e Felicidade de Oliveira, in Poder Paternal e Responsabilidades Parentais, p. 82 e ss. Ora, na situação em análise, além de inexistir acordo dos progenitores nesse sentido, vemos que os progenitores não conseguem manter um relacionamento cordial entre si. Aliás, até há pouco mais de um ano, os progenitores comunicavam entre si essencialmente através dos seus ilustre mandatários, tendo passado, a partir de Fevereiro de 2013, a comunicar

os assuntos relativos aos filhos através de emails criados para tal efeito, mas por imposição deste foro - cfr. fls. 323 ! Deste modo, toma-se inviável estabelecer uma residência alternada. Aqui chegados, há que decidir se o Pedro e o Paulo continuam a residir habitualmente com a mãe, ou se passam a residir habitualmente com o pai, cabendo àquela ou a este, respectivamente, o exercício das responsabilidades parentais nos actos da vida corrente. Mais uma vez, é na perspectiva do interesse das crianças que deve ser decidida esta questão, importando averiguar se ambos os progenitores são idóneos para delas cuidar e, em caso afirmativo, analisar os factores favoráveis a um e a outro. (...) Pesando todos estes aspectos, entendo que é do interesse das crianças manterem a situação actual - residência habitual com a sua progenitora, a qual tem vindo a assumir de forma adequada os cuidados e a educação dos filhos. (Sentença, Processo 119)

Isto não significa que o/a magistrado/a menospreze as conclusões do relatório pericial de avaliação das competências parentais, o/a magistrado/a utiliza simultaneamente argumentos oferecidos por ambas as perícias para definir qual a residência habitual das crianças.

No caso em análise, ambos os progenitores são pessoas idóneas e capazes de assegurar o bem-estar e o desenvolvimento harmonioso dos filhos - cfr. o ponto 19 dos factos provados [resultante do relatório da Unidade de Apoio à Comunidade]. Importa então analisar, dos factores acabados de elencar, os favoráveis a cada um das posições - A circunstância de as crianças sempre terem vivido maioritariamente na companhia da mãe, é um factor favorável à residência habitual junto da mãe. Ambos os progenitores revelam competências parentais adequadas ao cuidado dos filhos, promovendo um desenvolvimento saudável para as crianças . Também não há diferenças sensíveis no que toca ao afecto que os progenitores nutrem pelos filhos. A situação financeira dos progenitores, embora diversa, não assume relevo no caso em apreço. A situação habitacional das partes não é idêntica, dispondo a progenitora de uma moradia espaçosa, enquanto o progenitor reside num apartamento de tipologia T2 . Contudo, não é este um factor decisivo! Mas já assumirá relevo a circunstância de a progenitora assumir diariamente os cuidados necessários aos filhos, acompanhando a sua educação de forma próxima e o facto de ter re-organizado a sua vida profissional de forma a poder acompanhar os filhos. Por outro lado, ao contrário do que é afirmado pelo progenitor, não foi sem motivo ou por uma razão fútil que a requerida limitou o convívio do requerente com os filhos, no período após a separação do casal e antes da fixação do primeiro regime provisório: é que o progenitor ingeria quase um litro de cerveja por dia, tendo na altura o Paulo 1 ano e o Pedro 3 anos, pelo que exigiam uma atenção e cuidados constantes! Aliás, quando ainda viviam juntos, não seria por acaso que quando a progenitora fazia serviço nocturno, o Paulo pernoitava em casa da empregada, ao invés de permanecer a dormir em casa com o pai. Por último, a circunstância de a requerida ser médica pode constituir uma vantagem para o Pedro, a quem foi recentemente diagnosticada uma doença do foro cardíaco. (Sentença, Processo 119)

Estes processos parecem, assim, contrariar a tendência, identificada por Bala e Antonacopoulos (2007) e Semple (2011), para dar mais peso a uma perícia judiciária preparada por um/a psicólogo/a ou psiquiatra, do que a uma preparada por um/a assistente social. De acordo com Dumolin (2000), certos magistrados e magistradas

estabelecem uma distinção entre ciências duras, objetivas e fiáveis, e ciências humanas, subjetivas e relativamente aleatórias. As ciências duras são vistas como os discursos de verdade sobre o mundo, suscitando uma confiança particular, enquanto as ciências humanas provocam um certo ceticismo. Sendo que a psicologia está mais próxima das primeiras do que das segundas. Contudo, em ambos os processos são as recomendações e/ou conclusões dos relatórios sociais elaborados pelos/as assistentes sociais que são judicialmente legitimadas, ainda que em sede de entrevista e como observado no capítulo anterior, as perícias judiciárias desenvolvidas pela Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade sejam claramente mais valorizadas pelos/as magistrados/as do que os relatórios sociais dos/as assistentes sociais.

A natureza da disciplina determina (apenas) em parte o poder de constrangimento sobre a realidade e, em particular, sobre a decisão judicial. Como defendem Ward (2004) e Dumoulin (2007) existem múltiplos fatores que determinam o caráter vinculativo de uma perícia na decisão judicial, para além das características da perícia e das qualidades reconhecidas ao/à perito/a, entre elas o grau de concordância entre as diferentes perícias. Os tribunais não conseguem determinar com certeza qual é o superior interesse da criança, pelo que, perante duas perícias contraditórias, os magistrados recorrem às suas próprias interpretações do interesse das crianças e aos seus preconceitos idiossincráticos e julgamentos subjetivos, incluindo os preconceitos de género (Kruk, 2011). Ou seja, perante duas perícias contraditórias os/as magistrados/as optam pela que apresenta uma opinião convergente com as suas representações. Ora, de acordo com um estudo de Silva *et al.* (2009), a maioria dos atores judiciais entrevistados continua a espelhar padrões comportamentais e sistemas de valores culturais tradicionais no que respeita às perceções sobre a maternidade e a paternidade e admitem que estas perceções podem influenciar a decisão judicial. Assim, ainda que os participantes no estudo assumam que uma franja dos progenitores masculinos é, atualmente, mais participativa no cuidado diário dos/as filhos/as e que os pais, após o divórcio, se apresentam, atualmente, mais reivindicativos na disputa da guarda ou residência habitual dos/as filhos/as, a mulher, na maior parte dos casos, continua a ser considerada uma melhor cuidadora e a figura principal de referência das crianças, obtendo, em consonância, após o divórcio, a guarda ou a residência habitual das mesmas.

A propósito da residência alternada, dois dos magistrados entrevistados referiam encontrar muitas resistências da parte dos pais ao regime de guarda partilhada, para além de considerarem que pode pôr em causa a manutenção da estabilidade e segurança da criança.

Verdade, verdade é que aqui são muito poucos os casos de guarda alternada e então tirando os casos por acordo, eu nem conheço nenhum. (...) não sei porque é que as pessoas em Lisboa estão mais abertas para um regime desta natureza, porque as reservas e as resistências que eu encontro aqui para um regime desses, por parte de um dos pais ou até de ambos, custa-me a acreditar que em Lisboa estejam todos ultrapassados. A questão da estabilidade, pronto, desde logo é da instabilidade que causa andarem uma semana por cada lado, com os livros, depois esquecem-se, terem duas casas. E tendo duas não têm nenhuma... aquelas questões, mas pronto, mas isso são realidades... (...) Está bem que é um sistema que vigora em França há muitos anos, foi uma importação de fora, para alguns poderá ser um bom sistema e eu não digo que não seja. É um bom sistema, mas volto a dizer não sei se as pessoas estavam preparadas. (...) Já temos tido algumas experiências dessas de guardas alternadas, mas começam por correr bem e passado um ano estão cá a pedir alteração, porque há muita instabilidade, porque um cansou-se... não sei, eu também não tenho feedback daquelas que correm bem até ao fim, sinceramente. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

O segundo tipo de casos em que as decisões judiciais não têm correspondência direta com as perícias judiciárias chama também a atenção para a importância, identificada em diferentes estudos (Boyd, 2003; Parente e Manita, 2010; Silva *et al.*, 2009), dos valores e crenças dos/as magistrados/as sobre a natureza e o papel socialmente atribuído às mulheres e aos homens na esfera familiar e na sociedade na avaliação das perícias judiciárias e definição do regime de regulação das responsabilidades parentais.

Nos processos 112 e 133, na sequência da separação dos progenitores (em que as mães saíram ambas de casa para parte incerta, cortando relações com o pai e a criança), as crianças continuaram a viver com os pais-homens e os avós paternos, que sempre desempenharam um papel importante no cuidado da criança. Nestes processos, os relatórios sociais da EMAT apontam no sentido de as responsabilidades parentais serem exercidas em comum pelos avós e pais.

A menor Aline é a única filha do requerido, sendo perceptível a existência de forte vinculação afectiva entre ambos. O requerido revela em relação à filha, indicadores de exercício e prática da parentalidade de forma funcional, uma vez, que tem assegurado a satisfação de todas as necessidades da criança contando sempre com o forte apoio por parte dos seus pais. (...)

Assim, o progenitor pretende que a Aline permaneça junto dos avós paternos fixando a si a residência junto dos mesmos, onde também reside o requerido. Em relação aos atos de vida corrente, orientações educativas

da criança e questões de particular importância é sugerido que a responsabilidade seja exercida pelos avós paternos em comum com o progenitor (Relatório social pai, Processo 112)

Tem sido desde praticamente o nascimento de Bárbara, a avó materna quem tem prestado todo o tipo de cuidados a Bárbara e apoiado o filho a desempenhar de forma adequada o exercício da parentalidade. (...)

Foi perceptível a preocupação manifestada pelo progenitor quanto aos cuidados a prestar à filha, tal como o seu conhecimento sobre as suas reais necessidades desenvolvimentais. Revela total consciência do que constitui um desenvolvimento normal para a filha, distinguindo as suas próprias necessidades das da sua filha, apresentando em nosso entender, com o imprescindível apoio de seus pais, capacidade individual e relacional para o exercício da parentalidade. (...)

Propõe que o exercício das responsabilidades parentais lhe seja atribuído, com o apoio da sua retaguarda familiar. Parece-nos que esta intenção do progenitor dita os interesse de Bárbara, correspondendo às suas necessidades individuais e às capacidades do progenitor, senão viável face à dinâmica inexistente entre os pais da menor (Relatório social pai, Processo 133)

Contrariamente ao proposto nos relatórios sociais, na promoção do Ministério Público e na sentença do/a magistrado/a judicial a guarda dos menores é atribuída aos avós paternos, mantendo o pai apenas poderes “residuais” de administração de bens, não sendo valorado o facto destes serem caracterizados como pais presentes, cuidadores etc..

Como resulta dos relatórios sociais juntos aos autos, desde a separação dos pais da menor Aline que esta tem estado a viver com os avós paternos, que revelam competência para dela continuarem a cuidar. Assim sendo, é indubitável que a menor deve continuar à guarda dos seus avós paternos, que, aliás, já têm a sua guarda provisória. (Promoção do Ministério Público, Processo 112)

Sentença

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que a menor, agora com 31 meses de idade, desde que nasceu que tem vivido em casa dos avós paternos - à excepção de um período de 4 meses, em que viveu com os pais em apartamento arrendado nas imediações da residência dos avós, continuando a usufruir do seu apoio -, uma vez que os progenitores nunca reuniram condições para desempenharem as funções parentais. Tratando-se de um pai incapaz de assumir sozinho, sem a retaguarda dos avós paternos, a parentalidade e uma mãe irresponsável e imatura. Sendo a actual situação da Aline consensual entre todos, à excepção da requerida. Constituindo os avós paternos, com a colaboração do progenitor, as figuras preponderantes da sua vida e que têm desempenhado as funções parentais de forma positiva. Sendo presentemente as figuras cuidadoras e de referência para a menor. Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de confiar a mesma à guarda dos avós paternos, com quem a mesma tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções.

(...)

A menor ficará confiada à guarda dos avós paternos, Artur e Aurora cabendo-lhes os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções;

Competirá ao pai, António, o exercício das responsabilidades parentais da filha, na parte não prejudicada pelos poderes atribuídos aos avós paternos (como por exemplo a administração dos bens) e respectiva representação legal demandada por estes poderes-deveres sobranes (art. 19079/3 do CC) (Sentença, Processo 112)

Atento o teor do relatório que antecede, afigura-se-nos que deverá a residência da menor ser fixada junto da sua avó paterna, que dela vem cuidando e se vem assumindo como a sua figura maternal de referência desde o seu nascimento, ficando a cargo desta as responsabilidades parentais referentes aos actos do dia-a-dia, e a cargo do pai as que disserem respeito às questões de particular importância da vida da menor. (Promoção do Ministério Público, Processo 133)

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que a menor, agora com 16 meses de idade, desde que nasceu que tem vivido com o requerido e avós paternos. Tendo-a a requerida abandonado quando ainda não tinha 6 meses, demonstrando até aí desinteresse (alegada falta de maturidade) nos cuidados a prestar à filha. Tratando-se de um pai impossibilitado por razões profissionais de assumir sozinho, sem a rectaguarda dos avós paternos, a parentalidade. Sendo a actual situação da Bárbara consensual entre todos, tudo se desconhecendo sobre a requerida, que terá regressado [ao seu país de origem]. Constituindo a avó paterna, com a colaboração do progenitor, as figuras preponderantes da sua vida e que têm desempenhado as funções parentais de forma positiva. Sendo presentemente as figuras cuidadoras e de referência para a menor. Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de confiar a mesma à guarda da avó paterna, com quem a mesma tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções. (Sentença, Processo 133)

Como se percebe dos excertos, os/as magistrados/as judiciais e do Ministério Público não recusam as conclusões dos relatórios sociais, apenas divergem da solução apontada, optando por atribuir a guarda da criança aos avós e não ao pai. Este resultado é consonante com as conclusões de outros estudos que apontam para a atribuição da guarda ao pai-homem, apenas em casos excepcionais (Silva *et al.*, 2009; Sottomayor, 2011) - homens com trabalho flexível, homens a residir com os avós paternos das crianças (que não estejam dispostos a assumir a guarda, a avaliar por estes casos), com irmãos ou com uma companheira predisposta a cuidar dos menores.

Em processos semelhantes, em que as crianças residiam com a mãe no contexto da família alargada e em que os avós desempenhavam também um papel importante no cuidado da criança, a guarda foi sempre atribuída em exclusivo à mãe. Veja-se a título de exemplo o processo seguinte em que a mãe é representada como dependendo do apoio da bisavó paterna para cuidar da criança, mas a guarda é-lhe atribuída:

De facto

(...)10 - As competências necessárias à execução adequada dos cuidados parentais, só foram asseguradas devidamente com a rectaguarda prestada pela avó do requerido e pelos funcionários da [Instituição de Acolhimento], onde esteve acolhida; (...) O melhor desempenho das competências parentais pela requerida, deve-se à necessária orientação e apoio por parte da bisavó da menor; (...)

O direito

Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de fixar a residência da menor com a mãe, com quem a mesma tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da sua vida corrente, sendo as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a sua vida, exercidas em comum por ambos os progenitores. (Sentença, Processo 147)

Em suma, verifica-se que o processo de tomada de decisão judicial, a análise das conclusões e recomendações das perícias judiciárias e a interpretação e a aplicação da lei aos factos, não acontece no “vazio” (Drobak e North, 2004), este é influenciado também pelo sistema pessoal de crenças e percepções do decisor (Manita e Machado, 2012; Parente e Manita, 2010). E, à semelhança dos resultados do estudo de Silva *et al.* (2009), observa-se a prevalência e influência de algumas percepções estereotipadas sobre o papel paterno (isto é, não é tão competente nem está tão disponível como a mãe para o envolvimento parental com os/as filhos/as) e o papel materno (isto é, possui mais aptidões inatas para a prestação de cuidado e para se relacionar afetivamente com a criança) dos atores judiciais na tomada de decisão judicial. Por outras palavras, perante um elevado número de informações, os decisores selecionam e usam as que são conformes às suas ideologias e representações sociais, mais do que em função da natureza dessas informações (Manita e Machado, 2012).

3.2 Perícias judiciárias enquanto recurso vinculativo

As perícias judiciárias solicitadas pelo tribunal configuram-se, em geral, como um recurso vinculativo, ou seja, um constrangimento às ações e decisões dos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais, em especial quando não existem outros meios de prova periciais ou, existindo, não são contraditórios. Por outras palavras, as sugestões e recomendações das perícias judiciárias seja quanto à realização de diferentes diligências pelo tribunal ao longo do processo, seja quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais provisório ou definitivo são acolhidas e legitimadas pelo tribunal.

3.2.1 No processo

As ações dos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais ao longo do processo judicial são influenciadas pela (inter)ação dos/com peritos/as, através dos relatórios periciais, enquanto atores não humanos, para usar os termos da teoria ator-rede (Latour, 1999). Ou seja, as perícias judiciárias não são meros artefactos sem agência, estas participam das (inter)ações e provocam transformações nas diligências promovidas pelo tribunal, pelos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público.

As perícias judiciárias analisadas incluíam sugestões quanto à realização de atos processuais (7 perícias judiciárias), como conferências de pais (nos processos 132; 103) ou Audição de Menores (nos processos 129; 118) , como nos exemplos seguintes, que são acolhidas pelos/as magistrados/as do Ministério Público e magistrados/as Judiciais. No processo 103 em particular, na sequência dos relatórios de avaliação dos convívios são agendadas e realizadas 3 conferências de pais, a pedido do técnico da segurança social.

*Diríamos, por último, que fazer (simplesmente) respeitar e/ou cumprir a decisão do Tribunal quanto ao regime de visitas é, da nossa parte, insuficiente neste momento. Já registámos neste documento o desinteresse da mãe em dar continuidade ao processo. Neste sentido, sugerimos que se realize **nova conferência de pais, com carácter de muito urgente**, com base em dois objectivos: tendo em vista a clarificação destas situações, e que o elemento materno possa ser advertido para a necessidade - tendo em consideração os interesses do menor - da prossecução do regime de visitas estipulado pelo Tribunal (Relatório de avaliação de convívios 2, Processo 103)*

*Neste sentido, parece-nos **urgente que se possa realizar nova conferência de pais com vista à implementação de um regime eficaz**, e que não possa dar azo a novas descontinuidades relacionais entre o requerente e menor. Neste momento, o pior que pode acontecer para que a relação paterno-filial não tenha bases de sustentabilidade é a existência de interrupções ao nível dos convívios entre ambos. (Relatório de avaliação de convívios 3, Processo 103)*

*Em conclusão, a nossa redacção é dirigida ao Tribunal. Caber-lhe-á, agora, a tomada de decisão que se pretende firme e assente numa base rígida que não possa dar azo a incumprimentos (...). (...) a decisão (de menor peso) deverá ir no sentido de se projectar e programar, de facto, um regime de visitas, mesmo que seja contra o desejo do menor, que englobe a pernoita do menor em contexto habitacional do progenitor. Esta decisão deverá ser acompanhada de uma intervenção especializada de âmbito psicológico. Por último, **vimos solicitar ao Tribunal, uma conferência com carácter urgente**, de modo que a situação judicial seja avaliada e lhe seja conferida um formato de visitas alargado com base naquilo que foi exposto anteriormente. (Relatório de avaliação de convívios 8, Processo 103)*

E no processo 118 é ordenada a audição dos menores na sequência da sugestão do técnico da EMAT:

Sobre a pretensão paterna de assumir as responsabilidades parentais sobre o filho mais novo, Fábio, da articulação efetuada parecem não existir indícios no momento presente que aparentem ser mal cuidado ou negligenciado pela progenitora, não obstante as afirmações paternas nesse sentido. Como tal, e porque o mesmo está perto de perfazer doze anos de idade e o mais velho, igualmente menor, situado na faixa etária dos dezasseis, também habitualmente visita o pai e parece conviver com agrado com a família paterna, parece pertinente que seja feita avaliação da sua vontade e apreciação sobre a parentalidade exercida pelos progenitores a fim de ser viabilizada a melhor decisão para os mesmos (Relatório social, Processo 118)

Atento o sugerido no relatório social junto aos autos, a fls. 97, não nos opomos a que se proceda à audição de ambos os menores, um deles prestes a completar 12 anos de idade e o outro já com 16 (Promoção do Ministério Público, Processo 118)

Nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais 21 perícias judiciárias sugeriam também a realização de exames médicos ou psicológicos, como a avaliação às competências parentais ou o acompanhamento terapêutico das crianças ou da família, como se observou no capítulo anterior e ilustram os exemplos seguintes:

Por tudo o que foi dito, sugerimos, caso seja esse o entendimento superior a realização de avaliação às competências parentais de cada um dos progenitores; e estabelecer como objetivo prioritário a instauração de um processo de promoção e protecção e tomada a medida de apoio junto da mãe, no sentido de se proceder ao acompanhamento e posterior avaliação junto deste sistema familiar. (Relatório social, Processo 143)

Coloca-se como questão pertinente na abordagem e, se assim for entendido por esse Tribunal, pedido de informação clínica relativamente ao Vasco tendo em conta as suas características (Relatório social, Processo 111)

Por fim, parece-nos importante que cada um dos progenitores seja submetido a avaliação pericial (Relatório social, Processo 136)

No entanto, considerando os dados obtidos na análise das peças processuais e algumas informações recolhidas por nós no processo de avaliação psicológica dos progenitores, consideramos fundamental manter supervisão por parte de Equipa Multidisciplinar de Assessoria ao Tribunal (EMAT) em relação à parentalidade exercida por ambos os progenitores. (Relatório de Avaliação das Competências Parentais, Processo 143)

Do conhecimento que nos foi possível concretizar, acerca do Paulo e do Francisco e da história em termos de dinâmica familiar, cremos que seria importante para eles conseguirem ultrapassar este constrangimento de contacto com a mãe, pelo que consideramos que poderia ser benéfico para ambos o seu acompanhamento em consultas de Psicologia, a fim de poderem reformular a percepção que têm do afastamento da mãe (abandono) e perspectivarem a construção dum relacionamento futuro com ela. (Relatório de avaliação dos convívios, Processo 121)

Recomendações: Conjugada toda a informação disponível, respeitosamente recomendamos: 1. A menor e os seus progenitores muito beneficiariam de ajuda em consultas de Pedopsiquiatria, desde que ambos concordem (Relatório de Avaliação Psicológica e Psiquiátrica, Processo 132)

O que é corroborado em sede de entrevista pelos/as magistrados/as judiciais e do Ministério Público:

É, mas a Unidade de Apoio à Comunidade sugere... saídas e caminhos. Temos aquele caso da (...) de uma mãe que é professora, e aí foi sugerido o acompanhamento na própria Unidade. (...) mesmo no caso das visitas quando estão bloqueadas e a intervenção do técnico da segurança social não consegue desbloquear, uma das intervenções que se sugere, normalmente é a própria segurança social que até o faz, é recorrer à Unidade de Apoio à Comunidade, porque aí então já se vai trabalhar todos os elementos que estão envolvidos na relação não é tanto uma avaliação das capacidades daquele pai ou daquela mãe para ser pai ou para ser mãe, mas é já uma intervenção mais virada para perceber porque é que aquele miúdo não quer ir àquele pai ou àquela mãe, o que é que está ali acontecer... e tentar trabalhar essa relação complexa. (Magistrado do Ministério Público 2)

E acontece também, por vezes, que a própria Unidade sugere as tais estratégias, como por exemplo, as visitas serem supervisionadas pela EMAT. Assim como também às vezes nos encaminha para outros serviços (...). (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Como se percebe nas entrevistas, mais do que sugerirem a realização de perícias, os/as peritos/as sugerem muitas vezes quem (e como) as deve realizar, quer por iniciativa própria, quer a pedido do tribunal.

Nesta conformidade sugere-se, se assim for entendido Superiormente, a Unidade de Apoio à Comunidade ou outro serviço semelhante. (Relatório de avaliação dos convívios, Processo 132)

Por referência ao seu relatório junto aos autos em 14/02/212, nomeadamente folhas 1269 (última página) solicita-se que concretize melhor a forma como se poderia desenrolar o sugerido processo terapêutico para o menor e o seu pai, com vista à reaproximação entre ambos. (Ofício do tribunal, Processo 129)

Em resposta ao pedido de esclarecimento, (...) no âmbito do processo n.º(...), e na sequência do Relatório Social elaborado por este serviço, consideramos que, se torna imperioso, o acompanhamento psicológico do Luís, por forma a serem avaliadas as razões de recusa deste, em estar com o pai, e conseqüentemente ser recuperada a imagem paterna consideramos ainda que, deverão ser trabalhadas as questões de comunicação entre pai e filho, já que esta, condiciona todo o processo relacional. Assim, sugerimos que, o processo terapêutico, relativo a esta situação seja, solicitado à Unidade de Apoio à Comunidade, serviço que poderá vir a trabalhar as vertentes acima referenciadas (Ofício da EMAT, Processo 129)

Note-se ainda que, enquanto as perícias sugeridas pelos técnicos da EMAT são usualmente aceites pelo Tribunal, as perícias solicitadas pelas partes ficam muitas

vezes dependentes do “apoio” dos/as peritos/as já envolvidos, do que é exemplo a seguinte promoção do Ministério Público.

Por outro lado, não vislumbramos qualquer utilidade nem fundamento na realização dos exames psicológicos pretendidos pela requerente (v. fls. 450), já que estamos perante um processo de incumprimento instaurado em 2009 e só agora, mais de três anos depois, é que a requerente entende ser necessária a realização desses exames, numa fase em que a aproximação do menor ao pai tem conhecido uma evolução favorável, nunca tendo o Técnico Gestor da EMAT que acompanha o processo e lida de perto com ambos os progenitores sugerido a realização de tais exames (Promoção do Ministério Público, Processo 103)

No decorrer do processo as perícias judiciais são também determinantes para a definição ou não de regimes de regulação das responsabilidades parentais provisórios. Com efeito, sempre que existe uma disputa quanto ao acesso às crianças entre os progenitores, os/as magistrados/as optam, como observado, por aguardar pelas perícias judiciais para sustentar a sua decisão. É disto exemplo o excerto seguinte em que o/a magistrado/a recusa estabelecer um regime provisório sem obter as perícias:

Ora, no actual contexto de extrema conflitualidade existente entre os pais da menor, com necessários reflexos sobre esta, não dispondo ainda o Tribunal do resultado dos exames solicitados nem dos relatórios pedidos à Segurança Social, não dispõe o Tribunal de elementos que lhe permitam aferir se tal decisão seria do interesse da menor, razão pela qual se nos afigura que não a deverá tomar. (Promoção do Ministério Público 2, Processo 132)

Pelo contrário, no processo 103 de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais, o técnico nos relatórios sociais dos pais sugere a realização de “visitas quinzenais e supervisionadas, em espaço institucional”, “tendo em vista o estabelecimento de uma relação do menor com o progenitor”, sendo que a promoção do Ministério Público e a decisão judicial vai no sentido, não só de estabelecer o regime de visitas nos termos definidos pelo técnico, como legitima qualquer alteração que o técnico decida no que respeita ao local e duração.

Atento o teor do relatório que antecede, promovo se solicite ao respectivo Técnico que o subscreve que passe então a promover por 3 meses as visitas do requerente ao seu filho nos termos constantes do referido relatório - quinzenalmente, no Centro Distrital da Segurança Social, entre as 16h e as 16h45m - sem prejuízo de a frequência, o local e a duração de tais visitas poder ser alvo de alteração durante tal período de tempo de acordo com o critério daquele Técnico, se tal se entender como adequado, tendo em conta a forma como tais visitas vierem a decorrer. (Promoção do Ministério Público, Processo 103)

Este processo é um exemplo de como os processos de regulação judicial das responsabilidades parentais podem assumir características de poderes disciplinares,

como Michel Foucault os define, num processo de isomorfização (Santos, 2005) do direito da família em relação às ciências sociais e médicas. Implicando, designadamente, uma vigilância ou observação hierárquica e “individualizada” das famílias por parte dos/as magistrados/as judiciais, com poder de decisão, mas também de outros profissionais (como psicólogos/as e assistentes sociais), responsáveis pela avaliação de cada membro da família e da família como um todo (através das informações e inquéritos sociais e dos exames médicos e psicológicos) e, muitas vezes, pela monitorização do cumprimento da decisão judicial, como no processo anterior.

3.2.2 Na sentença

Os processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais da amostra revelam como as perícias judiciárias desempenham em geral um papel fundamental na decisão judicial e, em especial, na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais, refletindo o processo de colonização do direito pelos poderes disciplinares, identificado por Foucault (1977, 1997a), e de subordinação do direito em relação à ciência (Santos, 2005). Na maioria dos processos, os/as magistrados/as do Ministério Público e judicial limitam-se a corroborar as avaliações/conclusões das perícias judiciárias solicitadas pelo tribunal (em especial dos relatórios sociais) nos factos dados como provados e a confirmar as sugestões/recomendações quanto ao regime de regulação das responsabilidades parentais plasmadas nas perícias judiciárias, no que respeita a guarda e às visitas. Num total de 42 sentenças apenas 4 não seguiam de forma estrita as recomendações das perícias judiciárias, como observado no ponto anterior, sendo que duas destas seguiam as recomendações dos relatórios sociais contrariando as recomendações das avaliações das competências parentais.

A comparação entre as perícias judiciárias, as promoções do Ministério Público e as sentenças judiciais revela, com efeito, uma elevada consistência entre os factos dados como provados e o regime de regulação das responsabilidades parentais e as conclusões e recomendações das perícias judiciárias, em especial dos relatórios sociais. Veja-se a título de exemplo o regime de convívios fixado na sentença do processo 101 de alteração das responsabilidades parentais, instaurado pelo pai com o objetivo de obter a guarda partilhada:

Em contexto de entrevista e depois de alguma resistência apresentada por parte da requerida, esta acabou por aceitar a alteração do actual regime, nomeadamente, em estar receptiva a que a meio da semana, a menor possa pernoitar com o progenitor, ficando sob a responsabilidade daquele a ir buscá-la à quarta-feira ao Jardim, e a entregar na referido equipamento à quinta-feira de manhã, tal como aos fins-de-semana, quinzenalmente, poder ir buscá-la à sexta-feira no fim do dia ao equipamento escolar e a entregar no mesmo local à segunda-feira de manhã. (...) Assim, e face ao exposto, parece-nos importante que a [criança] continue a beneficiar dos contactos e convívios com o pai e respectiva família paterna, devendo por isso ser ponderada a proposta do pai. (Relatório da mãe, Processo 101)

Sentença

De acordo com todas estas considerações, e face ao caso em apreço e à matéria apurada, impõe-se estabelecer um regime de visitas que seja adequado e equilibrado, que alargue os tempos de convívio com o pai, como este pretende, a mãe aceita e a actual situação exige. Assim, sem prejuízo de eventuais acordos e entendimentos entre os progenitores, sobre os concretos períodos em que a menor possa estar com o pai, (...) o pai poderá tê-la consigo em fins-de-semana alternados. Para o efeito, pode ir buscá-la à “escola” ou no “terminus” das actividades curriculares ou extra-curriculares que a mesma frequente, na sexta-feira, devendo entregá-la no estabelecimento de ensino que frequente na segunda-feira; o pai poderá ainda tê-la consigo a pernoitar às quartas-feiras (indo o pai buscá-la e levá-la à escola), bem como nas quintas-feiras que antecedem o fim de semana da mãe (nos mesmos termos); (Sentença, Processo 101)

Importa, contudo, considerar que, como se viu, na maioria dos processos (23 do total de processos com decisão judicial), os únicos meios de prova são o(s) relatório(s) social(is), o assento de nascimento e o(s) depoimento(s) da(s) parte(s) prestado(s) na conferência de pais inicial, de que é exemplo o processo 102, instaurado pelo Ministério Público, cujos meios de prova incluíam o assento de nascimento, o relatório social da mãe e as declarações da mãe na conferência de pais (para além de que neste caso o paradeiro do pai é desconhecido pelo que seria na verdade impossível aos magistrados e magistradas decidirem de forma contrária ao parecer emitido no relatório social da mãe).

Como resulta do relatório social elaborado, desde a separação dos pais do menor Eduardo que este tem estado a viver com a sua mãe, que revela competência para dele continuar a cuidar. Assim sendo, é indubitável que o menor deve continuar à guarda da sua mãe, nos termos em que já foram definidos provisoriamente (...). Quanto às visitas do pai do menor, estas deixaram de ocorrer, tendo havido um afastamento do requerido em relação ao filho, existindo nos autos a informação de que terá ido morar para (...) [o] seu País de origem. Como tal, parece-nos que, nesta matéria, deve ser fixado, de um modo genérico, o direito daquele a ver o seu filho quando para tanto o procurar, mediante aviso prévio à mãe do menor e conforme o acordado com esta.(...) (Promoção do Ministério Público, Processo 102)

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que o menor, agora com 15 anos de idade, sempre viveu com a mãe, só

pontualmente tendo estado com o progenitor durante todos estes anos. Sendo desconhecido o concreto paradeiro do requerido, alegadamente [não estrangeiro], que se separou da mãe quando o filho tinha poucos meses de vida. Sendo, pois, o pai uma figura ausente e praticamente desconhecida. O menor é bem cuidado pela progenitora, a sua principal figura de referência e de suporte económico. Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de fixar a residência do menor com a mãe com quem o mesmo tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui o exercício das responsabilidades parentais na sua totalidade (as relativas aos actos da sua vida corrente e as questões de particular importância para a sua vida), dado ser desconhecido o paradeiro do progenitor. (Sentença, Processo 102)

As perícias judiciais são vinculativas nos processos em que não existem outros meios de prova, em especial periciais, ou quando existe mais do que uma perícia judicial estas não apresentam conclusões concorrentes, como acontecia nos exemplos do ponto anterior. A concordância entre meios de prova e, em especial, entre perícias, é um dos elementos sublinhados por Ward (2004), que defende que a prova pericial ganha credibilidade se não for desafiada no interrogatório ou por um testemunho contraditório e se existir um acordo substancial quer entre os testemunhos, quer entre as diferentes perícias. Veja-se, a título de exemplo, o processo seguinte, em que a informação dos relatórios sociais é corroborada por diferentes testemunhos:

(...) Também foram considerados os relatórios sociais juntos a fls. 223 a 240 e 323 a 326, no que respeita aos pontos 3 a 7 dos factos provados, e articulação com o documento de fls. 998-999 (registo de avaliação da Ana no 1o ano de escolaridade, no ano lectivo de 2013/2014), com o depoimento do avô materno da Ana, a testemunha Amilcar (quanto ao meio utilizado pelos progenitores para comunicarem entre si) e com os documentos de fls. 25 a 33 e 273 a 283 (quanto às queixas apresentadas). Relativamente ao ponto 14, consideraram-se os relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica de fls. 751-759 e 782-790. (...) O próprio requerido, quando ouvido, admitiu deixar o bibe sujo no infantário à sexta-feira. O depoimento desta testemunha também possibilitou a compreensão da factualidade inserta no ponto 17, tanto mais que o episódio é mencionado no relatório social a fls. 229. (...) (Sentença, Processo 150)

No processo que se segue, foram realizados dois relatórios sociais, um relativo à mãe e outro relativo ao pai, que, tendo sido elaborados pelo mesmo técnico, apresentam as mesmas conclusões e recomendações, que são depois utilizadas e legitimadas pelo/a magistrado/a na sentença.

Sofia surge-nos, em contexto de entrevista, como uma progenitora cuidadora, responsável, trabalhadora e que, desde sempre, assegurou as tarefas inerentes à gestão da vida corrente e escolar da Sónia. (...)

Dos dados recolhidos para a elaboração do presente relatório, julgamos poder depreender estar na presença de uma progenitora que sempre foi a

figura primária e de referência relativamente aos cuidados e à gestão da vida corrente de Sónia. Neste sentido, e apesar de se identificarem algumas fragilidades habitacionais e financeiras, compreensíveis face a uma alteração súbita de um projecto de vida, é nossa opinião dever ser considerada a possibilidade de ser atribuída à progenitora a guarda da menor, bem como ser fixada residência da criança junto da mãe. No concernente à definição das questões de particular importância da vida da Sónia, parece-nos que, indubitavelmente, as mesmas deverão ser discutidas e decididas por ambos os progenitores. (Relatório social da mãe, Processo 142)

Dos dados recolhidos para a elaboração do presente relatório, somos levados a perceber um progenitor que, embora sempre tenha acompanhado do ponto de vista físico e afectivo o crescimento e o desenvolvimento da filha, não se assumiu enquanto figura de referência e primária no tocante aos cuidados e à gestão da vida corrente da menor, não evidenciando, em nosso entender, capacidades e competências parentais adequados para o efeito. Neste sentido, e na salvaguarda dos superiores interesses da Sónia, parece-nos, salvo melhor opinião, de difícil concretização a fixação da residência principal da criança junto do progenitor. Por outro lado, consideramos ser imprescindível que os progenitores retomem a comunicação parental, centrada nos assuntos que se reportam directamente à filha e que viabilize a tomada de decisões conjuntas sobre as questões de particular importância da vida de Sónia. O reestabelecimento dessa comunicação constitui-se como aspecto fundamental para que se tome possível a definição de um regime de convívios que progressivamente, tendo em linha de conta a interiorização dos mesmos por parte de Sónia, possam evoluir para um regime de pernoitas desta na casa do pai. (Relatório social do pai, Processo 142)

Como resulta dos relatórios sociais elaborados, desde a separação dos pais da menor Sónia que esta tem estado a viver com a sua mãe, que revela competência para dela continuar a cuidar. Assim sendo, é indubitável que a menor deve continuar à guarda da sua mãe. Quanto às visitas do pai da menor, estas não se têm vindo a processar, ao que tudo indica por desinteresse seu, não tendo o mesmo colaborado com a Técnica da Segurança Social no âmbito da intervenção solicitada com vista a uma reaproximação da menor ao pai. Por outro lado, são assinalados hábitos alcoólicos ao pai da menor e deficientes condições habitacionais que condicionam necessariamente um pleno exercício do direito de visitas. Como tal, parece-nos que, nesta matéria, deve ser fixado que o pai da menor poderá estar com ela desde que previamente acorde nesse sentido com a mãe da menor, e nas condições por esta definidas. (Promoção do Ministério Público, Processo 142)

A requerida desempenha adequadamente o seu papel de mãe, sendo presente, envolvida, empenhada e afectiva; (...)

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que a menor, agora com 10 anos de idade, desde que nasceu, sempre viveu com a mãe, Sofia. A menor é bem cuidada pela progenitora, Sofia. Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de fixar a residência da menor com a mãe, com quem a mesma tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da sua vida corrente, sendo as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a sua vida, exercidas em comum por ambos os progenitores. (Sentença, Processo 142)

A este propósito importa aqui recordar que o novo regime geral do processo tutelar cível prevê já que “sempre que possível e adequado, a assessoria técnica prestada ao

tribunal relativamente a cada criança e respetiva família é assumida pelo mesmo técnico com a função de gestor de processo, inclusive no que respeita a processos de promoção e proteção”, o que era já prática comum da EMAT, como se observou no capítulo anterior, e poderá contribuir para evitar conclusões e recomendações discrepantes pelo menos entre relatórios sociais. Porém, a Lei não estende este princípio a outros relatórios periciais como os realizados pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, o que é defendido pela perita do INML em contexto de entrevista:

E depois temos a barbaridade... por exemplo, o processo que eu estou a fazer agora em que os quesitos têm a ver com o tipo de interações estabelecidas entre o menor e os progenitores, quer com a mãe, quer com o pai, (...). E eu quando faço a respetiva marcação ponho em observação, para a nossa administrativa fazer seguir as marcações para o respetivo tribunal, que o progenitor apesar de não ser da mesma zona deverá ser periciado na mesma delegação do que a progenitora que neste caso tem a guarda do menor. (...) Para minha admiração o juiz ou o procurador ou sei lá quem, apesar de serem chamados à atenção para isso devem ter autorizado o senhor... o senhor deve ter reclamado que não queria vir ser periciado nesta delegação pertencendo a outro distrito, mas perante o processo que estamos e perante os quesitos que são colocados, eu não entendo como é que o juiz deferiu a ordem do senhor ser periciado noutra delegação. O que é que vai acontecer, eu não vou conseguir responder aos quesitos da interação do menor com o pai, eu não vi o pai sequer. Como é que os dois progenitores interagem entre si quanto a discussões futuras... em relação ao percurso de vida do menor? Não faço a mínima ideia. Eu só falo com a senhora. A senhora pode-me dizer “ah por mim tudo bem”, mas eu, por um lado, não sei o que é que o senhor vai dizer lá, por outro lado, eu não os vejo em conjunto. (...) Começa mal por aí... (Entrevista Perita do INML)

No processo seguinte foram realizados relatórios sociais e avaliações psicológicas e psiquiátricas a ambos os progenitores. Os relatórios sociais embora reconheçam competências parentais a ambos os progenitores, defendem a manutenção da residência junto da mãe, apresentando um parecer desfavorável ao pedido de alteração das responsabilidades parentais solicitado pelo pai de residência partilhada. As avaliações psicológicas e psiquiátricas apontam, por sua vez, para a inexistência de “indicadores de psicopatologia que justifiquem doença do foro psiquiátrico nesta avaliação ou que possam inibir o exercício da competência parental” sem que se pronunciem sobre qual o regime de regulação mais adequado (Avaliação psicológica e psiquiátrica da mãe, processo 150). Na sentença ambos os meios de prova são considerados e os/as magistrados/as confirmam o parecer dos relatórios sociais, fixando a residência da criança junto da mãe e aumentando o tempo de convívio com o pai.

(...) Também foram considerados os relatórios sociais juntos a fls. 223 a 240 e 323 a 326, no que respeita aos pontos 3 a 7 dos factos provados, em

articulação com o documento de fls. 998-999 (registo de avaliação da Ana no 1o ano de escolaridade, no ano lectivo de 2013/2014), com o depoimento do avô materno da Ana, a testemunha António (quanto ao meio utilizado pelos progenitores para comunicarem entre si) e com os documentos de fls. 25 a 33 e 273 a 283 (quanto às queixas apresentadas). Relativamente ao ponto 14, consideraram-se os relatórios de avaliação psicológica e psiquiátrica de fls. 751-759 e 782-790. (...) (Sentença, Processo 150)

Este é um exemplo da importância, não só da concordância entre os diferentes meios de prova, mas, também do tipo de informações veiculadas pelas perícias para o seu impacto no processo judicial. Como foi observado, e de acordo com Castel (1991), as perícias que qualificam ou legitimam certos comportamentos e desqualificam outros e constroem um universo relacional marcado por proibições, condutas prescritas e espaços de liberdade vigiada (ou seja, detentoras de informação de carácter generalista ou contextual), tendem a ser instituintes ou vinculativas, ao contrário das perícias estritamente técnicas, em que o/a perito/a mantém uma relação de exterioridade quanto à problemática e as informações produzidas ficam subordinadas ao poder de julgar, que reserva em princípio a sua autonomia.

Note-se que, neste processo, enquanto os relatórios sociais são considerados para provar diversos factos (do 3 ao 7), os de avaliação psicológica são utilizados apenas para o facto 14 “Nenhum dos progenitores da Ana apresenta patologias da personalidade, nem alterações psiquiátricas” (Sentença, Processo 150).

Para além da consistência entre a decisão judicial e as recomendações observa-se ainda uma consistência/correspondência entre a linguagem e expressões utilizadas nas promoções do Ministério Público e nas sentenças judiciais e as perícias judiciais, à semelhança do estudo de Machado (2008) que dava conta não só da concordância entre as conclusões emitidas na perícia da UCPJ e decisão judicial constante dos acórdãos, como da transcrição de excertos da perícia para o acórdão na fundamentação da perícia. A argumentação apresentada pelo Ministério Público e os factos que são dados como provados na sentença judicial e servem de sustentação à decisão são muitas vezes decalcados das perícias judiciais, fazendo-se uma transposição das informações constantes dos relatórios periciais, sobre os diferentes aspetos, como é possível observar no quadro 35 (processo 147).

Quadro 35 – Excertos de Relatório Social e Sentença do processo 147

| Relatório Social da Mãe | Sentença (Factos provados) |
|---|---|
| <p>Antecedentes</p> <p>Rita viveu em união de facto com Rui, na casa da avó deste, tendo o casal duas filhas, Rafaela e Renata, que contam respetivamente 3 e 1 ano de idade. Na sequência de conflitos entre o casal na vivência da conjugalidade, Rita abandonou a casa de morada de família na companhia de Rafaela e já grávida de Renata e com orientação Institucional foi acolhida na Comunidade Juvenil (...) onde permaneceu cerca de 7 meses, de junho de 2012 a janeiro de 2013. A 27 de janeiro de 2013 reintegrou o agregado familiar da bisavó paterna das filhas, em casa de quem se encontra a viver com as mesmas, uma vez que Rui se autonomizou entretanto, através da constituição de agregado familiar com nova companheira. (...)</p> | <p>2 - Os pais da menor viveram em união de facto em casa da avó do requerido, (...), tendo o casal duas filhas, Rafaela e Renata, respectivamente, de 3 e 1 ano de idade;</p> <p>3 - Na sequência de conflitos entre o casal, a requerida abandonou a casa de morada de família acompanhada da menor Rafaela e, já grávida da Renata, com orientação institucional, foi acolhida na Comunidade Juvenil (...), onde permaneceu cerca de 7 meses, de junho de 2012 a janeiro de 2013;</p> <p>4 - A 27 de janeiro de 2013, a requerida reintegrou o agregado da bisavó paterna das filhas, em casa de quem se encontra a viver com as mesmas, uma vez que o requerido se autonomizou entretanto, através da constituição de agregado familiar com nova companheira;</p> |
| <p>2.2. Situação Laboral e Económica</p> <p>Rita nunca exerceu atividade profissional, encontrando-se a aguardar ser chamada pelo IEFP para a frequência de um curso de formação profissional. Beneficiou de rendimento social de inserção até março de 2013, encontrando-se esta prestação suspensa desde essa data por falta de apresentação dos documentos necessários à renovação do processo, situação que se encontra já a ser tratada. Até outubro de 2013 beneficiou do montante de 232,416 de abono de família, prestação que neste momento é de 127,416. (...)</p> | <p>(...)</p> <p>6 - A requerida nunca exerceu actividade profissional, aguardando ser chamada pelo IEFP para frequentar um curso de formação profissional;</p> <p>7 - Já foi beneficiária de RSI até março de 2013, o qual foi suspenso por falta de apresentação dos documentos necessários, dispondo do valor do abono de família, no montante de € 127,41;</p> |
| <p>2.3. Características Individuais e Relacionais no Exercício da Parentalidade (...) Rita demonstra ainda imaturidade, encontrando-se ainda muito direcionada para a vivência da juventude. É afectuosa com as filhas, mas interage com elas como se de irmãs mais novas se tratassem. (...) Rita deseja manter o estatuto de progenitor guardião, mas expressa vontade de facilitar e encorajar uma relação próxima e contínua entre as filhas e Rui.</p> | <p>9 - A requerida demonstra ainda imaturidade, sendo afectuosa com as filhas, mas interagindo com elas como se de irmãs mais novas se tratassem;</p> <p>10 - As competências necessárias à execução adequada dos cuidados parentais, só foram asseguradas devidamente com a retaguarda prestada pela avó do requerido e pelos funcionários do Centro de Apoio Juvenil, onde esteve acolhida</p> <p>11-0 melhor desempenho das competências parentais pela requerida, deve-se à necessária orientação e apoio por parte da bisavó da menor;</p> |
| <p>4. Avaliação das Competências para o Exercício da Parentalidade</p> <p>Rita carece ainda de orientação com vista ao pleno desenvolvimento de competências para o exercício de uma parentalidade responsável e adequada, mas com retaguarda institucional e de Raquel tem vindo a garantir o bem-estar das filhas. O clima relacional entre progenitores é presentemente propício ao estabelecimento do diálogo necessário à partilha das responsabilidades parentais, revelando-se Rita acessível e disponível para articular com Rui as decisões de particular importância para a vida das filhas comuns, bem assim como para cumprir a decisão judicial no que respeita à partilha do tempo da menor entre ambos.</p> | <p>13 - Presentemente, a dinâmica relacional entre os requeridos sofreu evolução positiva, sendo favorável ao diálogo e partilha das responsabilidades parentais, pretendendo a requerida manter o estatuto de progenitor guardião, mas expressando vontade de facilitar e encorajar uma relação próxima e contínua entre as filhas e o requerido;</p> <p>14 - Sendo a progenitora quem presta os cuidados básicos com orientação e retaguarda da bisavó paterna das filhas, mantendo estas convívio regular com o progenitor, que as visita em casa com relativa assiduidade;</p> |

Em suma, da análise das perícias judiciárias e das sentenças conclui-se que no conjunto das perícias judiciárias são os relatórios sociais que assumem um maior impacto sobre as decisões judiciais. Em contexto de entrevista, um/a dos/as técnicos/as da EMAT afirmou mesmo que só teve um caso em que os/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais discordaram da recomendação apresentada, desde que trabalha naquela equipa:

E2: Pela experiência que nós temos, as decisões que vêm consubstanciam efetivamente tudo aquilo que nós dizíamos já em relatórios. Mesmo antes da nova lei, todas as nossas sugestões são aceites, normalmente têm sido aceites, salvo raras exceções. Muito raras, aliás se for ver os nossos relatórios e os despachos vê que de facto há coincidência...

E3: Sim, nós sentimos que são muito bem aceites. Às vezes as decisões até em Relação, transcrevem muitas partes do que foi escrito. (...)

E2: Mas as decisões que vêm, se for comparar, o que vem no nosso relatório, vem na decisão. É aceite. Eu só me lembro nestes anos todos, tive uma divergência (...), relativamente à aplicação de uma residência alternada. Eu entendi que não havia condições e a senhora procuradora entendeu que sim que se avançava para isso (...). Mas como lhe digo são raríssimas as exceções porque a maioria das decisões são consonantes com os nossos relatórios. Eu diria 99,9%. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

A influência dos relatórios sociais é, por um lado, indissociável do facto de muitas vezes estes serem a única prova pericial, em sentido sociológico, mas também do tipo de informação que contém, informação contextual e processual, incluindo na maioria das vezes recomendações quanto ao regime, como observado no capítulo anterior. E, por outro lado, da relação que magistrados/as judiciais e do Ministério Público e técnicos/as da EMAT estabelecem entre si. Como defende Pierre Guibentif (2007), o direito deve ser analisado não só da perspectiva das “instâncias”, como também do “agir”, ou seja, do ponto de vista das relações de solidariedade ou de oposição que os sujeitos ou atores estabelecem entre si. Ora, as entrevistas revelam uma relação de grande proximidade e solidariedade entre os/as magistrados/as judiciais e do Ministério Público da secção de família e menores e a EMAT, cuja atuação é mesmo enaltecida, por comparação a equipas de outras regiões, relatando a existência de reuniões e de um contacto informal entre magistrados/as e peritos/as.

São pessoas que já conhecemos há muitos anos, (...) e de facto tem-se criado um bom relacionamento entre as duas instituições. As reuniões que vamos fazendo também facilitam o convívio e o conhecimento dos técnicos. E da minha parte, eu estou sempre disponível para ser contactado a toda a hora, desde que esteja no gabinete, telefonicamente, para porem alguma dúvida, aliás têm o meu número direto. (...) Eu também tenho o número de telefone deles, ligo diretamente para lá, ponho questões, faço perguntas, tudo o que possa ter utilidade para uma decisão

que estou a tomar na hora. Eles vêm cá, se querem falar comigo, telefonam perguntam se podem cá vir, vêm aqui. Entram no gabinete põem questões. (Entrevista Magistrado do Ministério Público 2)

Ao contrário até de outras equipas da segurança social aí pelo país fora que para além de nos demorarem muito tempo, estou-me a lembrar por exemplo da equipa de uma comarca limítrofe... (...) Tínhamos poucos processos, mas tínhamos alguns. E realmente a prática era completamente distinta. A segurança que sentíamos em relação aos técnicos era completamente distinta. Eu pelo menos... Não estou a dizer mal das pessoas, mas não sei... se eu aqui confio. Uma pessoa também é na base da confiança, afinal são os técnicos que trazem os factos e nós não podemos dizer que para uns serve e para outros por em causa. Ou aceitamos por princípio ou então desconfiamos por princípio. Eu ali achava que havia muita coisa a melhorar, mas pronto como com a equipa tínhamos 2 ou 3 casos, servia como contraponto quanto muito para melhorar a equipa com quem trabalhamos regularmente. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

E2: (...) E a nossa relação com o tribunal penso que não tem levantado dificuldades e sempre que nós achamos pertinente até ir falar e sermos ouvidos individualmente muitas vezes antes das famílias, depois a intervenção pode ser condicionada, e de um modo geral temos magistrados recetivos e cooperantes connosco. Não temos grande problema.

E3: Sim, sempre que nós alertamos e dizemos “eu estou aqui com uma situação que é difícil e gostava de falar previamente e de refletirmos”... ainda a semana passada eu tive uma situação dessas e fui falar com o senhor Juiz. Sexta-feira telefonei à senhora Procuradora também por causa de outra situação. (Entrevista Técnicos/as da EMAT)

O que corrobora a conclusão de Laurence Dumoulin (2007) que defende que num processo judicial a perícia ou discurso que é aceite como verdadeiro depende também, e entre outros fatores, da relação que une magistrado/a a perito/a. Em Portugal, as relações de confiança e oposição que os atores estabelecem entre si – a dimensão do “agir” (Guibentif, 2007) – assumem particular importância no contexto do que Boaventura de Sousa Santos designou de Estado paralelo, ou seja, da discrepância mais ou menos pronunciada entre os quadros legais e as práticas sociais, entre o que dizem a lei e o Estado, enquanto aplicador formal da lei, e o que ocorre na realidade por omissão, conivência ou tolerância do Estado, quando não por iniciativa do próprio Estado (Santos, 1990). Pelo que outros estudos portugueses apresentam conclusões semelhantes, como o coordenado por Sílvia Portugal sobre a deficiência, que realça a importância das relações pessoais na organização do sistema de proteção – a pessoalização dos sistemas: a organização do sistema de proteção apresenta tantas falhas que os seus resultados decorrem, em grande parte, das características individuais dos atores sociais envolvidos (Portugal *et al.*, 2010, p. 164).

Para concluir, os relatórios sociais assumem-se mais frequentemente como recursos vinculativos da decisão do que outro tipo de perícias judiciais, como os relatórios de

avaliação psicológica e psiquiátrica ou mesmo os de avaliação das competências parentais, devido, essencialmente, a três fatores: por serem muitas vezes os únicos meios de prova, por assumirem características de perícias instituintes, incluindo recomendações e sugestões, quanto ao processo e decisão judiciais, e pela relação de proximidade e confiança estabelecida entre magistrados/as e os peritos/as da EMAT.

Conclusão

A análise desenvolvida no presente capítulo sobre os meios de prova usados na fundamentação das sentenças e a relação entre o discurso pericial e o discurso judicial (promoções, decisões judiciais e sentenças) pode ser sintetizada em cinco grandes conclusões. Em primeiro lugar, nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, os meios de prova pericial, em sentido sociológico, assumem um papel preponderante tanto em termos quantitativos, como qualitativos, quando comparados com outros meios de prova. Por um lado, todas as sentenças incluem perícias judiciárias, em especial relatórios sociais, como meios de prova. Por outro lado, os meios de prova testemunhal, designadamente, os depoimentos das partes e das suas testemunhas, são desvalorizados pelos magistrados e magistradas judiciais e do Ministério Público face aos meios de prova pericial (oficiais), caracterizados como “neutrais e objetivos”. Entre os meios de prova periciais destacam-se, em termos quantitativos, os relatórios sociais, que são, por força da lei, considerados em todas as sentenças para formar a convicção, existindo mesmo sentenças em que são os únicos meios de prova, a par do assento de nascimento. Sendo de salientar que, nos poucos processos em que as partes juntam perícias, de acordo com a liberdade de apreciação dos/as magistrados/as, estas não são consideradas meios de prova para a fundamentação da decisão. Tanto as perícias juntas pelas partes como os depoimentos e testemunhos são considerados parciais.

Em segundo lugar, o presente capítulo revela que os diferentes tipos de perícia judiciária têm impactos heterógenos na decisão judicial, no pronunciamento do julgamento, podendo ser recursos estratégicos ou vinculativos, mas também recursos negligenciados, em função de diferentes fatores. Uma perícia judiciária tende a ser vinculativa quando é solicitada pelo tribunal (e não junta pelas partes), a uma entidade representada como “credível” e com quem os/as magistrados/as têm laços de

confiança, não existem outros meios de prova ou quando existem, em particular, os periciais, estes apresentam conclusões e recomendações consistentes entre si, e mais do que informações técnicas disponibiliza informações generalistas ou contextuais e recomendações – relatórios sociais. Pelo contrário, uma perícia judiciária tende a ser um recurso inútil, que é desvalorizado pelos/as magistrados/as na formação da convicção, quando é junta pelas partes apresenta um cariz estritamente técnico ou não contribui com informações novas para a construção da decisão judicial (testemunho pericial). As perícias judiciárias, que são consideradas um recurso inútil são simultaneamente as menos solicitadas, seja pelo seu cariz primordialmente técnico, seja, no caso dos testemunhos, por não trazerem informação nova em relação ao relatório pericial.

Porém, e em terceiro lugar, a análise dos processos tutelares cíveis da amostra permite concluir que, apesar do/a magistrado/a ter livre investigação e apreciação de prova, as perícias judiciárias, sobretudo as mais comuns, impõem-se em geral ao juiz ou à juíza, assumindo-se como recursos vinculativos, privando-o ou condicionando pelo menos em parte, da sua margem de manobra, em especial quando são o único recurso pericial existente, assumindo um papel decisivo no pronunciamento de um juízo, ou seja, no processo e decisão judicial (Dumoulin, 2000, 2007; Castel, 1991).

Em quarto lugar, as perícias judiciárias assumem um papel determinante não só na decisão judicial, como sugere a literatura, como na condução de todo o processo judicial, desde os atos processuais, passando pela realização de outras perícias, até à homologação de acordo entre os progenitores ou formação de uma decisão judicial. O que é perceptível na quase inexistência de promoções ou decisões judiciais, antes da realização e receção das perícias judiciárias, nomeadamente, os relatórios sociais, na legitimação judicial das sugestões dos/as peritos/as quanto à realização de diferentes atos processuais e, em especial, de perícias e na obtenção de acordos entre os progenitores.

Por fim, a análise revela, ainda, a prevalência de conceções tradicionais no que respeita à família, maternidade e paternidade na avaliação das perícias judiciárias e na tomada de decisão, designadamente em processos em que as perícias apresentavam conclusões díspares entre si. Com efeito, nos quatro processos em que os/as magistrados/as não seguiram de forma estrita as recomendações das perícias, estes optaram por fixar a guarda junto da mãe (em vez de guardas partilhadas) ou junto dos

avós, em vez do pai, partindo do pressuposto de género que os pais não são tão competentes nem estão tão disponíveis como a mãe (ou uma avó) para o envolvimento parental com os/as filhos/as. Nestes processos, as perícias são fontes de argumentos, que magistrados e magistradas selecionam e utilizam estrategicamente de acordo com as suas próprias convicções, em que magistrados e magistradas reafirmam (e recuperam) o seu poder de decisão e liberdade de apreciação da prova. No capítulo seguinte procura-se aprofundar a discussão sobre o discurso judicial (e pericial) enquanto discurso que (re)constrói identidades de género, assentes em conceções tradicionais reformuladas de maternidade, paternidade e família.

Capítulo 6

Mãe e Pai: identidades de género negociadas e (re)construídas em tribunal

Introdução

O presente capítulo parte da conceção do direito enquanto prática discursiva que (re)produz as identidades e desigualdades de género (Smart, 1999), procurando questionar a neutralidade e objetividade do discurso judicial (e pericial). Mas, também, de uma conceção do direito enquanto espaço de luta discursiva e identitária, que (re)constrói de forma complexa, e nem sempre uniforme, as identidades de género relacionadas com a maternidade e a paternidade (Kapur, 2006; Chunn e Lacombe, 2000; Smart, 1999). Sendo que nos processos tutelares cíveis de regulação, alteração, limitação e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais o direito não opera de modo isolado, socorrendo-se, à semelhança do que acontece na investigação judicial da paternidade estudada por Helena Machado (2004), de uma diversidade de práticas e discursos inter-relacionados com outros poderes e saberes, os discursos periciais.

A análise debruça-se sobre dois objetos: em primeiro lugar, atentar-se-á nas motivações subjacentes aos processos tutelares cíveis relativos ao exercício das responsabilidades parentais; em segundo lugar, discutir-se-á em que medida conceções dominantes de família e género influenciam perícias e decisões judiciais nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

1 Por que motivo vão as famílias a tribunal?

Os motivos que levam as partes a instaurar um processo tutelar cível relativo às responsabilidades parentais (ou a dirigir-se ao Ministério Público) emergem no discurso não só de advogados/as e partes, nas alegações e requerimentos, mas também

nos relatórios periciais, em especial nos relatórios sociais da EMAT. Em termos gerais, podem dividir-se as motivações em três tipos não excludentes: acesso à(s) criança(s) (convívios e guarda/residência); patrimonial (pensão alimentar); e certificação administrativa (apoios sociais e/ou legalização).¹⁵⁶

Quadro 36 - Espécie de processo por motivo de instauração

| | Motivos | Espécie de processo ¹⁵⁷ | | | | Total | |
|-----------------------------|--------------------------------|------------------------------------|----------|----------|-----------|-----------|------------|
| | | ARP | IRP | LRP | RRP | N | % |
| Acesso | Acesso (Guarda e/ou Convívios) | 9 | 5 | 1 | 8 | 23 | 42,6 |
| | Acesso e Pensão Alimentar | 2 | 0 | 0 | 10 | 12 | 22,2 |
| Patrimonial | Pensão Alimentar | 1 | 0 | 0 | 5 | 6 | 11,1 |
| Certificação administrativa | Acesso e Proteção social | 0 | 0 | 1 | 2 | 3 | 5,6 |
| | Legalização - Documentação | 0 | 0 | 0 | 3 | 3 | 7,4 |
| | Legalização - Proteção Social | 0 | 0 | 0 | 7 | 7 | 11,1 |
| Total | | 12 | 5 | 2 | 35 | 54 | 100 |

No quadro 36 observa-se uma prevalência das questões relacionadas com o acesso às crianças, entre os motivos para a instauração dos processos de regulação, alteração, incumprimento ou limitação do exercício das responsabilidades parentais. A leitura deste quadro deve, porém, ter em conta a opção tomada na construção da amostra de excluir os processos de incumprimento e alteração relativos exclusivamente à pensão de alimentos, o que pode justificar o peso superior dos motivos relacionados com o acesso à(s) criança(s). Na verdade, os dados disponíveis a nível nacional apontam, como referido no capítulo 1, para um aumento dos processos de incumprimento e de alteração das responsabilidades parentais relacionados com alimentos a menores, associado também ao momento de crise económica e financeira e das políticas austeritárias que o país atravessou (APIPDF, 2014; Pedroso *et al.*, 2012).¹⁵⁸

¹⁵⁶ Para a categorização dos motivos consultaram-se as petições iniciais, as atas de conferência e os relatórios sociais onde são identificadas claramente as motivações dos requerentes para a abertura do processo ou/e os aspetos em que não conseguem chegar a acordo. Consideraram-se questões de acesso os conflitos pela obtenção da guarda exclusiva ou partilhada da criança e/ou o aumento ou limitação do tempo de convívio.

¹⁵⁷ ARP - processo de alteração do exercício das responsabilidades parentais; IRP - processo de incumprimento do exercício das responsabilidades parentais; LRP - processo de limitação do exercício das responsabilidades parentais; RRP - processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais.

¹⁵⁸ Dos dados disponíveis por espécie de processo, entre 2011 e 2013, é de salientar que enquanto o número de ações de regulação das responsabilidades parentais se mantém praticamente inalterado, o

1.1 Acesso à(s) criança(s)

Nos processos de regulação, alteração, limitação e incumprimento do exercício das responsabilidades parentais que visam regular o acesso à(s) criança(s) os progenitores assumem posições distintas quanto à fixação da residência principal da criança e/ou o regime de convívios, sendo que a determinação da pensão alimentar decorre da fixação da residência pelo que as duas questões surgem muitas vezes associadas.

Estes processos revelam a competição afetiva, simbólica, prática e identitária entre o casal em relação aos/às filhos/as, indo ao encontro da hipótese de que a criança se tornou no casal um objeto de jogos de poder gendricados, em especial após a separação, avançada por autores como Beck e Beck-Gernsheim (2005). Contudo, como defendem Neale e Smart (1997), as disputas judiciais sobre o acesso às crianças podem ser também uma consequência inevitável da transformação legal que dá aos pais o ímpeto de se envolverem num conflito que antes pareceria infrutífero, ao consagrar a igualdade de direitos para mães e pais e o princípio da manutenção dos laços da criança com ambos os pais depois da separação, como revela a seguinte entrevista com um magistrado judicial:

Aquela lei de 2008, a lei 61 de 2008 que também alterou o regime do divórcio veio trazer uma mudança completa do paradigma. Antigamente quem ficava com a guarda tinha as responsabilidades parentais, o poder paternal, era pacífico, a partir daí passou a ser a regra das responsabilidades partilhadas. (...) Presumia-se que a guarda era entregue à mãe e mais do que isso só era possível haver guarda alternada se fosse por acordo. Só por acordo e o tribunal nem sequer podia impor. (...) Agora tenho outro caso para decisão em que o pai trabalha em Angola e a Mãe vive cá e quer guarda alternada ao mês, porque ele vai um mês para Angola, vem um mês para cá, e durante o mês que está cá quer ficar com a guarda. (...) Mas são situações que são novas e que se calhar a nova lei também propiciou. (Entrevista Magistrado Judicial 1)

De um modo geral, nos processos de regulação e alteração das responsabilidades parentais os pais-homens procuram estabelecer a residência alternada das crianças ou (caso não seja possível a residência) aumentar o tempo de convívio com os/as filhos/as. Já nos processos de incumprimento, em geral, os pais-homens (embora existam dois casos de mães-mulheres) procuram assegurar o cumprimento dos tempos

número de ações de alteração e incumprimento das responsabilidades parentais regista um aumento de 18%, passando de 18.396, em 2011, para 21.765, em 2013. Ora, de acordo com Pedroso *et al.* (2012), os alimentos a menores são responsáveis por grande parte da conflitualidade nos processos de incumprimento e de alteração das responsabilidades parentais. O aumento dos processos de incumprimento reflete-se também no aumento das transferências do Orçamento de Estado para o Fundo de Garantia dos Alimentos Devidos a Menores (FAGDM) e dos beneficiários deste fundo, que assegura o pagamento das prestações da pensão de alimentos em substituição do progenitor faltoso, no caso de incumprimento desta obrigação.

de convívio com os/as filhos/as.¹⁵⁹ Neste contexto, as abordagens da divisão do poder parental são úteis para perceber quer as dinâmicas de “liderança” e de “resistência” feminina e masculina à partilha de papéis e identidades tradicionais na família, quer de “apropriação masculina” (Fagan e Barnett, 2003; Gatrell, 2007; Marinho, 2011; Modak e Palazzo, 2002). As relações parentais e as identidades de género são produzidas e negociadas não só no dia a dia familiar, mas também nos tribunais nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais em que há uma competição masculina pelo laço afetivo com a criança e pelos papéis e competências parentais tradicionalmente esperados da mulher e uma resistência por parte das mulheres-mães (Collier e Sheldon, 2008). Tome-se como referência os três exemplos que se seguem.

No processo seguinte de regulação das responsabilidades parentais, Vicente, o pai pede a fixação da residência alternada, em consonância com o que foi estabelecido no regime provisório, enquanto a mãe pretende que a residência seja fixada junto de si, com um regime de convívios alargados com o pai. Vicente que delegou na mãe a maioria das funções de cuidado durante o casamento, recorre, então, ao tribunal para reconstruir o seu papel no cuidado dos filhos após a separação:

Relativamente ao pai, é referenciado que este, numa fase inicial, delegou na mãe todos os cuidados para com o Vasco tanto ao nível escolar como de saúde (...). O pai não era uma figura presente durante o processo de avaliação/acompanhamento do Vasco. Só aparecia quando solicitado. Depois da desagregação familiar o pai começou a ter uma postura participada e de envolvimento na vida do filho (...). (Relatório social da mãe, processo 111)

Dos indicadores recolhidos para avaliação regista-se que, Vicente se apresenta como um pai interessado e atento aos seus filhos, tendo vindo, desde a desagregação familiar, a adaptar as suas rotinas, designadamente o seu horário profissional em função das necessidades deles. (Relatório social do pai, processo 111)

O relatório social relativo a Vitória, mãe do Vasco, dá conta da resistência da mãe:

¹⁵⁹ Como nestes dois exemplos:

Desde o ano de 2010 que a requerente não consegue visitar e estar - um minuto que seja! - com os seus filhos. Em face do exposto, é-lhe de todo impossível exercer os direitos/deveres que, enquanto mãe, lhe são legalmente reconhecidos, maxime o direito/dever de poder visitar e privar com os seus filhos menores. Verificando-se, in casu, o incumprimento repetido, deliberado e injustificado por parte do requerido do que ficou decidido na sentença proferida nos autos principais quanto ao direito de visita. (Petição inicial, Processo 121)

Dada a palavra à Ilustre Mandatária do requerente, a mesma disse que as questões que levaram à instauração do presente processo mantêm-se. Pretendendo o requerido que o acordo de regulação das responsabilidades parentais estabelecido seja cumprido. Há mais de três meses que este não está com a filha. Em 2009 não passou o Natal com a filha, em 2010 não passou a Páscoa, nem as Férias de verão. (Ata de Conferência de Pais, Processo 132)

Relativamente à matéria em análise, e concretamente à reorganização do tempo dos filhos, vertente da parentalidade onde se centra o principal desacordo, num primeiro momento, Vitória discorda da residência alternada, uma semana em casa da mãe outra em casa do pai, por entender que não será a situação mais estável para os filhos, em especial para o Vasco. A este propósito releva como pontos negativos que existem diferentes orientações educativas, e alterações de rotinas de uma casa para a outra, situação que considera não ser benéfico. Assinala também como aspeto importante o facto de dispor de maior disponibilidade de tempo para se dedicar aos filhos e estar mais próxima do Vasco, acompanhando-o, em contraponto com o pai, cujo horário de trabalho não lhe permite, já que, por vezes, tem que se deslocar para fora [do concelho de residência]. (Relatório social da mãe, processo 111)

No processo seguinte o pai, descontente com a regulação das responsabilidades parentais estabelecida inicialmente por acordo, no âmbito do processo de divórcio, que definiu a guarda e residência da filha junto da mãe e o direito de visitas quinzenais aos fins de semana, com pernoita, requer a guarda alternada, procurando aumentar a sua participação na vida da filha.

No entanto, o progenitor vem requerer alteração do regime ora fixado, por considerar insuficientes os tempos de convívio que mantém com a filha, requerendo uma guarda conjunta/partilhada, situação que a requerida rejeita de imediato. Este desacordo tem-se revelado bastante problemático, na medida em que não tem sido possível estabelecer uma base sólida de comunicação entre as partes o que precipitou o presente processo judicial. (Relatório Social da EMAT, Processo 101)

Assim, os conflitos em torno do acesso às crianças são indissociáveis, por um lado, do facto das crianças se terem tornado reduto afetivo, de relação perene e indissolúvel, num contexto de crescente valorização dos laços afetivos e (consequente) fragilidade das relações amorosas, (Beck, 2005; Théry, 2001; Cunha, 2007). E, por outro lado, da forma tradicional de organização da guarda parental, após o divórcio, caracterizada pela atribuição da guarda da criança à mãe, se ter tornado menos atrativa para os homens, com o afastamento dos papéis tradicionais de género e a redistribuição das oportunidades e encargos (Beck, 2005). Em Portugal, se a manutenção na esfera da família, das desigualdades entre homens e mulheres é indubitável, é certo que também se evidencia um movimento de entrada dos homens no universo da produção doméstica e parental (Wall, Aboim e Marinho, 2010), patente nos processos que revelam modelos de paternidade mais participada pré e pós-rutina familiar, e no discurso dos/as magistrados/as entrevistados/as:

Em seguida, a Exma. Juiz passou a ouvir os presentes, em declarações. Patrício e Paula, no restante já identificados nos autos. Inquiridos disseram:- Por ambos foi dito que enquanto viveram juntos o Pedro era levado para o infantário de manhã pelo pai, sendo este que habitualmente o ia buscar ao infantário entre as 16:30 e as 17:00 horas. (...) Geralmente o pai ficava com os filhos até a mãe chegar a casa, excepto nos dias em

que a mãe fazia serviço nocturno, o que sucedia em média 5 vezes por mês, ocasiões estas em que o Paulo ia para casa da empregada pernoitar. Assim, fora esses dias de serviço nocturno, a progenitora, em média duas vezes por semana, ia buscar o Pedro ao infantário; nos restantes chegava a casa depois de eles estarem deitados. Nestes dias o pai dava-lhe o jantar e punha-os a dormir. O banho das crianças era dado na presença do pai sempre que este se encontrava em casa. (Ata de conferência dos pais, Processo 119).

Outra questão é que cada vez são mais os pais que querem estar presentes na vida dos filhos, pais-homens, nota-se uma vontade maior... Uma vontade real, que era uma coisa que eu não notava há uns anos, e hoje em dia se nota. Uma vontade muito grande de participar, de integrar, de acompanhar o percurso quotidiano dos filhos, de cuidar, e nota-se que há muitos pais-homens que sabem cuidar, que se lhes pergunta e sabem fazer, sabem como é que hão de cuidar de crianças pequeninas. E, portanto, eu acho que isso é positivo e é uma mudança que não se via há uns anos atrás. Há uns anos atrás tínhamos aquele pai passivo que delegava na mãe, as tarefas... (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Contudo, e à semelhança do estudo realizado por Bren Neale e Carol Smart (1997), que concluiu que os pais pareciam efetivamente querer as crianças a viver com eles depois do divórcio, sobretudo quando tinham uma relação menos estável com o mercado de trabalho, a amostra inclui processos em que o pedido de guarda partilhada emerge na sequência do desemprego do pai, de que é exemplo o processo seguinte:

O Requerente na impossibilidade de fazer face às suas despesas, designadamente com os alimentos previstos no acordo de regulação, dada a inexistência de rendimentos, teve que recorrer a fundo de desemprego da Segurança Social. (...) E naturalmente que, mesmo reduzindo ao máximo todas as despesas, o Requerido tem tido muitas dificuldades económicas. (...) Face ao exposto vem-se requerer que o acordo de regulação do poder paternal homologado seja alterado nos seguintes termos: Art.º I o Os Menores ficam confiados à guarda do pai e da mãe, que exercem conjuntamente o poder paternal. (...) Art.º 8o A mãe contribui a título de alimentos aos menores com a quantia mensal de € 300,00, sendo cento e cinquenta euros para alimentos a cada um dos menores. (Petição inicial, Processo 141)

Num contexto de crise económica e crescimento das situações de desemprego, não surpreende que aumentem os conflitos judicializados em torno da guarda da(s) criança(s), associados a questões patrimoniais, como forma de diminuir ou eliminar a pensão de alimentos, como no exemplo seguinte:

O presente processo tutelar cível tem como principal questão a separar as partes o montante da prestação de alimentos. O requerente cumpre desde Novembro de 2011, o pagamento de uma quantia de prestação de alimentos inferior á estipulada na decisão judicial de Outubro de 2010. (...)

Como argumento principal para a alteração do valor referenciado, o requerente declara que o regime parental efectivo desde a separação definitiva em Outubro de 2010, tem sido a guarda partilhada, pelo que ambos os progenitores estão habitualmente o mesmo tempo com a Filipa, embora a morada oficial da menor tivesse sido fixada junto da requerida. Esta justificação é rejeitada pela requerida, referindo que o ex-cônjuge

como delegado comercial passa períodos consideráveis fora [do concelho de residência], pelo que um regime de guarda partilhada não será possível de colocar em prática e que por outro lado a menor necessitaria de passar mais tempo consigo. (Relatório Social da EMAT, Processo 145)

Neste sentido, Sottomayor (2011) defende que os homens só excecionalmente pedem a guarda dos/as filhos/as, e, mesmo quando o fazem, nem sempre tal significa uma vontade real de ficar com os filhos/as, mas uma estratégia para obter vantagens económicas ou não pagar alimentos, o que é corroborado por uma das magistradas entrevistadas:

(...) há mais casos de pais que querem participar, que reclamam até residências alternadas. (...) Mas (...) muitos ou alguns também chegamos à conclusão de que o fazem para não pagar pensão de alimentos. (Entrevista Magistrada Judicial 3)

De acordo com Bartlett e Stack (1986, p. 13), na sequência das transformações legais, as mulheres que desejam manter a guarda dos/as filhos/as ficam mais vulneráveis, optando pela guarda dos/as filhos/as, em detrimento das questões patrimoniais. Sottomayor (2011) defende, assim, que o tribunal deve assumir um dever de proteção das crianças, como parte mais fraca dentro da família, mas também um dever de proteção dos cônjuges, sobretudo, daquele que fica com a guarda do/a filho/a e que, normalmente, é a mulher, mais desfavorecida economicamente e mais sujeita a chantagens, pois, em regra, não considera, diferentemente dos homens, a guarda do/a filho/a como uma questão negociável.

Na análise do recurso aos tribunais pelas famílias importa considerar não só os processos de reconfiguração da divisão tradicional de género e os consequentes jogos de poder gendrificadas (Beck, 2005; Fagan e Barnett, 2003; Marinho, 2011), mas também outros fatores exógenos, como a crise económica e política austeritária, e mesmo endógenos ao sistema judicial, como a transformação da lei, que potenciam a judicialização dos conflitos relacionados com a regulação do exercício das responsabilidades parentais.

1.2 Patrimonial

A importância que a fixação da pensão alimentar tem para a mobilização da justiça de família e menores não pode ser dissociada do contexto de crise económica e políticas austeritárias que afetam Portugal, desde 2008. As situações de desemprego súbito ou prolongado e/ou agravamento das condições socioeconómicas das famílias, a par da diminuição dos apoios às crianças e às famílias, com as reduções das transferências

sociais nos anos de crise constituem-se em fator determinante para o aumento do risco de pobreza, sendo que desde o início da crise, o fosso entre os agregados familiares com e sem crianças dependentes tem vindo a aumentar (UNICEF, 2013: 14). Assim, e embora as motivações de cariz patrimonial estivessem presentes antes da crise, esta veio agravar a situação, quer pelo deterioramento das condições sociais, quer pelas medidas que reduziram ou dificultaram o acesso a mecanismos de proteção social (Hespanha, Ferreira e Pacheco, 2014; Reis, 2014).

Vejam-se os seguintes exemplos, o primeiro de um processo de regulação das responsabilidades parentais intentado pelo Ministério Público, a pedido da mãe, cuja principal motivação é a fixação da pensão alimentar a pagar pelo pai, que regressou ao país de onde era natural, para trabalhar, deixando de participar nas despesas dos/as filhos/as. Neste processo, a mãe, desempregada e a frequentar um curso de formação profissional, com direito a bolsa (no valor de 250 euros), constitui uma família monoparental, com os três filhos menores e os dois maiores:

Em Abril de 2013, o requerido terá informado a companheira da sua intenção de regressar [ao seu país de origem] (...). Não participa nas despesas dos filhos, alegando não possuir condições económicas para tal. (...)

A situação laboral (...) do agregado familiar, é bastante precária, não só pela fragilidade do contrato de trabalho de Isilda, como também pela carência de rendimentos que auferem para fazer face às despesas do quotidiano. Parecem-nos existir algumas repercussões na capacidade de prover às necessidades materiais e relacionais do agregado familiar no seu todo, que estão a ser colmatadas com o apoio da rede local, no caso concreto, da Cáritas Diocesana (...). O conflito que existe ao nível do cumprimento do pagamento da pensão de alimentos, por parte do requerido, poderá em nosso entender, responder às dificuldades apresentadas pelo agregado a esse nível. (Relatório Social Mãe, Processo 128)

Veja-se, ainda, o exemplo deste processo em que o pai, desde o nascimento do filho em 2009, nunca contribuiu para o seu sustento, mas só em 2012, na sequência da situação de desemprego prolongado da mãe, o Ministério Público vem intentar a ação.¹⁶⁰

Até à data, o pai da criança não a terá procurado nem lhe terá facultado qualquer apoio económico para o seu processo de crescimento. (...) O agregado familiar em que a criança se integra, mantém, ao que tudo indica, uma atitude empenhada em relação ao processo de crescimento do

¹⁶⁰ Note-se a prevalência dos casos de iniciativa do Ministério Público, corroborando os resultados do estudo de Pedroso *et al.* (2012) que aponta para uma prevalência das mães de estratos socioeconómicos mais baixos no recurso ao Ministério Público, no âmbito dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais.

Gabriel, com 4 anos e meio de idade. No entanto, denuncia algumas fragilidades relacionadas nomeadamente com a situação económica do agregado. A este nível foram indicadas falhas nos pagamentos de alguns dos encargos do agregado (...), nomeadamente nos compromissos relacionados com a vida escolar e o processo educativo das crianças. (Relatório Social da Mãe, Processo 127)

No processo seguinte de incumprimento das responsabilidades parentais intentado pela mãe, o pai justifica o incumprimento tanto da pensão alimentar, como das visitas, com a sua situação de desemprego.

O requerido caracteriza a atual situação económica como muito fragilizada e por sua vez impeditiva de assumir os seus compromissos, continuando no presente, segundo ele a depender economicamente do apoio que lhe é facultado por parte da família de origem. (...)

A presente situação de fragilidades económicas atualmente evidenciadas não lhe permitem participar economicamente a favor do descendente bem como tem dificultado também a sua deslocação para o ir buscar e levar aos fins de semana, referindo-nos ser esta a causa dos incumprimentos registados nos domínios da pensão de alimentos e dos tempos de partilha (visitas).” (Relatório Social da EMAT, Processo 138)

A fixação da pensão de alimentos nos processos de regulação das responsabilidades parentais é também decisiva para posteriormente aceder ao fundo de garantia de alimentos a menores. Este fundo assegura o pagamento das prestações da pensão de alimentos em substituição do progenitor faltoso, no caso de incumprimento desta obrigação, reconhecida judicialmente. Em alguns processos de regulação do exercício das responsabilidades parentais as partes procuram agilizar este processo, como no exemplo seguinte, procurando responder às necessidades económicas imediatas:

Requer também que, previamente à regulação das Responsabilidades Parentais, seja estabelecido um regime provisório de alimentos e de comparticipação nas despesas da menor por parte do requerido de modo a que face ao eventual incumprimento deste possa ser accionado o fundo de garantia dos alimentos devidos a menores, nos termos da previsão normativa constante da Lei n. 164/99 de 13 de Maio. (Alegações da Requerente, Processo 120)

Assim, as motivações subjacentes aos conflitos judiciais ilustram os conflitos de género emergentes, mas revelam também as desigualdades de género que prevalecem na sociedade portuguesa. Como revelam os excertos anteriores continuam a ser as mães as principais cuidadoras das crianças após a rutura do casal. Consequentemente, e como defende Sottomayor (2010), o elevado índice de não pagamento ou de pagamentos meramente parciais ou de periodicidade irregular da obrigação de alimentos e o montante reduzido dessa em relação aos custos reais de educar uma criança contribui para a feminização da pobreza. Bruto da Costa *et al.* (2008, p. 111) referem-se a este fenómeno, afirmando “que existe uma certa «feminização» da

pobreza, na medida em que é maior a vulnerabilidade à pobreza nos agregados que têm por representantes uma mulher e, em segundo lugar, dado que, entre os pobres, as mulheres representam uma proporção comparativamente maior”. Sendo que as famílias monoparentais, constituídas normalmente pela mãe e pelos/as filhos/as menores, apresentam um nível de vida muito mais baixo do que o da família antes do divórcio e do que o progenitor sem a guarda dos/as filhos/as (Sottomayor, 2011).

1.3 Certificação Administrativa

Por fim, importa analisar as questões de certificação administrativa que conduzem à mobilização da justiça de família e menores: 7 processos exclusivamente para regularizar a situação para aceder a benefícios sociais (como RSI e o abono de família), 3 pelo acesso à(s) criança(s) (guarda e/ou convívios) e proteção social e 3 para regularizar documentação. Nestes processos os tribunais cumprem, essencialmente, uma das suas funções instrumentais identificadas por Santos *et al.* (1996), a função administrativa, que diz respeito ao conjunto dos atos de certificação e notariado que os tribunais realizam por obrigação legal em situações que não são litigiosas.¹⁶¹

Em primeiro lugar, a opção política de redução do Estado Social torna a mobilização dos tribunais para a regulação ou alteração das responsabilidades parentais a única forma de aceder a apoios sociais, que passaram a ter critérios de acesso mais restritos e a exigir nomeadamente a regulação das responsabilidades parentais (RSI, Abono de Família etc.), criando assim um litígio judicial onde outrora não existia, como no exemplo seguinte:

Jéssica e João mantêm uma relação tranquila. Ambos conseguem dialogar nas questões relativas ao Jorge e, frequentemente mantêm contactos via internet. A requerente teme que a instauração da presente acção possa vir a ter repercussões negativas nesta relação, pela fixação de uma pensão de alimentos, a ser eventualmente paga de forma coerciva. (...) Pretende com este processo regularizar a situação do Jorge, para que, em termos processuais, continue a beneficiar dos apoios sociais [rendimento social de inserção]. (Relatório social da mãe, Processo 117)

Veja-se, ainda, o exemplo seguinte, de um processo promovido pelo Ministério Público, por iniciativa da avó com quem a criança reside, no sentido de aceder ao abono de família:

¹⁶¹ Um dos exemplos apontados pelos autores é o divórcio por mútuo consentimento, que até à Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, podia ser realizado numa Conservatória do Registo Civil ou no Tribunal (Santos et al., 1996).

Somos informados pela avó paterna de que a presente acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais decorre das diligências por ela efectuadas no sentido de conseguir abono de família para a neta e da necessidade de se definir do ponto de vista jurídico o que na prática se vem já verificando. (Relatório Social da EMAT, Processo 146)

Em segundo lugar, a regulação do exercício das responsabilidades parentais é também necessária para a regularização da documentação de famílias e crianças de outros países residentes em Portugal, como nos dois exemplos seguintes.

Com a interposição do presente processo, a requerida manifesta expectativa que o Tribunal normalize a regulação das responsabilidades parentais dos filhos junto de si. Segundo a mesma, a formalização da situação tutelar cível dos filhos através do presente processo será importante para a renovação dos documentos pessoais dos filhos, nomeadamente, passaportes e autorizações de permanência em Portugal, junto dos serviços portugueses competentes, bem como em casos em que a requerida viaje com os filhos para o estrangeiro, nomeadamente, para [outro país] (Relatório Social da EMAT, Processo 135)

A presente acção foi interposta com o objectivo de regularizar judicialmente uma situação de facto (fixar a residência da jovem junto da mãe) e permitir à Verónica [à jovem] renovar o seu passaporte para assim poder visitar a família [num país estrangeiro] (Relatório Social da EMAT, Processo 126)

Os processos de certificação administrativa não são indiferentes ao contexto de crise económica, em especial os relacionados com a pensão alimentar e com as prestações sociais, mas revelam igualmente o controlo administrativo e judicial das famílias, em particular as mais desfavorecidas, através das crianças, já identificado no trabalho clássico de Jacques Donzelot (1977). Nos últimos anos, as crianças passaram a estar no centro do direito da família, dando-se a designada (re)publicização do direito da família, em que o Estado, para promover os direitos das crianças e as proteger das situações de risco, expande a sua intervenção e, conseqüentemente, reforça o controle das relações familiares por via judicial, administrativa e social (Pedroso, 2011; Pedroso e Branco, 2008). Contudo, a proteção da infância assume, desde o início, um carácter disciplinador, repressivo – de “polícia da família” (Donzelot, 1977) - na medida em que cria um conjunto de mecanismos que penetram no seio da família, intervindo nela, procurando conformá-la e moldá-la à sociedade capitalista.

O facto de o Estado exigir a regulação do exercício das responsabilidades parentais, nomeadamente para aceder a prestações sociais, revela um padrão normativo de regulação das relações entre pais e filhos/as e entre homens e mulheres, baseado no modelo de estrutura familiar dominante (família constituída por um casal heterossexual unido pelo casamento institucional e com filhos/as) e na complementaridade dos papéis feminino e masculino. Ao reforçar a importância da

regulação do exercício das responsabilidades parentais, o Estado encara como atípicas as famílias monoparentais, propondo-se a corrigir e normalizar administrativa e judicialmente as situações que são diferentes. A perspectiva de que as mulheres possam ficar responsáveis pelas crianças sem o auxílio de um homem ameaça a centralidade do vínculo heterossexual que sustenta a ideologia patriarcal e é considerada, simultaneamente, um risco potencial para as finanças do Estado (Boyd, 1989a; Fineman, 1991).

2 Discursos periciais e judiciais: discursos de género

Em seguida, a partir da análise do discurso pericial e judicial (perícias, promoções do Ministério Público, decisões judiciais e sentenças), discutir-se-á como as representações de homens e mulheres quanto às competências parentais e as recomendações periciais e decisões judiciais nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais (re)produzem concepções dominantes de família, maternidade e paternidade. Mais concretamente, em primeiro lugar, observa-se como as representações de homens e mulheres quanto às competências parentais refletem expectativas de género distintas e influenciam as recomendações e decisões judiciais, fazendo, como concluem outros estudos (Altman, 1996; Boyd, 2003; Moloney, 2001), com que mulheres e homens, mães e pais, tenham experiências muito distintas nos processos de regulação das responsabilidades parentais, consoante se adequem ou não às concepções dominantes. Em segundo lugar, atenta-se nas principais tendências de recomendações e decisões judiciais que mostram como o direito – quer a lei, quer as instituições judiciárias - sob a capa aparente de neutralidade, não raras vezes mais não faz do que reproduzir o *status quo* em vigor (Pedroso *et al.*, 2012).

1.1 Discursos periciais e judiciais sobre as competências parentais de pais e mães: discursos de género

Nos termos do artigo 180.º, da OTM, a regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais deve ser decidida em processo de jurisdição voluntária, em harmonia com o superior interesse da criança, que deve ser concretizado pelo/a juiz/juíza de acordo com as orientações legais sobre o conteúdo das responsabilidades parentais, nomeadamente, a guarda da criança ser confiada ao progenitor que

promove o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral, que tem mais disponibilidade para satisfazer as suas necessidades e que tem com a criança uma relação afetiva mais profunda e considerando a preferência da criança, quando esta queira e possa exprimi-la (Sottomayor, 2011).¹⁶²

A análise jurisprudencial permite, de acordo com Sottomayor (2011), identificar fatores relativos às crianças e fatores relativos aos pais que servem de fundamento à determinação do interesse da criança, em especial na atribuição da guarda. Os primeiros, relativos às crianças, englobam as necessidades físicas, afetivas, intelectuais e materiais da criança, a idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, a continuidade das suas relações afetivas, a adaptação da criança ao ambiente extrafamiliar de origem (escola, comunidade, amigos, atividades não escolares), assim como os efeitos de uma eventual mudança de residência causados por uma rutura com este ambiente, o seu comportamento social e preferência por ela manifestada. Os segundos, relativos aos pais, incluem a capacidade dos pais para satisfazerem as necessidades da criança, o tempo disponível para cuidar dela, a saúde física e mental dos pais, a continuidade da relação de cada um dos pais com a criança, o afeto que cada um dos pais sente por ela e a estabilidade do ambiente que cada um pode facultar à criança (Sottomayor, 2011).

Neste sentido, os discursos periciais e judiciais representam mulheres e homens como tendo, ou não, competências parentais, como respondendo, ou não, ao superior interesse da criança, com base nas condições socioeconómicas (inserção no mercado de trabalho), na estrutura familiar, na postura em relação ao cuidado e educação dos/as filhos/as e em relação ao outro progenitor, mas, também, nas suas características pessoais e estilo de vida (ex. saúde mental, dependências). Na maioria dos processos analisados, pais e mães são caracterizados como apresentando competências parentais, como pais e mães “preocupados, atentos e cuidadores”, o que não significa que não sejam identificados constrangimentos ou limitações ao exercício das responsabilidades parentais destes pais e mães, sendo os mais comuns os constrangimentos de cariz económico.

Num contexto de crise económica e políticas austeritárias em Portugal que afetam particularmente os agregados familiares com crianças (Wall *et al.*, 2015), não

¹⁶² Cf. Artigos 1878.º, 1885.º, n.º 1, 1878.º, n.º 2, 1901.º, n.º1 do Código Civil.

surpreende que muitos pais e mães apresentem dificuldades em satisfazer as necessidades dos/as filhos/as. Importa aqui recordar que pese embora a maioria dos/as requerentes e requeridos/as da amostra estivesse inserida no mercado de trabalho (52,9%), a percentagem de requerentes e requeridos/as desempregados/as é muito expressiva (29,4%) e a maioria apresenta baixos rendimentos. Do que é exemplo Manuela que, apesar de empregada, depende do apoio da mãe, para fazer face às despesas do agregado familiar:

Com um quadro económico deficitário e sem dispor de qualquer apoio por parte do progenitor, a requerida revela dificuldades em sozinha satisfazer todas as necessidades do seu agregado familiar, nomeadamente poder dispor de uma habitação para si e para a filha. A requerente referiu que se não dispusesse do apoio da sua mãe e do facto da renda ser de valor reduzido não conseguir fazer face aos encargos mensais do agregado familiar. (...) A requerida mostra exercer a função parental com enorme sentido de responsabilidade, evidenciando atitudes de forte investimento afectivo, relacional e educacional no processo de crescimento e desenvolvimento da filha. Revela um desempenho parental atento e protector, mostrando preocupação em manter e preservar a segurança e estabilidade emocional da filha (...). (Relatório social da mãe, Processo 151)

No discurso pericial e judicial apenas os pais e mães que apresentam problemas de saúde mental e dependências tendem a ser representados como incapazes de assumir as responsabilidades parentais e assegurar o desenvolvimento equilibrado da criança, como é o caso de Leandro e Nádia. De acordo com Mosoff (1997) as pessoas com doença mental são em geral percecionadas como indivíduos incompreensíveis, imprevisíveis e perigosos, e, implícita e automaticamente, perigosas ou potencialmente perigosas para as suas crianças e, portanto, sem competências parentais.

Leandro vive, desde que se separou de Liliana, com a irmã e o cunhado, encontrando-se desempregado. Este frequentou um programa psicoterapêutico de desintoxicação e era na altura acompanhado em consultas semanais num Centro de Respostas Integradas (CRI) do Instituto da Droga e da Toxicod dependência. Consequentemente, a perita da EMAT desaconselha o alargamento dos convívios com o filho de dois anos pretendido pelo pai, recomendando a supervisão das visitas:

No momento, a sua exposição a eventuais interferências sociais negativas e o possível envolvimento em comportamentos aditivos, a percepção das débeis oportunidades no mercado de trabalho, o auto-conceito desfavorável, os níveis elevados de stress, e a instabilidade emocional, serão sempre factores e/ou indicadores de influência negativa para a construção de um modo de vida estruturalmente válida e securizante, e para uma parentalidade segura e estável. Nesta sequência, e em função da

actual situação pessoal e social do requerido, caberá referir que, o regime de visitas actualmente em vigor, será aquele que melhor salvaguarda os interesses do menor, pelo que o nosso parecer vai no sentido de que deverá continuar a reger-se de acordo com o estipulado judicialmente. (Relatório social, Processo 153)

Nádia, mãe do Nelson, é descrita como tendo uma vida familiar desestruturada e tendo comportamentos aditivos que limitam a sua capacidade parental, sendo desaconselhado, também neste caso, o aumento dos convívios pretendido pela mãe, o que é confirmado na sentença.

Atentos ao exposto, consideramos estar perante uma mãe que mostra pouco conhecimento, experiência e prática parental, não partilha o dia a dia do filho desde que este tinha 1 ano de idade. A requerente continua a apresentar uma situação familiar desestruturada em moldes funcionais e instável em termos profissionais. Relativamente a problemática da progenitora e atendendo a que grande parte das vezes, as dependências aditivas afectam capacidade destes pais em exercer funções parentais de modo organizado, satisfatório e protector. Parece-nos que o convívio materno/filial deverá ser estimulado e regular, de forma a estabelecer laços parentais mais consistentes, mantendo-se no entanto o convívio de Domingo, nos moldes em que foi estipulado anteriormente, sendo a mãe, no entanto alertada para o cumprimento de horário que deve sempre decorrer antes das 12h30. (Relatório social mãe, Processo 109)

Estes processos corroboram os resultados do estudo de Judith Mosoff (1995, 1997) sobre mães com doença mental que conclui que as mulheres com histórias de doença mental tendem a perder a guarda das crianças, com base na opinião de um psiquiatra, e, quando mantêm ou obtêm a guarda, a decisão judicial inclui quase sempre a condição da supervisão contínua de um psiquiatra. Importa, contudo, realçar que no caso de Leandro e Nádia, estes foram automaticamente representados como não tendo competências parentais e como sendo uma “influência negativa” na vida dos filhos, sem que o risco tenha sido avaliado por um/a perito/a da área da psicologia ou psiquiatria, mas sim, e apenas, pela perita da EMAT.

Os exemplos anteriores mostram como a forma como pais e mães são representados é determinante para o seu sucesso ou insucesso na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais, em especial no que respeita ao acesso à(s) criança(s). Importa, contudo, sublinhar que o discurso pericial e judicial sobre as competências parentais não é um discurso neutro e objetivo no que respeita ao género. A forma como pais e mães são representados reflete expectativas distintas em relação a cada um dos sexos, assentes nas concepções dominantes de maternidade, paternidade e família (Boyd, 1996), prevalecendo uma forte associação entre maternidade e cuidado e entre paternidade e sustento das crianças.

No que respeita à maternidade e em primeiro lugar, como refere Monteiro (2005), a maternidade continua a ser considerada um elemento central na identidade feminina e, mais do que isso, continua a ser entendida como uma forma de aceder a uma identidade feminina adulta e valorizada de pessoa que ama, cuida e é responsável. Como se percebe do exemplo seguinte, de uma mãe e um pai que deixam o filho ao cuidado de uma tia paterna, as mulheres que abandonam os/as filhos/as e não se enquadram no estereótipo da mãe cuidadora, são descritas como “imaturas”, ao contrário dos homens.

4 - O menor manteve-se no mesmo agregado familiar, junto do pai e da família paterna alargada, tendo-se o requerido afastado recentemente (há uns meses) para Espanha, alegadamente em busca de trabalho, desconhecendo-se quando regressará, uma vez que não mantém com ele nenhum contacto

5 - A tia paterna Piedade cedo começou a envolver-se nos cuidados a prestar ao menor, face à imaturidade da requerida e demissão do requerido, mostrando o casal dificuldades em acalmar o choro do filho, levando-o para o seu quarto, onde pernoitava;

6 - Este apoio da tia no desempenho parental ficou a dever-se ao facto de não ter tido filhos e revelar sensibilidade para cuidar de crianças;

7 - Quando o casal parental se separou, a tia Piedade passou a assegurar todos os cuidados ao menor, contando com a aprovação do requerido; (Sentença, processo 140)

Tome-se ainda como exemplo os casos de Ermenando, que viveu em união de facto durante cerca de dois anos com Emília, de quem se separou poucos meses depois do nascimento do filho Eduardo, e de Beatriz que se separou do pai da filha e regressou ao seu país de origem, deixando Bárbara a viver com o pai, Bruno, e os avós paternos em Portugal.

Uma progenitora que sempre assegurou, em exclusivo, todas as responsabilidades parentais Relativamente ao progenitor, Emília diz-nos: “O Eduardo deixou de ver o pai e por isso quase o esqueceu” (sic). Estamos perante uma figura abandonica, desinvestida de quaisquer responsabilidades parentais e do qual a progenitora diz desconhecer o paradeiro. (Relatório Social, Processo 102)

(...) 2 - Os requeridos, ambos de nacionalidade [estrangeira], casaram-se em (...) 2011, tendo-se separado no início de 2013, com a saída de casa por parte da requerida, alegadamente por não se estar a adaptar a Portugal, que terá regressado [ao seu país de origem], não mais tendo contactado ou procurado saber notícias da menor, à excepção de um telefonema nos anos da criança; 3 - Ainda durante a vivência conjugal, a avó paterna que vivia com o casal, cedo começou a envolver-se nos cuidados a prestar à menor, face à demissão e desinteresse (alegada falta de maturidade) da requerida e uma vez que o pai era camionista e passava muito tempo em viagens; (Sentença, Processo 133)

A maternidade, pela ética de responsabilidade e moral que encerra, fornece um critério cultural de definição e alcance da maturidade (Monteiro, 2005). Ela parece

constituir-se cada vez mais como um tempo vivencial intenso, como um rito de passagem na transformação e realização da identidade feminina. Ora, uma mulher que é mãe e renega a “maternidade”, que não assume o cuidado dos/as filhos/as, é como se não tivesse alcançado a maturidade.

Em segundo lugar, se, por um lado, se observa uma valorização do emprego feminino e da capacidade de satisfazer as necessidades dos/as filhos/as, contrariando a conceção tradicional ideal de mulher doméstica, mãe a tempo inteiro, valoriza-se, por outro lado, as mulheres que privilegiam os/as filhos/as em detrimento da carreira. Com efeito, por um lado, como se observa no exemplo seguinte, o facto de a mãe não estar inserida no mercado de trabalho cuidando a tempo inteiro dos filhos é visto com preocupação pelas peritas:

Com nota de alguma preocupação, surge-nos a percepção, corroborada [pela técnica da Cáritas], de que Emilia frequentemente tem vindo a abandonar acções de formação e empregos, não tendo, durante os 22 anos em que se encontra em Portugal, estado, em algum momento, integrada no mercado de trabalho de forma relativamente estável. Nesta linha, e considerando as receitas mensais e os apoios reportados pela progenitora, o modo como ela aparentemente supera as fragilidades económicas do agregado é para nós uma incógnita. Assim mesmo, e apesar dos constrangimentos supra referidos, julgamos que, salvo melhor opinião, a regulação ora em apreço deverá confirmar, do ponto de vista jurídico, a realidade vigente. (Relatório social da Mãe, Processo 102)

Por outro lado, nos processos em que a mãe não consegue passar uma imagem de subjugação da carreira profissional em relação ao cuidado dos/as filhos/as, o pai é privilegiado, tal como mostram Bartlett e Stack (1986) e Boyd (2003). Como conclui Nancy Polikoff (1992), as mães trabalhadoras são penalizadas por não estarem suficientemente disponíveis para os/as seus/suas filhos/as, enquanto que, como tradicionalmente existe a expectativa que os homens sejam trabalhadores a tempo inteiro, os pais não enfrentam esta desvantagem. A título de exemplo, veja-se o relatório da EMAT do processo 122, em que o perito conclui que a residência da criança deve ser fixada junto do pai, sancionando a mãe por ter deixado o filho ao cuidado do pai, devido aos compromissos profissionais:

Dos elementos recolhidos para a elaboração do presente relatório, e em jeito de conclusão, somos levados a considerar que:

O progenitor surge-nos como figura de referência e primária relativamente à gestão dos actos da vida corrente do Ivo, note-se, não por negligência da progenitora ou por um qualquer sentido de irresponsabilidade desta, mas porque por um conjunto de opções e de circunstâncias de índole profissional se viu compelida a permanecer longos períodos afastada do filho;

Nestas circunstâncias, a vinculação afectiva entre pai e filho, expressa por um elevado grau de atenção, de disponibilidade, de empatia, de partilha recíproca, de cumplicidades e de camaradagem, assume, em nosso entender, uma relevância significativa para o equilíbrio psicológico e emocional do Daniel; (...)

Considerando que o progenitor reúne condições materiais, por nós consideradas adequadas e, sobretudo, evidencia uma forte motivação, capacidades e competências que viabilizam a assunção de responsabilidades parentais de uma forma mais abrangente;

Considerando que por certo os avós se configurariam igualmente como figuras de suporte e de retaguarda; julgamos, salvo melhor opinião, dever ser equacionada a possibilidade de fixar residência do Ivo junto do pai, assegurando este a gestão dos actos da vida corrente do filho, invertendo-se portanto o estipulado por ora no concernente ao regime de convívios e de pensão de alimentos. (Relatório social pai, Processo 122)

Nas palavras de Rosa Monteiro (2005), a mulher que coloca a carreira à frente da família não cumpre o modelo identitário que a aproxima da "verdadeira mulher", por isso os discursos a seu respeito são altamente punitivos. Pelo contrário, as mulheres que conseguem passar a imagem de autosacrifício e de subjugação da carreira ao cuidado dos/as filhos/as são "recompensadas". Veja-se o processo 119, em que, pese embora se reconheça que ambos os progenitores apresentam competências parentais e condições socioeconómicas, o/a magistrado/a judicial sublinha o facto da mãe, médica-anestesista, ter reorganizado a sua vida profissional de modo a cuidar dos filhos para recusar a guarda partilhada solicitada pelo pai e fixar a residência dos filhos junto da mãe.

Importa então analisar, dos factores acabados de elencar, os favoráveis a cada um das posições. A circunstância de as crianças sempre terem vivido maioritariamente na companhia da mãe, é um factor favorável à residência habitual junto da mãe. Ambos os progenitores revelam competências parentais adequadas ao cuidado dos filhos, promovendo um desenvolvimento saudável para as crianças. Também não há diferenças sensíveis no que toca ao afecto que os progenitores nutrem pelos filhos. A situação financeira dos progenitores, embora diversa, não assume relevo no caso em apreço. A situação habitacional das partes não é idêntica, dispondo a progenitora de uma moradia espaçosa, enquanto o progenitor reside num apartamento de tipologia T2. Contudo, não é este um factor decisivo! Mas já assumirá relevo a circunstância de a progenitora assumir diariamente os cuidados necessários aos filhos, acompanhando a sua educação de forma próxima e o facto de ter re-organizado a sua vida profissional de forma a poder acompanhar os filhos . (...) Por último, a circunstância de a requerida ser médica pode constituir uma vantagem para o Pedro, a quem foi recentemente diagnosticada uma doença do foro cardíaco. Pesando todos estes aspectos, entendo que é do interesse das crianças manterem a situação actual - residência habitual com a sua progenitora, a qual tem vindo a assumir de forma adequada os cuidados e a educação dos filhos. (Sentença, Processo 119)

No mesmo sentido, no excerto seguinte o/a magistrado/a judicial argumenta que a residência deve ser mantida junto da mãe porque esta se compromete a procurar um “emprego mais adequado”:

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que a menor, agora com 16 meses de idade, desde que nasceu, sempre viveu com a mãe, nunca tendo vivido com o pai. A menor é bem cuidada pela progenitora, apesar da existência de alguns constrangimentos em articular o seu trabalho com as rotinas da filha. Situação que a progenitora pretende que se altere, logo que arranje alternativa laboral. Sendo por causa destes constrangimentos, que o requerido pretende que a filha lhe seja entregue, contando, para tanto, com o apoio dos seus pais. Ora, os constrangimentos aludidos, que podem conhecer alterações a breve trecho, e que se verificam por parte de ambos os pais, que carecem de apoio de rectaguarda como é usual quando se tem que conciliar compromissos laborais com rotinas de crianças, não têm melindrado as competências parentais da progenitora. Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de fixar a residência da menor com a mãe, com quem a mesma tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da sua vida corrente, sendo as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a sua vida, exercidas em comum por ambos os progenitores. (Sentença, processo 148)

Os exemplos anteriores refletem a subsistência da expectativa que devem ser as mulheres-mães as principais cuidadoras das crianças. Expectativa esta que não transparece nos discursos periciais e judiciais em relação aos pais-homens, apesar das transformações do ideal de paternidade no sentido de um maior envolvimento no cuidado com as crianças (Collier, 2008). No caso dos pais-homens, transparece, sim, a expectativa destes contribuírem para o sustento da(s) criança(s), consonante com o ideal do pai-provedor, “ganha-pão” da família. A título de exemplo, enquanto no caso da mãe que deixa a filha aos cuidados do pai e dos avós paternos apenas é referida ausência de contacto com a criança, no caso do pai que deixa o filho aos cuidados da mãe é sublinhada também a falta de contribuição para o sustento da criança:

4 - A requerida foi-se desinteressando relativamente à filha, delegando no pai e avós toda a responsabilidade parental; 5 - Alguns convívios entre mãe e filha que foram ocorrendo, foram promovidos pelo progenitor e avós; 6 - Apesar da separação do casal, o requerido e seus pais continuaram a dar algum apoio à progenitora da criança, nomeadamente suportando as suas despesas básicas, uma vez que esta não apresentava hábitos de trabalho, não tendo qualquer fonte de rendimento; 7 - Até que em Fevereiro de 2013, a requerida voltou a integrar o agregado familiar da sua mãe, (...), deixando de haver quaisquer contactos entre esta e a menor / família paterna; (Sentença, Processo 112)

O pai do Rodolfo não contacta com o filho nem contribui para o seu sustento desde os dois anos de idade do menor, pelo que não existe qualquer tipo de relação entre ambos. (Sentença, Processo 152)

O pai que não contribui para o sustento do seu filho é visto como um pai “incompleto”, de acordo com a definição tradicional (Boyd, 1989a). Não obstante, como defende Collier (2008), o novo ideal de paternidade participada vai além da contribuição monetária, sendo valorizados os pais que mais do que contribuírem monetariamente, participam também no cuidado dos filhos e abdicam das suas rotinas. No exemplo seguinte um progenitor identifica como principal contributo para o cuidado da filha o sustento monetário antes e após a rutura familiar, o que é considerado insuficiente pelo técnico da EMAT.

Um progenitor que embora nos verbalize gostar muito de Sónia, não evidencia, pelos relatos que nos dirige, uma postura cuidadora, atenta, empática e crítica, presente nas tarefas do quotidiano da filha. Um progenitor que a título de exemplo nos refere “sim colaborava na alimentação da Sónia pois era ou quem trazia o dinheiro para casa” (sic). (...) Dos dados recolhidos para a elaboração do presente relatório, somos levados a perceber um progenitor que, embora sempre tenha acompanhado do ponto de vista físico e afectivo o crescimento e o desenvolvimento da filha, não se assumiu enquanto figura de referência e primária no tocante aos cuidados e à gestão da vida corrente da menor não evidenciando, em nosso entender, capacidades e competências parentais adequados para o efeito. Neste sentido, e na salvaguarda dos superiores interesses da Maria, parece-nos, salvo melhor opinião, de difícil concretização a fixação da residência principal da criança junto do progenitor. (...) (Relatório social do pai, Processo 142).

Em suma, apesar das transformações nas concepções dominantes de maternidade e paternidade o ideal de mãe-cuidadora e de autossacrifício maternal e de pai-provedor continua a ecoar nos discursos pericial e judicial, em consonância com os resultados do estudo de Silva *et al.* (2009) que apontam para a prevalência de representações tradicionais sobre a maternidade e a paternidade entre os atores judiciais. A família e a maternidade (e a paternidade) são das instituições mais fortemente culturalizadas ao longo dos séculos, a ponto das suas organização e ideologias parecerem absolutamente naturais (Monteiro, 2005). Tão naturais que qualquer outro tipo de modelo de maternidade (e paternidade) se afigura como inapropriado ou mesmo desviante. Assim, o sucesso ou insucesso de pais e mães depende da capacidade destes se adequarem às concepções dominantes de maternidade, paternidade e família, tal como apontam os estudos de Boyd (1996 e 2003) e Moloney (2001). Os pais e mães que não conseguem corresponder às concepções dominantes de paternidade e maternidade, de bom pai e boa mãe, em especial os pais com problemas de saúde mental e adições, veem as suas pretensões frustradas em tribunal.

2.1 Tendências das recomendações periciais e das decisões judiciais

A análise dos discursos periciais e judiciais permite identificar duas tendências gerais nas recomendações e decisões judiciais nos processos tutelares cíveis quanto à regulação do exercício das responsabilidades parentais. Estes caracterizam-se por uma atitude favorável em relação à permanência do casal parental após a ruptura do casal conjugal e a uma maior responsabilização e participação do homem na família pós-ruptura. E traduzem-se, em termos gerais, nas decisões judiciais, na fixação do exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância, e na fixação de regimes de visitas cada vez mais alargados aos pais-homens.

Quadro 37 - Responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância

| | N | % válida |
|------------------------------|-----------|------------|
| Avó materna | 1 | 2,2 |
| Pai e Avós/Tia | 3 | 4,3 |
| Pai | 1 | 4,3 |
| Avós | 3 | 6,5 |
| Mãe | 15 | 32,6 |
| Partilhadas | 23 | 50 |
| Total | 46 | 100 |
| Não aplicável ¹⁶³ | 8 | |
| Total | 54 | |

Mais concretamente, no que respeita às quatro vertentes do regime de regulação do exercício das responsabilidades parentais^{164,165} fixado nos processos de regulação, alteração e limitação das responsabilidades parentais, em primeiro lugar, verifica-se que na maioria dos processos é estabelecido o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância (23, 50%),

¹⁶³ Processos de incumprimento ou de alteração das responsabilidades parentais em que não houve alteração/regulação deste aspeto.

¹⁶⁴ As quatro vertentes dizem respeito às responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida das crianças, à residência, aos convívios e à pensão alimentar, sendo que nem todos os processos dizem respeito aos quatro aspetos como os processos de alteração do tempo de convívios.

¹⁶⁵ Estas quatro vertentes são analisadas apenas quanto aos processos de regulação, alteração e limitação das responsabilidades parentais, uma vez que as decisões relativas aos processos de incumprimento apenas declaram ou não o incumprimento, sem fazerem qualquer alteração ao regime fixado previamente.

em consonância com o regime geral consagrado no artigo 1906.º, do Código Civil (cf. quadro 37).¹⁶⁶

Porém, a própria lei prevê que quando o exercício em comum relativamente às questões de particular importância for julgado contrário aos interesses da criança, o tribunal deve, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas em exclusivo por um dos progenitores (artigo 1906.º, n.º 2, Código Civil), o que se observa em 16 (36,9%) processos, dos quais 15 atribuíam as responsabilidades parentais na totalidade à mãe (32,6%). Em geral, nestes processos os progenitores não-residentes encontravam-se em parte incerta, como no exemplo seguinte, tornando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância impraticável, como no exemplo seguinte.

Neste ponto, importa atender ao disposto no artigo 1906º, nº 1 e 2 do C.C(...). Ora, encontrando-se o pai das crianças em parte incerta [num país estrangeiro] e não as contactando pessoalmente desde há mais de um ano, toma-se claro que o exercício conjunto das responsabilidades parentais (nas questões de particular importância) é impraticável e acarretaria a impossibilidade de serem tomadas decisões quanto a tais questões. Deste modo, o exercício, quer das responsabilidades parentais nas questões de particular importância, quer das responsabilidades parentais relativas aos actos da vida corrente, caberão à mãe, com quem as crianças sempre residiram, e que tem desempenhado as funções educativas de forma exclusiva desde Abril de 2013. (Sentença, Processo 128)

Ainda quanto às responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância, destaque para os processos em que as responsabilidades parentais são atribuídas ao pai em conjunto com outros familiares (cf. Capítulo 5).

Em segundo lugar, a residência da(s) criança(s), por sua vez, é, como se pode observar no quadro 38, fixada na maioria dos processos junto da mãe, 36 (78,3%), o que é consonante com os resultados de estudos anteriores (Pedroso *et al.*, 2014; Silva *et al.*, 2009; Sottomayor, 2011) e se reflete na elevada proporção de famílias monoparentais femininas que compõe a amostra (cf. capítulo 3). Sendo que a residência alternada continua a ser pouco comum. A única residência alternada que foi fixada judicialmente aconteceu num acordo homologado em audiência de julgamento (processo 111).

¹⁶⁶ Nos termos deste artigo, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância 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.

Quadro 38 - Residência da(s) criança(s)

| | N | % válida |
|---------------|-----------|-----------------|
| Mãe | 36 | 78,3 |
| Avós paternos | 5 | 10,9 |
| Alternada | 1 | 2,2 |
| Avó materna | 1 | 2,2 |
| Avós | 1 | 2,2 |
| Pai | 1 | 2,2 |
| Tia | 1 | 2,2 |
| Total | 46 | 100 |
| Não aplicável | 8 | |
| Total | 54 | |

Em terceiro lugar, no que concerne o direito de visitas,¹⁶⁷ a lei tem consagrado o direito de visita, que no contexto do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens, significa a possibilidade de o progenitor não residente e a criança se relacionarem e conviverem entre si, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal, no dia a dia, em virtude da falta de coabitação (Sottomayor, 2011). De acordo com Sottomayor (2011, p. 105), “a lei, propositadamente, não regulou o direito de visita de forma precisa, limita-se a mencioná-lo, não pormenorizando quais os moldes da sua aplicação prática, preferindo abandonar tal tarefa ao juiz, mais em contacto com as circunstâncias do caso concreto”. Na regulamentação do direito de visita distingue-se, geralmente, entre as visitas que têm lugar ao longo do ano e as estadias efetuadas durante o período de férias escolares.

No que respeita concretamente às visitas que têm lugar ao longo do ano, na grande maioria dos processos o tribunal limita-se a conceder ao progenitor não guardião um “direito de visita livre ou razoável”, sem especificar dias nem horas, deixando tal tarefa à vontade das partes, de acordo com as suas disponibilidades no dia a dia (33, 68,8%), fazendo pontualmente depender do acordo do progenitor guardião (cf. quadro 39).

¹⁶⁷ De acordo com Maria Clara Sottomayor (2011, p. 105) “genericamente, o direito de visita consiste no direito de pessoas unidas entre si por laços familiares ou afetivos estabelecerem relações pessoais”.

O pai poderá visitar os filhos sempre que o desejar, sem prejuízo dos horários de refeição e descanso destes, devendo para tanto avisar a mãe. (Sentença, Processo 135)

O pai (...) poderá visitar o filho, sempre que o deseje, respeitando os seus horários de descanso e escolares, após prévio contacto e dependendo do acordo da mãe. (Sentença, Processo 130)

No entanto, de acordo com a mesma autora (Sottomayor, 2011) esta solução só é possível quando existe um bom entendimento e capacidade de cooperação entre os pais. Nos restantes casos, para evitar a ocorrência de futuros conflitos e de outras dificuldades práticas e psicológicas que possam suceder, a decisão específica a periodicidade do direito de visita, os dias e as horas dos encontros, o lugar e a duração das visitas, quem fica encarregado de transportar a criança e quem suporta os encargos financeiros desse transporte. Porém, na prática judicial observa-se que são os processos que culminam por acordo que apresentam, em geral, regimes de convívio mais detalhados, enquanto a maioria das decisões judiciais opta pelo “regime geral” na amostra (30 dos 36 processos com decisão judicial sobre o regime de visitas, contra 3 dos 12 acordos).

Quadro 39 – Regime de visitas

| | N | % válida |
|--|-----------|-----------------|
| Direito de visita livre/“regime geral” | 33 | 68,8 |
| Direito de visita regulado | 15 | 31,3 |
| Fins de semana quinzenalmente e pernoita(s) durante a semana | 7 | 14,6 |
| Fins de semana quinzenalmente | 3 | 6,3 |
| Algumas horas por semana com ou sem supervisão | 5 | 10,4 |
| Total | 48 | 100 |
| Não aplicável | 6 | |
| Total | 54 | |

Nos processos em que o direito de visita é regulado, a frequência do direito de visita varia entre regimes mais condicionados e limitados, como algumas horas por semana (com ou sem supervisão) (5), fins de semana alternados, o que é considerado o regime tradicional “pais de 15 em 15 dias” e o regime mais alargado fins de semana alternado com uma ou mais pernoitas ao longo da semana, o regime que mais se aproxima da guarda alternada.

Por fim, no que respeita à fixação da obrigação de alimentos a cargo do progenitor não residente, pese embora na grande maioria dos processos esta seja fixada (36,

87,8%), como se pode observar no quadro 40, registaram-se 5 processos tutelares cíveis de regulação, alteração e limitação do exercício das responsabilidades parentais em que a obrigação de alimentos do progenitor não residente não é fixa (seja no acordo, seja na decisão judicial).

Quadro 40 - Fixação da obrigação de alimentos a cargo do progenitor não residente

| | N | % | % válida |
|---------------|-----------|-------------|------------|
| Sim | 36 | 66,7 | 87,8 |
| Não | 5 | 9,3 | 12,2 |
| Total | 41 | 75,9 | 100 |
| Não aplicável | 13 | 24,1 | |
| Total | 54 | 100 | |

Nos processos com decisão judicial (4), o tribunal optou por não fixar pensão de alimentos quer por as condições económicas do progenitor não residente serem desconhecidas, quer por não ter condições para a cumprir, do que é exemplo o processo seguinte:

Não se fixam aos progenitores o pagamento de qualquer pensão alimentar ao filho, seja por total desconhecimento das suas condições e paradeiro (no caso do pai), seja por não reunir quaisquer condições de o poder fazer (no caso da mãe). (Sentença, Processo 133)

Os pais têm o direito e o dever de prestar alimentos aos filhos, cada um de acordo com as suas possibilidades e com as necessidades deles (artigos 36º, nº 5 da C.R.P., 1878º, nº 1 e 2004, nº 1 do C.C.). Também o princípio IV da Declaração dos Direitos da Criança estipula que «a criança tem direito a alimentação, alojamento, distração e cuidados médicos apropriados». As necessidades do menor são as decorrentes do seu sustento, habitação, vestuário, instrução e educação (artigo 2003º daquele código). Relativamente ao quantum da prestação alimentícia, refere o artigo 2004º, nº 1 do C.C. que «os alimentos deverão ser proporcionados aos meios daquele que houver de prestá-los e às necessidades daquele que houver de recebê-los». Quanto à determinação das necessidades do «credor» de alimentos, deve atender-se ao padrão de vida do necessitado, à ambiência familiar, social, cultural e económica a que está habituado e que seja justificável pelas possibilidades do obrigado a prestar alimentos - cfr. o acórdão da Relação de Porto de 25/3/93, in C.J. de 1993, tomo II, p. 199. No que toca às possibilidades do devedor de alimentos, a lei aponta para um critério de proporcionalidade - há-de atender-se aos meios daquele que houver de prestar alimentos. No caso concreto, a Laura carece de alimentos (cfr. o artigo 1879º do C.C. a contrario), devido à sua idade. Porém, dado que os alimentos são também fixados de acordo com as possibilidades do devedor - cfr. o já mencionado artigo 2004º, nº 1 do C.C. -, concluo que o pai da Oriana não está em condições de lhe prestar alimentos, pois não auferir rendimentos. Na verdade, o requerido vive sozinho numa casa sem condições de habitabilidade; trabalhou até Junho de 2009 e actualmente é sustentado pelos seus pais. Pretender que, perante esta factualidade, seja fixada uma pensão de alimentos a cargo do requerido é esquecer por completo o que dispõe o artigo 2004º, nº 1 do

C.C.! Por outro lado, não pode a existência do Fundo de Garantia de Alimentos Devidos a Menor revogar tal disposição legal, nem desvirtuar os critérios legais de fixação do montante da prestação alimentar. (Processo 120)¹⁶⁸

Contudo, o processo seguinte, em que o pai está emigrado e se desconhece a situação económica e é fixada uma pensão de alimentos, revela discricionariedade na fixação da obrigação alimentar ao progenitor não residente, consonante de resto com as divergências da doutrina.¹⁶⁹

Como é sabido, a lei impõe a ambos os progenitores o dever de contribuir para o sustento do menor. (...) Na fixação da medida dos alimentos haverá que ponderar quer as possibilidades do devedor, quer as necessidades do credor. Ora, relativamente a este aspecto, salienta-se que os elementos que o tribunal conhece da situação económica do progenitor da Eduarda são escassos, apenas se sabendo que o mesmo emigrou (...) há cerca de 4 anos, tendo vindo a última vez a Portugal em Janeiro de 2013, sendo que apoiou financeiramente a filha até Maio de 2012, então com €200/mês. Consequentemente, face a esta factualidade apurada, ponderando as condições de vida da menor, que tem 9 anos de idade, e as conhecidas condições de emigrantes [nesse país], julga-se possível fixar, por ora, a pensão alimentícia mensal em €60. Nos termos do artigo 2006 do CC, os alimentos são devidos desde a data da propositura da acção. Todavia, in casu, face à factualidade apurada, nada se fixa a título de alimentos vencidos na pendência dos autos. (Sentença, Processo 110)

No que respeita ao valor da pensão de alimentos fixada, esta é em média de 117 euros, sendo que varia entre os 25 euros e os 500 euros por criança (existindo processos em que este valor corresponde à soma do valor fixado para cada um dos progenitores). A expressão alimentos usada pela lei num sentido amplo abrange tudo o que é indispensável ao sustento, habitação, vestuário, instrução e educação da criança (art. 2003º, do Código Civil). De acordo com Sottomayor (2011), a obrigação de alimentos visa tutelar não só o direito à vida e à integridade física do alimentado, mas o direito a beneficiar do nível de vida de que a família gozava antes do divórcio para que as alterações no estilo de vida da criança e no seu bem-estar sejam o mais

¹⁶⁸ Note-se que desta forma o tribunal está a recusar o acesso ao Fundo de Garantia de Alimentos a Menor referido no capítulo 1.

¹⁶⁹ De acordo com Fialho (2013), a doutrina e a jurisprudência dos tribunais superiores não formularam ainda uma posição uniforme quanto à fixação de alimentos a cargo do progenitor não residente quando se desconheça a sua situação económica. Numa posição que tende a ser uniforme, considerando que devem ser fixados alimentos mesmo quando o paradeiro e condições económicas do progenitor sejam desconhecidas, foi proferido (entre outros) o Ac. STJ de 15/05/2012 (em revista excecional). Em sentido contrário, e expressando uma argumentação coincidente com a posição assumida nos textos publicados, o Ac. RL de 06/12/2011 (relator Tomé Ramião), considerando que o artigo 2004.º do Código Civil exige a demonstração das possibilidades do obrigado e, por isso, não permite a fixação de alimentos a cargo deste. Em qualquer uma destas decisões, são ainda enunciadas as diversas posições da doutrina e da jurisprudência (Fialho, 2013).

reduzidas possível. Contudo, a realidade apresenta uma enorme distância em relação a este objetivo, as famílias monoparentais, constituídas normalmente pela mãe e pelos/as filhos/as menores, apresentam um nível de vida muito mais baixo do que o da família antes do divórcio e do que o progenitor sem a guarda dos/as filhos/as. O que é, segundo Sottomayor (2011), indissociável do elevado índice de não pagamento ou de pagamentos meramente parciais ou de periodicidade irregular da obrigação de alimentos e ao montante reduzido dessa em relação aos custos reais de educar uma criança.

Em suma, se por um lado o discurso pericial e judicial defendem a manutenção dos laços da criança com ambos os pais, biológicos, depois da separação e, em especial, uma maior participação dos pais-homens no cuidado prestado à(s) criança(s), estabelecendo em geral o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância (50% dos processos da amostra), por outro lado, na maioria dos processos a residência das crianças continua a ser fixada junto das mães (78,3% dos processos da amostra). Consequentemente, as decisões judiciais parecem reforçar o modelo tradicional da parentalidade separada no pós-divórcio (Marinho, 2010) e o modelo de paternidade condicionada (Wall, Aboim e Marinho, 2010), em que há uma autonomia apoiada pelas mães ou pelas avós (figuras maternas), em detrimento dos novos modelos de parentalidade, maternidade e paternidade.

Não se trata aqui de defender o regime de residência alternada ou guarda partilhada em detrimento de outros regimes mais tradicionais, mas somente sublinhar as contradições patentes no discurso pericial e judicial, que através de um discurso aparentemente neutro, contribuem indiretamente para a manutenção do *status quo* e das desigualdades de género. De resto, como refere Bodelón (2012), os discursos sociojurídicos sobre a guarda partilhada permitem novas formas de ocultar ou mesmo exercer violência de género e incorporam um falso discurso igualitário. Uma vez que assentam numa conceção normativa de igualdade, ignorando as desigualdades de género que prevalecem e reproduzindo, conseqüente, a desigualdade num novo cenário. Assim, como assinala Martha Fineman (1991), a guarda partilhada, em especial a guarda conjunta legal, reproduz as relações de poder da família tradicional nuclear, no sentido em que reforça os mecanismos básicos do patriarcado – o controlo

sobre as mulheres e as crianças –, enquanto as mulheres continuam a ser as cuidadoras primárias das crianças.

2.1.1 “E viveram felizes para sempre”: manutenção do casal parental

Os discursos legislativos, judiciais e periciais sobre a regulação do exercício das responsabilidades parentais reforçam o princípio da manutenção dos laços da criança com ambos os pais depois da separação, defendendo a necessidade de participação de ambos os progenitores na educação da criança na família pós-separação (Fineman, 1991a; Smart e Sevenhuijsen, 1989). Este princípio compreende a capacidade dos pais de ultrapassarem o conflito conjugal e de conjugarem esforços para continuarem a ocupar-se em conjunto dos/as filhos/as mesmo após o divórcio. Ao exigir a permanência do casal parental, a legislação limita, segundo Singly (2011), duplamente o processo de individualização. Primeiro, retira do contrato conjugal a dimensão parental que deve ser mantida, mesmo contra a sua vontade.¹⁷⁰ Segundo, constringe-os a continuarem em equipa parental, preconizando “a responsabilidade parental conjunta”.

Nos processos tutelares cíveis de regulação do exercício das responsabilidades parentais da amostra, para além de a maioria das sentenças estabelecer o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância (23 casos, 50%), tanto os relatórios sociais como as decisões judiciais sublinham a necessidade dos pais ultrapassarem o conflito conjugal, mantendo a relação parental, de modo a partilharem as responsabilidades parentais.

A progenitora diz-nos valorizar e querer preservar os contactos e a vinculação afectiva de Débora com o pai, no entanto, nos poucos momentos em que os vê juntos, não consegue vislumbrar reacções de carinho e de afecto de Dário para com a filha. Refere igualmente pretender manter com o progenitor uma comunicação parental adequada à satisfação das necessidades da filha, o que por ora, em seu entender, tem sido difícil de concretizar. (...)

No tocante às questões de particular importância da vida da menor: A este nível, parece-nos fundamental que os progenitores sejam capazes de estabelecer uma comunicação parental cordial, centrada não apenas na discussão das questões de particular importância da vida da Débora, mas também, em aspectos da sua vida corrente. De um modo claro e decisivo, as questões que se prendem ainda com o relacionamento amoroso vivenciado pelos progenitores não devem, de forma alguma, contaminar a comunicação parental, sob pena de não estarmos a salvaguardar e a proteger os interesses da criança, tornando traumáticos e potencialmente

¹⁷⁰ No mesmo sentido, veja-se a título de exemplo a lei de averiguação da paternidade e os trabalhos de Helena Machado (2007) e Susana Costa (2013) sobre esta temática.

conflituantes os encontros e os contactos entre ambos. (Relatório social da mãe, processo 148)

Contudo, a circunstância de o requerido ter violado o disposto na parte final do n.º 3 do artigo 1906.º do C.C.; o facto de a comunicação entre requerente e requerido sobre a filha ser escassa e existirem diferentes interpretações acerca dos termos do regime de regulação das responsabilidades parentais, o que tem ocasionado diversos conflitos entre os progenitores da Ana e a formulação de queixas; a recusa do requerido em lavar o bibe da filha quando a ia buscar à sexta-feira ao infantário para com ela passar o fim-de-semana; a entrega pelo requerido de cheques para pagamento de alimentos/despesas da filha em nome da Ana; e a recusa de entrega da filha à requerente em casa desta, conforme acordado; não são motivos para deferir a pretensão da requerente, do exercício exclusivo das responsabilidades parentais nas questões de particular importância, antes razão para que o requerido, doravante, proceda de forma diferente, respeitando as opções da requerente no que toca aos aspectos da vida corrente da Ana. Mais, ambos os progenitores devem esforçar-se por dialogar de forma construtiva acerca dos assuntos da filha, debatendo entre si as dúvidas interpretativas dos termos do regime de regulação das responsabilidades parentais da Ana, tendo sempre em mente o bem-estar da filha, em detrimento das suas próprias comodidades individuais. Em suma, os factos acima elencados e as dificuldades de comunicação entre os progenitores não podem fundar o exercício único das responsabilidades parentais nas questões de particular importância. (Sentença, Processo 150)

O sistema pericial e judicial procura, assim, normalizar as relações familiares após a sua rutura à luz do “ideal” de família nuclear heterossexual biológica - pai, mãe e filhos/as -, que é entendido como o local mais adequado para criar uma criança, e de família “pós-divórcio”, a família indissolúvel, apesar do divórcio, em que os pais superam o conflito conjugal para partilharem os mesmos direitos, deveres e obrigações em relação às crianças que tinham enquanto casados. Como refere Théry (1989b), o conflito parental é estigmatizado como sendo prejudicial à criança e como um sintoma da incapacidade de ultrapassar a crise conjugal. O conflito parental nunca é percebido como um desentendimento relacionado com a situação do pós-divórcio.

Ao nível relacional, está patente um conflito extremado entre os adultos, com acusações diversas ao longo do tempo, factor que potencia as dificuldades de comunicação no que diz respeito às responsabilidades parentais e ao que o Miguel, apenas com 4 anos, tem direito: estabilidade a diversos níveis e segurança para que possa crescer sem ambiguidade de afetos, “sem disputa”, podendo ter o pai e a mãe na sua vida de forma positiva. (Relatório social da mãe, processo 143)

A separação do casal embora já tenha acontecido há algum tempo, perdura ainda em ambos os progenitores um grande ressentimento por toda a situação de conflitualidade vivenciada. A esta situação de conflitualidade também está subjacente, a questão patrimonial e o exercício das responsabilidades parentais. (...) Perante toda a situação de conflito permanente, que não facilita o diálogo entre os progenitores, nem o exercício das responsabilidades parentais partilhadas (...). (Relatório social do pai, Processo 129)

Note-se que o exercício conjunto das responsabilidades parentais é fixado independentemente da vivência familiar anterior, mesmo nos casos de violência doméstica (em 11 processos era referida a existência de violência doméstica), reforçando-se o princípio da separação entre o casal parental e o casal conjugal.¹⁷¹ Veja-se a título de exemplo o processo seguinte em que apesar do pai ter sido condenado por violência doméstica e não contactar nem com a ex-esposa, nem com a filha há vários meses, o exercício das responsabilidades é estabelecido em comum e fixado um regime de visitas – processo 142, sendo de salientar que a situação de violência doméstica nem sequer é referida na sentença:

No dia 4 de Junho de 2013, perspectivando que Salvador regressaria a casa alcoolizado e que por certo teria novas discussões e novos actos de violência, Sofia decide, como ela própria refere, fugir de casa, acompanhada pela filha, e levando apenas poucas roupas consigo. Nos primeiros dias, Sofia passa a residir em casa da sua irmã, após o que, em Agosto do mesmo ano, arrenda uma habitação, na qual se encontra ainda actualmente a residir. Entretanto, Sofia comunica-nos que reportou os actos de violência de Salvador às entidades policiais, tendo o progenitor sido já condenado pelas autoridades competentes, segundo apurámos, a prestação de trabalhos comunitários por um período de seis meses. (...)

Dos dados recolhidos para a elaboração do presente relatório, julgamos poder depreender estar na presença de uma progenitora que sempre foi a figura primária e de referência relativamente aos cuidados e à gestão da vida corrente de Sónia Neste sentido, e apesar de se identificarem algumas fragilidades habitacionais e financeiras, compreensíveis face a uma alteração súbita de um projecto de vida, é nossa opinião dever ser considerada a possibilidade de ser atribuída à progenitora a guarda da menor, bem como ser fixada residência da criança junto da mãe. No concernente à definição das questões de particular importância da vida da Sónia, parece-nos que, indubitavelmente, as mesmas deverão ser discutidas e decididas por ambos os progenitores. Importa por isso que estes sejam capazes de retomar uma comunicação parental, centrada nos assuntos que se prendem efectivamente com a menor, pondo de lado sentimentos menos positivos ainda decorrentes da separação conjugal. O mesmo sucede relativamente à definição de um regime de convívios. Ou seja, a progenitora mostra-se empenhada em estabelecer com o progenitor uma plataforma de entendimento que viabilize os contactos entre pai e filha, mantendo e reforçando os vínculos afectivos que os unem. No entanto, e de um modo que a nós nos parece pertinente, a progenitora faz depender esse regime de convívios que, progressivamente, poderá mesmo evoluir para pernoitas de Sónia junto do pai, das condições habitacionais de que este disponha e do seu equilíbrio psicológico e emocional. (Relatório social da mãe, Processo 142)

[factos dados como provados] 4 - Na sequência de frequentes discussões e degradação da relação conjugal, a que não foram alheios os problemas de alcoolismo do requerido, que nessa situação se tornava violento, a requerente, por receio do mesmo com a sua integridade física, saiu de

¹⁷¹ Como foi referido no capítulo 3, nos 15 processos em que o exercício das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância foi atribuído em exclusivo à mãe, os progenitores não-residentes encontravam-se em parte incerta, tornando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância impraticável.

casa de morada de família com a menor em Junho de 2013, tendo ido residir para casa da sua irmã; 5 - Posteriormente, em Agosto seguinte, arrendou uma habitação para onde foi viver com os filhos e onde permanece até presente;

(...)

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que a menor, agora com 10 anos de idade, desde que nasceu, sempre viveu com a mãe, tendo-a acompanhado quando a mesma saiu de casa, alegadamente por estar em causa a sua integridade física. A menor é bem cuidada pela progenitora, tendo-se o requerido afastado da sua vida, com quem não contacta desde Junho de 2013. Assim sendo, e sem necessidade de mais considerações, não pode tomar-se outra decisão que não seja a de fixar a residência da menor com a mãe, com quem a mesma tem proximidade e onde tem conhecido segurança, e a quem se atribui o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos da sua vida corrente, sendo as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a sua vida, exercidas em comum por ambos os progenitores.

(...)

No caso concreto, não se pode ignorar que a menor não mantém qualquer contacto com o requerido desde Junho de 2013, não mais a tendo ele procurado ou viabilizado diligências empreendidas no âmbito destes autos para retomar os contactos com a mesma. Assim sendo, manifesto que é o afastamento físico e afectivo evidenciado nos autos, impõe-se, no interesse da menor, fixar um regime de visitas do requerido, mas que seja securizante para aquela, sem pernoitas, de forma a permitir uma gradual aproximação entre o requerido e a menor, consignando-se, desde já, que, caso haja alteração da situação, em conformidade com o disposto no artigo 182º da OTM, a qualquer momento, poderá a presente regulação ser alterada e fixado um outro regime mais pormenorizado de visitas à menor. Pelo exposto, afigurando-se ser esta a solução que melhor satisfaz o interesse da menor, decide-se que o requerido poderá visitá-la quando o desejar, com respeito pelas suas horas de descanso, após prévio contacto com a mãe. (Sentença, Processo 142)

Como refere a APMJ (2008), o exercício conjunto das responsabilidades parentais obriga a mulher a comunicar com o ex-marido para tomar decisões relativamente à vida do/a filho/a, podendo colocá-la em perigo e cria o risco de a criança assistir a cenas de violência entre os pais ou de ser também, ela própria, vítima de violência. Assim, ao mesmo tempo que a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro, estabelece a violência doméstica como crime público, a reforma legislativa relativa às responsabilidades parentais de 2008 e a prática judiciária parecem criar novos mecanismos de invisibilização da violência de género. Desta forma, como assinala Bodelón (2012), o que é um princípio normativo desejável, a igual participação no cuidado e na guarda das crianças, converte-se muitas vezes numa imposição que não tem em consideração a desigualdade prévia e em que a pessoa que exerceu uma relação de dominação é “recompensada” com o estabelecimento de um regime de responsabilidades parentais, que lhe permite continuar a exercer essa dominação.

O objetivo, no que respeita à conceção dominante de maternidade, é encorajar as mulheres a manterem a ligação a um homem. As mulheres devem tentar assegurar a participação de um homem, preferencialmente o pai biológico, na vida dos/as seus/suas filhos/as, em especial se não tiverem condições económicas para não se tornarem um peso para o Estado (Boyd, 1996). No processo 115, o facto de a mãe ter reconstituído família há cerca de dois anos, com um homem que contribui para a economia familiar, foi um dos aspetos considerados para a guarda dos filhos ser (re)atribuída à mãe (e retirada aos avós maternos),¹⁷² tendo-lhe sido atribuídas as responsabilidades parentais exclusivas.

Da avaliação efetuada junto do presente agregado familiar, parece-nos que a Sra. Sílvia, tem manifestado capacidade para assumir as funções parentais de forma competente, cumprindo com as tarefas de acompanhamento, vigilância e cuidados a prestar aos filhos. Evidencia traços de uma personalidade adulta e responsável, com comportamentos sociais adequados, encontrando-se bem inserida em contexto familiar e social. Pelo exposto, consideramos que a progenitora tem condições adequadas e é-lhe reconhecida capacidade parental para assegurar a gestão dos atos da vida corrente dos filhos, devendo estes manter a casa da sua mãe como residência habitual. Em relação à situação económica do agregado familiar, constatámos a existência de algumas dificuldades económicas por parte da progenitora para fazer face às despesas essenciais, suportadas maioritariamente com o recurso aos valores referentes ao vencimento do seu companheiro. Contudo, na generalidade as necessidades dos menores estão asseguradas, quer pela mãe, mas também pelo padrasto que apoia nas suas despesas. (Relatório social da mãe, Processo 115)

(...)3 - Durante vários anos, foi a avó materna que assegurou a satisfação das necessidades dos menores; 4 - Há cerca de 2 anos, a requerente iniciou nova relação marital, alterando a sua residência (...); 5 - Quando em Junho de 2012, os menores foram passar um fim de semana com a mãe, recusaram-se a regressar a casa da avó, mantendo a residência com a progenitora desde então; (...) 7 - O agregado é constituído pela requerente, companheiro e menores, residindo em casa propriedade daquele; 8 - Em termos sócio-económicos, a requerente trabalha a tempo parcial num restaurante, aí auferindo cerca de € 350, exercendo o seu companheiro actividade profissional por conta própria numa carpintaria; (...)

¹⁷² Pelo contrário, noutra processo as pretensões da mãe são recusadas, sendo um dos argumentos o facto de viver sozinha e não ter uma vida familiar estruturada.

Atentos ao exposto, consideramos estar perante uma mãe que mostra pouco conhecimento, experiência e prática parental, não partilha o dia a dia do filho desde que este tinha 1 ano de idade. A requerente continua a apresentar uma situação familiar desestruturada em moldes funcionais e instável em termos profissionais. Relativamente à problemática da progenitora e atendendo a que grande parte das vezes, as dependências aditivas afetam a capacidade destes pais em exercer funções parentais de modo organizado, satisfatório e protetor. Parece-nos que o convívio materno/filial deverá ser estimulado e regular, de forma a estabelecer laços parentais mais consistentes, mantendo-se no entanto o convívio de Domingo, nos moldes em que foi estipulado anteriormente, sendo a mãe, no entanto alertada para o cumprimento de horário que deve sempre decorrer antes das 12h30. (Relatório social mãe, processo 109)

No que respeita a esta questão, desde logo se afigura importante constatar que os menores vivem consensualmente com a mãe, pelo menos, desde meados de 2012, nada sabendo deles os requeridos, que com os mesmos não mantêm contactos há anos. (...) A requerente revela ser uma mãe atenta, conhecedora das necessidades dos filhos, manifestando capacidade para assumir as funções parentais de forma competente. Desta maneira, entende-se que os menores devem ser confiados e entregues à guarda da mãe, com quem têm proximidade e onde têm conhecido segurança e junto de quem se fixa a residência, e a quem se atribui o exercício das responsabilidades parentais na sua totalidade (as relativas aos actos da sua vida corrente e as questões de particular importância para a sua vida), dada a total ausência dos requeridos da vida dos menores há vários anos. (Sentença, processo 115)

A incorporação de um homem na vida da mãe é valorizado sobretudo quando o pai biológico está ausente e/ou se demitiu das suas responsabilidades parentais, não contribuindo (economicamente) para a educação e cuidado da criança, falhando um dos papéis essenciais da conceção tradicional de família heterossexual, o de progenitor de ganha-pão.

Os requeridos nunca estabeleceram vida em comum, tendo a relação cessado ainda na fase inicial do período de gestação. A paternidade só foi reconhecida na sequência de processo de averiguação da paternidade. Até à data, o pai da criança não a terá procurado nem lhe terá facultado qualquer apoio económico para o seu processo de crescimento. Gisela reorganizou vida familiar com o actual cônjuge do qual já tem uma filha. A situação familiar apresenta alguma estabilidade em termos relacionais, existindo partilha nas tarefas e ao nível das responsabilidades inerentes ao processo de crescimento dos filhos. Estes parecem também integrar-se na nova condição familiar da progenitora denunciando um sentimento de pertença consistente. O menor a que se reportam os autos, reconhece no padrasto a figura paterna, imagem que terá sido desenvolvida pelo contacto com o padrasto quando era ainda muito pequeno e não tinha contacto com o pai requerido. (...)

Gabriel ainda não tinha um ano de idade quando a progenitora reorganizou a vida familiar pelo que as referências da criança à figura paterna passaram a ser o padrasto, a quem trata por pai procurando manter uma atitude diligente no quotidiano destes, partilhando com a mãe requerida algumas das tarefas diárias e no processo educativo daqueles de forma global. (Relatório social da mãe, 127)

Como nota final, salienta-se que, desde o nascimento do Gabriel, o requerido sempre se posicionou como um pai sem qualquer investimento no processo de crescimento dele, tanto na área afetivo/relacional como na material, nunca tendo assumido qualquer prestação de alimentos. Nesta vertente da parentalidade, entende que não tem meios financeiros que lhe permitam assumir essa obrigação, justificando com a sua fragilidade económica. Não obstante, e salvo melhor entendimento, considera-se que o mesmo deveria ser responsabilizado por esse Tribunal a cumprir com esse dever paternal. (Relatório social do pai, Processo 127)

Quando o pai demonstra interesse na criança e a mãe refez a sua vida familiar, como no processo seguinte (103), observa-se uma promoção e protecção do laço biológico pelo discurso pericial e judicial em relação aos laços socioafetivos, associados ao padrasto. A presença do pai biológico no quotidiano remete o padrasto para o lugar de

figura complementar no universo da recomposição familiar. De acordo com Atalaia (2011), embora o lugar de padrasto seja habitualmente considerado um lugar parental, este postulado começou a ser posto em causa a partir do momento em que as famílias recompostas começaram a ser precedidas pela situação de divórcio ou separação em detrimento da situação de viuvez. De acordo com Collier (2009) as transformações sociojurídicas no sentido do reconhecimento de diferentes tipos de uniões e de facilitação do divórcio, e o aumento dos nascimentos fora do casamento, conduziram a um ênfase crescente na paternidade biológica e nos laços biológicos e relacionais entre progenitor e criança, mais do que na família tradicional assente no casamento entre um homem e uma mulher. Assim, a parentalidade passou a ser definida tendo em conta o fator biológico e não residencial (Théry, 2001), inaugurando o que Déchaux (1995) designa de biologismo familiar.

No processo 103 o padrasto é designado de figura parental artificial, como se pode ler no excerto seguinte do relatório de avaliação psicológica da criança:

Continuidade de um subsistema parental idealizado e irreal assim como de uma figura paterna artificial (ex-padrasto) em substituição do pai; (...) Objectivos: Eliminar a representação interna de uma falsa figura paterna e de um falso subsistema parental. (Relatório de avaliação psicológica da criança, Processo 103)

E a mãe é responsabilizada e “sancionada” pelo discurso pericial e judicial por o filho reconhecer no padrasto, e não no pai-biológico, a figura parental e não facilitar a criação de vínculos afetivos entre o pai-biológico e a criança:

Parece-nos que este curtíssimo período de tempo serviu para que o Diogo pudesse desenvolver um relacionamento parental mais próximo. Porém, a mãe veio a colocar-se numa posição de obstaculização justificada por motivos profissionais, mas não deixando de sugerir visitas supervisionadas em horário não compatível com o horário público. Certo é que esta situação acaba por não permitir, em última instância, que se possa construir uma dinâmica de vinculação mais profícua. (...) Em última instância, esta mãe não permite que a criança faça o luto da sua onnipotência parental. Aprovar (ela própria) que é importante, na vida do filho, a presença deste progenitor (independentemente do seu comportamento aditivo ao longo de vários anos), será admitir que está errada, o que representa uma ferida narcísica considerável, sobretudo tendo em conta os anos de afastamento entre pai-filho. Aliás, e neste seguimento, esta pergunta-se muitas vezes. Porquê agora o interesse do pai em estar com o filho? Depois de tantos anos de afastamento? Diríamos, por último, que fazer (simplesmente) respeitar e/ou cumprir a decisão do Tribunal quanto ao regime de visitas é, da nossa parte, insuficiente neste momento. Já registámos neste documento o desinteresse da mãe em dar continuidade ao processo. Neste sentido, sugerimos que se realize nova conferência de pais, com carácter de muito urgente, com base em dois objectivos: tendo em vista a clarificação destas situações, e que o elemento materno possa ser advertido para a necessidade - tendo em consideração os interesses do menor - da prossecução do regime de visitas

estipulado pelo Tribunal. (Relatório de avaliação dos convívios 5, Processo 103)

Resulta destes autos e apensos, que o menor Diogo, de 11 anos de idade, nunca viveu com o pai, sendo que até ao início da intervenção do Tribunal nestes autos, desconhecia mesmo a sua existência. Vivendo com a mãe, companheiro e um filho do casal. Tendo para ele como pai, este companheiro da mãe. Esta realidade, que a mãe lhe transmitiu em condições e tempo desconhecidos, fê-lo rejeitar a figura paterna, resultando infrutífero todo um longo trabalho de aproximação feito, sob a égide do tribunal. (Sentença, Processo 103)

Nestes casos, o tribunal, auxiliado por outros saberes, enceta diligências no sentido de recuperar e/ou reforçar o laço biológico entre pai e criança. No processo 103 de incumprimento da regulação do exercício das responsabilidades parentais entreposto pelo pai, Domingos, que nunca conheceu o filho de 8 anos, Diogo (tendo mesmo questionado a paternidade da criança), solicitando ao tribunal a aproximação gradual ao filho, o tribunal promoveu diversas diligências, primeiro através da EMAT – convívios supervisionados nas instalações da Segurança Social e na Escola –, e depois através da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade – intervenção terapêutica.

Ouvida a progenitora e apurando-se inexistir qualquer contacto com o filho por parte do requerente desde 2004, não o conhecendo a criança, diligenciou o tribunal tendo em vista o estabelecimento de uma relação do menor com o progenitor, assim vindo os autos a ser processados ao longo dos anos, sempre com vista à normalização do convívio entre pai e filho. Várias foram as instituições chamadas a intervir e muitas mais foram as diligências empreendidas com vista ao desiderato aludido, designadamente avaliações, audições e acompanhamentos, tudo sem os resultados pretendidos, apesar de alguns sucessos temporários do percurso. Não tendo resultado da última conferência de pais, novas soluções para resolver a questão das visitas/aproximação do menor ao pai, rejeitando este aquela que seria a única que restaria, segundo os técnicos então envolvidos, ainda que sem garantia de resultados diferentes das anteriormente tentadas: o acompanhamento dos progenitores na Unidade de Apoio à Comunidade. Ainda assim, foi diligenciado por parte deste Tribunal uma visita entre pai e filho no último Natal, que se frustrou.

(...)

Estando em causa um incidente de incumprimento, resulta que relativamente à requerida nada pode ser agora imputado, uma vez que a mesma não põe presentemente qualquer obstáculo a que o pai esteja com o menor. Sendo que a eventual recusa do filho em estar com o pai, se deve a circunstâncias passadas e alheias ao actual comportamento da mãe. (Sentença, Processo 103)

Em suma, o discurso pericial e judicial procura assegurar a participação de um homem no cuidado das crianças, seja através da fixação das responsabilidades parentais de particular importância, seja através da promoção e extensão dos convívios entre progenitores-homens e filhos/as.

2.1.2 O fim dos “pais de fim de semana”

O direito de visitas consagrado na lei significa, no contexto do divórcio ou da separação judicial de pessoas e bens, a possibilidade de o progenitor não residente e a criança se relacionarem e conviverem entre si, uma vez que tais relações não podem desenvolver-se de forma normal, no dia a dia, em virtude da falta de coabitação (Sottomayor, 2011, p.105). E é indissociável da tendência de promoção da participação dos pais-homens no cuidado das crianças, uma vez que na maioria dos casos a residência das crianças continua a ser fixada junto da mãe.

Nos processos tutelares cíveis relativos ao exercício das responsabilidades parentais analisados, o direito de visita do progenitor não-residente é sempre reconhecido judicialmente, ainda que por vezes sujeito a supervisão, como nos processos de pais com dependências, ou condicionado à autorização/concordância ou presença do progenitor residente, inclusivamente nos processos de limitação do exercício das responsabilidades parentais, como no primeiro exemplo, ou em processos em que o paradeiro do progenitor não-residente é desconhecido, pais abandonados, como no segundo.

Relativamente ao regime de visitas, a circunstância de as crianças serem confiadas a terceira pessoa não significa que se quebrem os laços entre elas e os respectivos progenitores. Na verdade, os contactos com os progenitores serão decerto benéficos ao seu desenvolvimento. Embora por motivos diferentes, entendo ajustado fixar que os requeridos poderão visitar os filhos quando quiserem, sem prejuízo das actividades lectivas e dos períodos de descanso destes, avisando previamente a avó materna e na presença desta. (Sentença, Processo 139)

Ora, não obstante a impossibilidade física do progenitor poder conviver pessoalmente com a filha, sendo mesmo de momento o seu concreto paradeiro [no país para onde emigrou] desconhecido, apesar de se ter deslocado a Portugal há cerca de um ano pela última vez, a verdade é que existe todo o interesse em que aquele mantenha os laços com a mesma. Forçoso é não esquecer que o contacto com a figura paterna se revela como factor determinante e insubstituível do desenvolvimento da menor. (...) O pai, Emanuel, poderá visitar a filha sempre que se desloque a Portugal e o desejo, respeitando os seus horários de descanso e escolares, após prévio contacto e dependendo do acordo da mãe. (Sentença, Processo 110)

Para além disso, de acordo com as entrevistas, os/as magistrados/as procuram alargar o tempo de convívio, ultrapassando o *cliché* dos pais de “fim de semana”, o que é perceptível também nos processos judiciais.

*O que tentamos aqui é de facto promover o máximo de convívio possível com o progenitor não residente, ultrapassando o *chavão* dos fim de semana, pôr também a meio da semana, por exemplo, convívios ou pernoitas com o progenitor não residente, se não for possível a pernoita*

ou pelo menos tomar uma refeição. (...) (Entrevista Magistrada do Ministério Público 4)

Neste sentido, nos processos com maior conflitualidade e de afastamento de um dos progenitores os relatórios sociais propõem regimes de visitas mais detalhados sugerindo locais, datas e horas, e uma aproximação progressiva que é promovida pelo tribunal, como observado no processo 103 referido anteriormente.

Pelo exposto, tendo em conta a postura de recusa que a progenitora vem revelando sobre o convívio pai/filho e o facto do despacho do Tribunal não mencionar o local de entrega e recepção do menor ao pai, entendemos que a continuidade deste convívio poderá vir a ficar comprometida, pelo que sugerimos o seguinte: - Que o Tribunal determine um local para a passagem do menor de um progenitor para o outro, nas datas destinadas ao convívio entre o filho e o pai, sendo recomendável que tal venha a acontecer em espaço neutro. - Que esse Tribunal alerte a progenitora para o seu dever de cumprir o regime de visitas estabelecido, - Que o Tribunal alerte a progenitora para o exercício responsável das funções parentais em condições que proporcionem ao filho alguma estabilidade emocional. (Relatório de avaliação dos convívios, Processo 136)

Uma vez que não se vislumbra possibilidade de acordo e por se me afigurar conveniente, decide-se manter o regime experimental de visitas nos seguintes termos: - O pai poderá estar com o menor, aos domingos de 15 em 15 dias, entre as 12:00 horas e as 16:00 horas, a ocorrer no espaço do Macdonalds(...), a começar [fevereiro], intercalando com encontros no parque (...) entre as 10:00 horas e as 13:00 horas (Ata de Conferência, processo 136)

Numa análise global e tendo como base avaliativa, a relação diluída/inconsistente entre pai/filha desde o seu nascimento, e salvo melhor entendimento, a proposta apresentada pela requerida, numa fase inicial, a (re)aproximação gradual ao pai na presença de um elemento significativo para ela, parece-nos ser a situação que acautela, os interesses de Oriana, por entendermos ser mais estabilizadora e pacificadora para ela, sendo que a evolução, obviamente, dependerá dos comportamentos/atitudes que Oriana for interiorizando. (relatório social da mãe, Processo 120)

Ora, no caso em apreço, o requerido, gradualmente, deixou de visitar a filha, sendo que já não está com ela desde há cerca de 2 anos. Porém, há que não esquecer o que consta do ponto 15 dos factos provados - a Oriana identifica o requerido como seu pai e costuma falar dele; quando o pai a visitava, era carinhoso com a filha e esta apreciava tais contactos -, pelo que é do interesse da criança a restauração do convívio com o pai. Assim, entendo que deve ser fixado um regime de convívio aberto, pois importa que os contactos entre pai e filha não fiquem vedados, devendo os mesmos ocorrer na casa dos avós maternos e na presença destes ou da progenitora: o pai poderá visitar a filha sempre que o desejar, sem prejuízo das horas de descanso e das actividades escolares desta. (Sentença, Processo 120)

O direito de acesso depende tanto da forma como o progenitor não-residente, em geral o pai, é representado, como da disponibilidade do progenitor residente, em geral a mãe, para promover, ou não, o contacto. De resto uma das regras de definição da residência da criança é precisamente a disponibilidade para manter os contactos com

o progenitor não-residente. Quando a mãe de alguma forma é percebida como estando a influenciar a criança, atuando em função do seu interesse e não da criança, não aceitando ou cumprindo a sua função de encorajar a relação com o pai, os direitos de acesso do pai são reafirmados, alargados ou mesmo “forçados”. Tome-se como exemplo o já referido processo 103, em que a mãe é caracterizada como pouco colaborante, sendo recomendado o alargamento dos convívios com pernoita em casa do pai a meio da semana (e é mesmo sugerida a fixação da residência junto do pai). O tribunal fixa como regime provisório o convívio aos fins de semana alternados e a meio da semana, mas sem pernoita.

Daquilo que conhecemos da figura materna, de há cerca de 16 meses a esta parte, e da auscultação de outras fontes de informação, diríamos que estamos na presença de uma pessoa com uma atitude pouco colaborante, e que, na presença de stress interpessoal, são manifestas expressões e/ou episódios de ansiedade e irritabilidade, situação que lhe acarreta dificuldades em controlar a razoabilidade das situações, e a formulação de consensos. (...)

Em conclusão, a nossa redacção é dirigida ao Tribunal. Caber-lhe-á, agora, a tomada de decisão que se pretende firme e assente numa base rígida que não possa dar azo a incumprimentos (...). A literatura científica defende e/ou recomenda que se tomem decisões e/ou soluções que impliquem necessariamente uma mudança substancial na realidade verificada até ao momento, nomeadamente que possa haver uma transferência de custódia e/ou limitação do contacto entre o menor e o progenitor alienador. Não se pretendendo, de momento, que se aponte nesta direcção, a decisão (de menor peso) deverá ir no sentido de se projectar e programar, de facto, um regime de visitas, mesmo que seja contra o desejo do menor, que englobe a pernoita do menor em contexto habitacional do progenitor. Esta decisão deverá ser acompanhada de uma intervenção especializada de âmbito psicológico. (Relatório de avaliação dos convívios, Processo 103)

Pelo contrário quando a mãe é vista como aceitando a sua responsabilidade de promover e encorajar a relação pai-filho/a, sendo “razoável e fazendo o seu melhor para resultar”, o acesso tende a ficar ao seu critério ou é mesmo limitado a seu pedido. Ou seja, o sucesso ou insucesso de pais e mães não depende exclusivamente da forma como os seus comportamentos são percecionados, mas também do modo como o outro progenitor é percecionado. No processo 142 de regulação do exercício das responsabilidades parentais na sequência do divórcio dos progenitores, de acordo com o relatório social:

(...)a progenitora mostra-se empenhada em estabelecer com o progenitor uma plataforma de entendimento que viabilize os contactos entre pai e filha, mantendo e reforçando os vínculos afectivos que os unem. No entanto, e de um modo que a nós nos parece pertinente, a progenitora faz depender esse regime de convívios que, progressivamente, poderá mesmo evoluir para pernoitas de Sónia junto do pai. das condições habitacionais

de que este disponha e do seu equilíbrio psicológico e emocional (Relatório social da mãe, Processo 142)

Na sequência dos relatórios sociais da mãe e do pai, os/as magistrados/as do Ministério Público e judicial defendem a fixação de um regime de visitas nos termos propostos pela mãe e pelo relatório social:

Assim sendo, manifesto que é o afastamento físico e afectivo evidenciado nos autos, impõe-se, no interesse da menor, fixar um regime de visitas do requerido, mas que seja securizante para aquela, sem pernoitas, de forma a permitir uma gradual aproximação entre o requerido e a menor, consignando-se, desde já, que, caso haja alteração da situação, em conformidade com o disposto no artigo 182º da OTM, a qualquer momento, poderá a presente regulação ser alterada e fixado um outro regime mais pormenorizado de visitas à menor. Pelo exposto, afigurando-se ser esta a solução que melhor satisfaz o interesse da menor, decide-se que o requerido poderá visitá-la quando o desejar, com respeito pelas suas horas de descanso, após prévio contacto com a mãe. (Sentença, Processo 142)

No processo 138 de alteração da regulação do exercício das responsabilidades parentais a mãe vem solicitar a alteração do regime de visitas fixado:

Da avaliação realizada e tendo em conta o presente incidente, ressalta a preocupação da requerente em proteger o filho menor, nomeadamente de uma possível reaproximação entre este e o pai, daí considerar importante que a regulação do exercido das responsabilidades parentais seja alterada em benefício da criança. Defende que a haver lugar a reaproximação da relação entre o filho e o pai, que esta deva somente ocorrer em sua casa, sem prejuízo dos seus horários de descanso e mediante aviso prévio, com vista ao bem-estar da criança. Tendo em conta a avaliação efectuada, consideramos que a progenitora tem conhecimento das necessidades do seu filho, apresentando capacidade para desempenhar a sua função parental. Assim, e face ao exposto, consideramos de extrema importância a proposta que a requerente apresenta, podendo em nosso entendimento, haver lugar a alteração, sobretudo tendo em conta a adequada satisfação das necessidades do Daniel, procurando deste modo promover o seu bem-estar e a sua protecção. (Relatório social da mãe, Processo 138)

Pretensão que é corroborada e legitimada judicialmente pelos/as magistrados/as do Ministério Público e judicial:

Pretende a requerente a diminuição dos tempos de convívio do menor com o seu pai, ora requerido, nos termos que vêm propostos a fls. 13. Em ambos os relatórios sociais juntos aos autos, quer o respeitante à mãe do menor quer o referente ao pai deste, se conclui pelo deferimento da pretensão da requerente, devido à irregularidade no convívio do requerido com o menor, que costuma estar largos períodos de tempo sem o procurar. Assim sendo, é também nossa opinião que se deverá considerar procedente a pretensão da mãe do menor (Promoção do Ministério Público, Processo 138)

De acordo com todas estas considerações, e face ao caso em apreço e à matéria apurada, perante a actual radicalização de posições dos progenitores sobre o regime de visitas e contactos do menor com o pai, revelando esta total ausência da vida do filho há mais de um ano, nunca tendo o regime vigente sido cumprido, nem havendo vontade ou disponibilidade dos progenitores em o implementar, impõe-se alterar o

mesmo, em consonância com a factualidade apurada e realidade actual. Como assim, é de fixar um regime de contactos aberto e flexível, que preveja a possibilidade do requerido visitar o menor sempre que o desejar, com respeito pelos seus horários de descanso e escolares, devendo, todavia, avisar a requerente, com uma antecedência mínima de 24 horas. O que se decidirá. (Sentença, Processo 138)

Assim, apesar das mães obterem a guarda na maioria dos casos, a atitude que se espera que estas assumam, de forma a persuadir os tribunais da sua adequação, constitui, de acordo com Boyd (1996), parte do processo de redefinir e reforçar a ideologia da maternidade.

Conclusão

A análise desenvolvida no presente capítulo sobre as representações sobre mães e pais e as tendências das recomendações e decisões judiciais revela como as concepções dominantes de maternidade, paternidade e família continuam a ser instrumentos analíticos relevantes na análise da prática judicial (e pericial) e pode ser sintetizada em quatro conclusões.

Em primeiro lugar, os motivos que levam as partes a instaurar um processo (ou a dirigir-se ao Ministério Público) revelam como a mudança e a continuidade, o moderno e o tradicional se entrecruzam nas relações familiares e parentais, em especial no momento de rutura familiar, e como o direito pode ser um local de luta sobre os significados de género (Chunn e Lacombe, 2000; Kapur, 2006), afirmando-se simultaneamente como um meio de “libertação” e um meio de reprodução da ordem social (Smart, 1999). Se os processos tutelares cíveis relativos ao acesso às crianças refletem a diversificação de estilos de paternidade e de funcionamento conjugal e parental, com a adoção de dinâmicas mais igualitárias de parentalidade (Marinho, 2010), em que a criança se torna, por vezes, objeto da competição afetiva, simbólica, prática e identitária entre o casal, em especial após a separação (Beck e Beck-Gernsheim, 2005). Os processos de carácter patrimonial e certificação administrativa, por sua vez, refletem muitas vezes a subsistência do modelo tradicional da parentalidade separada no pós-divórcio, moldado por uma dualidade e desigualdade profundas de género, em que as mulheres continuam a assumir a maioria dos cuidados às crianças, com os sacrifícios e as penalizações económicas e profissionais inerentes.

Em segundo lugar, a análise das representações de homens e mulheres quanto às competências parentais revela expectativas distintas em relação a cada um dos géneros, assentes nas conceções dominantes de paternidade e maternidade e de família. Mais concretamente, a expectativa é que os pais-homens estabeleçam uma relação afetuosa e de cuidado com a(s) criança(s) e sejam simultaneamente o seu principal suporte económico. E que as mães-mulheres, por sua vez, assumam o cuidado dos/as filhos/as, associando a maturidade feminina à maternidade e ao cuidado dos/as filhos/as, privilegiando o cuidado dos/as filhos/as em detrimento da carreira profissional. Com efeito, no que respeita à paternidade, pese embora os papéis tradicionais dos pais comecem a ser desafiados e fragmentados prevalecem referências dos mesmos nos discursos judiciais em especial ao papel do pai heterossexual e provedor, “ganha-pão” (Collier, 2008). Quanto à conceção dominante de maternidade, esta continua a determinar que o cuidado das crianças deve ocorrer no contexto de uma (ou duas) família(s) nuclear(es) heterossexual(ais), sendo que agora as mães que se separam devem ser razoáveis e facilitar e promover o contacto com o pai-biológico, mantendo-se o ideal de autossacrifício maternal (Boyd, 1996). Assim, observa-se uma redefinição das conceções tradicionais de maternidade, paternidade e família, emergindo novos ideais de parentalidade *gendered* (Boyd, 1996 e 2004) e reforçando-se o laço biológico em detrimento de outros.

Em terceiro lugar, a análise do discurso pericial e judicial sobre homens e mulheres, pais e mães, e do regime de regulação das responsabilidades parentais recomendado e definido judicialmente revela como a forma como pais e mães são representados é determinante para o seu sucesso ou insucesso na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais: os pais e mães com “problemas de saúde mental” ou adição são considerados incompetentes e é-lhes negado o aumento dos convívios com os/as filhos/as; e as mães que não passam a imagem de autossacrifício, seja por não terem um trabalho adequado, seja por não facilitarem o contacto com o progenitor não residente, são penalizadas.

Em quarto lugar, nas recomendações e regimes de regulação das responsabilidades parentais prevalece o modelo tradicional de guarda separada, ainda que reformulado. Ou seja, a residência continua a ser fixada primordialmente junto da mãe, porém, defende-se a permanência do casal parental para lá do conjugal e uma maior participação do homem na família pós-rutura, através da partilha das decisões mais

relevantes e do aumento do tempo de convívio com o progenitor não-residente em geral os homens. As representações das recomendações e decisões judiciais relativas às responsabilidades parentais seguem, portanto, as tendências gerais das políticas de família em Portugal identificadas por Wall (2010) que desde 1995, e até às alterações introduzidas em 2009, assentam, por um lado, na valorização de um pai mais participativo mas que ainda é o provedor principal da família e, por outro lado, de uma mãe que trabalha sem deixar de ser a principal cuidadora das crianças. Ao acentuar a importância simbólica do pai no seio da família pós-rutur, este quadro privilegia a família heterossexual tradicional e encara como atípicas as famílias monoparentais femininas sem uma figura paternal. A família nuclear heterossexual continua assim a ser vista como a mais adequada para cuidar de uma criança, sendo as famílias monoparentais encaradas como potenciais fontes de comportamento desviante, na falta de uma adequada "socialização" dos seus membros, que decorre precisamente da ausência do pai (Machado, 2007). A regulação do exercício das responsabilidades parentais parte então de um conjunto de pressupostos ideológicos que controlam e disciplinam as famílias.

Conclusão

Nas páginas que se seguem pretende-se apresentar uma síntese dos resultados, confrontá-los com as hipóteses de partida, apresentar conclusões, refletir sobre os impactos dos conhecimentos produzidos, sugerir pistas para a investigação futura. Esta tese resulta de um percurso de investigação que decorreu após a criação dos Programas de Estabilidade e Crescimento e durante a implementação do Memorando de Entendimento da Troika, em Portugal. Este período ficou marcado pela adoção de políticas austeritárias, com cortes no Estado Social, e um aumento das desigualdades sociais (Ferreira, 2014). A investigação e o trabalho de campo foram, então, realizados num período de “exceção”, de austeridade, pelo que é importante, neste momento, refletir sobre a crise económica e as políticas austeritárias e o seu impacto na problemática em análise.

Os impactos da crise são usualmente avaliados em termos estritamente económicos, como a redução do défice, e ainda que alguns autores alertem para as consequências sociais da crise, como a taxa de desemprego ou a taxa de pobreza, poucos têm refletido sobre como a combinação das políticas austeritárias com as consequências sociais impactam nas dinâmicas familiares e, em particular, na mobilização da justiça de família. O contexto de crise económica tem, necessariamente, reflexos na expressão elevada de requerentes e requeridos/as com níveis socioeconómicos baixos, desempregados/as ou beneficiários/as do rendimento mínimo, e/ou que reintegraram o seu núcleo familiar de origem, quer sozinhos/as, quer com os/as filhos/as. A crise afirma-se, assim, como um fator de limitação do processo de modernização das famílias, refreando, designadamente, as tendências para a individualização e nuclearização das famílias. Mas o contexto de crise e as políticas austeritárias contribuem, ainda, direta e indiretamente, para a alteração não só do volume, como do carácter dos conflitos familiares judicializados. Por um lado, a política da austeridade, ao transferir o custo do ajustamento para as populações e, em particular, para as famílias, potencia o aumento dos conflitos judiciais de incumprimento e alteração das responsabilidades parentais, em especial no que toca a pensão de alimentos. Por outro lado, a opção política de redução do Estado Social torna a mobilização dos tribunais

para a regulação ou alteração das responsabilidades parentais a única forma de aceder a prestações sociais, que passaram a ter critérios de acesso mais restritos. Desta forma, observa-se uma judicialização da questão social, colocando novos desafios aos tribunais de família e menores, enquanto garantes dos direitos fundamentais das famílias e, em especial, das crianças, como o direito à alimentação ou o direito à proteção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral.

Os processos tutelares cíveis refletem a diversificação de estilos de paternidade e de funcionamento conjugal e parental, com a adoção de dinâmicas mais igualitárias de parentalidade, em que a guarda da criança se torna, após a separação, objeto da competição afetiva, simbólica e identitária, sustentada, também, pelas alterações legais no sentido da partilha das responsabilidades parentais. Porém, a análise revela não só a subsistência, como o predomínio do modelo tradicional da parentalidade separada no pós-separação, moldado por uma dualidade e desigualdade profundas de género. Não obstante seja promovida a permanência do casal parental para lá do conjugal e uma maior participação do homem na família pós-rutura, para além do contributo para o sustento da criança, através da partilha das decisões mais relevantes e do aumento do tempo de convívio, a residência continua a ser fixada primordialmente junto da mãe, com os sacrifícios e as penalizações económicas e profissionais inerentes. A análise revela, assim, como o moderno e o tradicional se entrecruzam nas relações familiares e parentais, em especial no momento de rutura familiar, e como o direito e a justiça podem ser um meio de transformação e/ou de reprodução da ordem social e das desigualdades sociais e sexuais.

Os processos tutelares cíveis refletem ainda um paradoxo, as crianças são simultaneamente centrais no direito da família e das crianças e estão praticamente ausentes da prática judiciária de regulação do exercício das responsabilidades parentais. O argumento da proteção e de uma vitimação secundária da criança é usado para legitimar a não audição das crianças quer no tribunal, quer no contexto das perícias judiciárias, que se assumem, em geral, como discursos adultocêntricos. A criança continua a ser tratada como um sujeito de direito, um ser frágil e que necessita de proteção dos adultos e do Estado, mais do que como um sujeito de direitos, capaz de expressar opiniões, titular do direito de as ver tomadas em devida consideração, como consagrado na Convenção sobre os Direitos da Criança. A prática judiciária deve procurar proteger a criança, sim, mas garantir simultaneamente a sua

participação efetiva, adotando todas as medidas e procedimentos que garantam uma adequada e não vitimizadora participação da criança no processo, recorrendo designadamente às competências específicas das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais. A audição da criança foi um dos direitos reforçados pelas alterações legislativas recentes resultantes da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro. O Regime Geral do Processo Tutelar Cível estabelece no artigo 5.º que “a criança tem direito a ser ouvida, sendo a sua opinião tida em consideração pelas autoridades judiciais na determinação do seu superior interesse”, prevendo no artigo 20.º que compete às Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais “apoiar as crianças que intervenham nos processos”. As EMAT estão, assim, responsáveis pelo acompanhamento técnico de preparação da criança para a audição frente a um juiz. Importa, contudo, perceber no futuro se e como a prática judiciária irá acolher e pôr em prática estas alterações legislativas.

A investigação tomou como hipótese principal a centralidade das perícias judiciais no processo de decisão judicial do regime de exercício das responsabilidades parentais. A análise da informação confirmou largamente esta proposição. Pese embora os magistrados/as tenham liberdade de admissão e apreciação dos meios de prova, as perícias judiciais, em sentido amplo e sociológico, são frequentemente influentes nos casos que vão a julgamento e, na maioria dos casos, a decisão judicial final é, em geral, consistente com as recomendações do/a perito/a, tal como constata os estudos de Semple (2011), Ottosen (2006) e Manita e Machado (2012), entre outros. Sendo que os restantes meios de prova, designadamente, os depoimentos das partes e das suas testemunhas, são desvalorizados pelos magistrados/as judiciais e do Ministério Público face aos meios de prova pericial (oficiais), caracterizados como “neutrais e objetivos”.

As opções metodológicas permitiram perceber que o impacto das perícias judiciais nas decisões judiciais de regulação do regime de responsabilidades parentais é complexo e heterogéneo, estando associado a diferentes fatores, e estende-se a montante da decisão judicial, aos diferentes atos processuais e decisões judiciais, com consequências na duração do processo. Em primeiro lugar, a adoção de uma conceção ampla e sociológica de perícia judiciária permitiu observar e comparar o impacto das diferentes perícias judiciais na condução do processo judicial e na construção da decisão judicial, que podem, como sustenta Dumoulin (2000), ser um recurso inútil,

estratégico ou vinculativo na decisão judicial, em função de diferentes fatores: desde quem a solicita, passando pela autoria da perícia, o tipo de informação veiculada, a existência de outros meios de prova (testemunhas, outros relatórios periciais) e o grau de concordância entre estes, até à existência de laços de confiança entre magistrado/a e perito/a.

Uma perícia judiciária configura-se como um recurso inútil, que é desvalorizado pelos magistrados e magistradas do Ministério Público e judiciais na formação da convicção, quando é junta pelas partes, ou apresenta um cariz estritamente técnico, ou não contribui com informações novas para a construção da decisão judicial. Pelo contrário, uma perícia judiciária assume-se como recurso vinculativo para a decisão judicial, quando é solicitada pelo tribunal, a uma entidade representada como “credível” e com quem os magistrados têm laços de confiança, não existem outros meios de prova periciais ou, quando existem, estes apresentam conclusões e recomendações consistentes entre si, e mais do que informações técnicas disponibiliza informações generalistas ou contextuais e recomendações.

Entre as perícias judiciárias destacam-se como recursos vinculativos, os relatórios sociais, obrigatórios por lei e realizados pelas Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais, cujas informações contextuais e generalistas (ou processuais) e recomendações são consideradas em todas as sentenças para formar a convicção, existindo mesmo sentenças em que são os únicos meios de prova (a par do assento de nascimento). Apenas pontualmente, estas perícias judiciárias são utilizadas unicamente como fontes de argumentos, que os/as magistrados/as judiciais selecionam e utilizam estrategicamente para, por exemplo, obterem um acordo entre as partes ou formular uma decisão, ou seja, enquanto recursos estratégicos. Como recursos inúteis destacam-se as avaliações psicológicas e psiquiátricas e os testemunhos de peritos/as em sede de audiência e julgamento. Pese embora estas perícias, tal como os relatórios sociais, sejam realizadas por peritos/as de entidades consideradas credíveis, a pedido do tribunal, a sua capacidade de estabelecer certezas e contribuir para a decisão judicial está diminuída, as primeiras pelo seu cariz primordialmente técnico, as segundas por não trazerem informação nova em relação ao relatório pericial.

Deste modo, a análise das diferentes perícias permitiu também validar a hipótese, inspirada no contributo de Michel Foucault (1980) e de Carol Smart (1999), de que no

processo e decisão judicial se estabelece uma hierarquia de saberes, de perícias, existindo perícias judiciárias que são mais valorizadas do que outras. Contudo, os dados contrariam as conclusões de Bala e Antonacopoulos (2007) e Semple (2011) ao revelarem que as perícias resultantes dos inquéritos sociais dos técnicos da segurança social, mais próximas das ciências humanas, são, na prática, mais valorizadas e têm maior impacto, do que as perícias realizadas pelo Instituto de Medicina Legal, mais próximas das ciências ditas “duras”. De forma semelhante, quer as entrevistas como os processos apontam para uma maior valorização dos relatórios da Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade em relação aos do INML. Assim, a natureza da disciplina determina (apenas) em parte o poder de constrangimento sobre a realidade e, em particular, sobre a decisão judicial. Como defendem Ward (2004) e Dumoulin (2007), existem múltiplos fatores que determinam o carácter vinculativo de uma perícia, entre elas as relações de confiança que se estabelecem entre magistrados/as e peritos/as e entre os/as peritos/as. Estes laços de confiança são referidos como um dos critérios não só para a utilização e legitimação judicial das perícias pelos/as magistrados/as nas decisões judiciais, como para a seleção das entidades a realizar as perícias judiciárias, designadamente, os exames médicos ou psicológicos previstos na lei.

A análise revela também que a forma como as perícias judiciárias são percecionadas e utilizadas pelos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais no processo e decisão judicial varia em função do tipo de informação e recomendações incluídas, ou não, no relatório pericial. Mais concretamente, confirma-se a hipótese de Castel (1991) que defende que quando o saber do/a perito/a não se limita a ajudar a resolver os litígios com informações técnicas, como as informações médicas e psicológicas e (algumas) avaliações psicológicas e psiquiátricas, e qualifica e desqualifica comportamentos e inclui comentários e soluções prontas, este tende a ser o elemento decisivo no processo de decisão. Por conseguinte, as perícias judiciárias mais comuns, os relatórios sociais, ao afastarem-se do modelo clássico de perícia técnica, em que o/a perito/a é um mero auxiliar ao serviço de um terceiro que tem a responsabilidade da decisão, e assumirem-se como perícias instituintes, configuram-se, em geral, enquanto “procedimentos de atalho” ou “procedimentos limitativos”, como argumenta Dumoulin (2000) que constroem a ação de magistrados e magistradas.

A seleção e validação das perícias dependem simultaneamente do poder jurídico e judicial, que estabelece as regras das perícias judiciárias (legislação) e as legitima (ou não) enquanto meios de prova, do poder disciplinar das técnicas e métodos dos/as peritos/as e das características específicas de cada relatório pericial, bem como das relações de poder estabelecidas entre eles, ou seja, das relações de forças múltiplas entre magistrados/as e peritos/as, que estabelecem em conjunto o que é “verdade”. E, se, por um lado, os/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais recorrem à autoridade das perícias judiciárias para legitimar as suas decisões, por outro lado, as perícias judiciárias estão também sujeitas à legitimação pela ação dos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais, quer no momento prévio de seleção para realização da perícia, quer após a sua receção pelo tribunal (legitimação das recomendações etc., e as suas recomendações), estabelecendo-se uma relação de codependência (Zappulli, 2005). Ou seja, como coloca Jasanoff (2004b), as ideias de verdade e de justiça são coproduzidas no contexto dos processos judiciais, através da ação e interação de magistrados/as e peritos/as.

A opção metodológica de recolher todas as peças processuais e adotar uma análise vertical dos processos, ou seja, de desenvolver uma análise singular de cada um dos processos, permitiu, em segundo lugar, enquadrar as perícias judiciárias na “história” do processo judicial, dando visibilidade à amplitude do impacto das perícias judiciárias. Por outras palavras, confere visibilidade à crescente dependência, identificada por Foucault (1997), do pensamento jurídico em relação a outros sistemas de conhecimento, isto é, à colonização do direito pelo poder disciplinar. Com efeito, a influência das perícias judiciárias não se restringe à decisão judicial, estendendo-se à condução de todo o processo judicial, desde os atos processuais, passando pela realização de outras perícias, até à homologação de acordos entre os progenitores. Note-se que os/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais aguardam pela realização e receção das perícias judiciárias para elaborarem as promoções e decisões judiciais, legitimando as sugestões dos/as peritos/as quanto à realização de conferências de pais, audição de testemunhas e outras perícias judiciárias. E, para além disso, recorrem às perícias judiciárias para obter acordos entre os progenitores, seja pela homologação dos acordos obtidos no âmbito da perícia judiciária, seja pela instrumentalização dos resultados e/ou recomendações da perícia judiciária na audiência de julgamento para conduzir as partes a chegarem a um acordo.

Consequentemente, o tempo de realização e obtenção das perícias judiciárias solicitadas pelo tribunal tem reflexos na duração dos processos. Os processos tutelares cíveis que compõem a amostra duram em média cerca de um ano e meio, e, como se observou, a maioria das perícias judiciárias não respeita o prazo judicialmente estabelecido e/ou legalmente determinado de 30 ou 60 dias para elaboração do relatório pericial. A demora das decisões em processos deste tipo é uma preocupação de académicos e profissionais judiciais e não judiciais, uma vez que o tempo das perícias e da justiça não é o tempo da criança, exigindo-se respostas céleres.

A recente Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível e revogou a Organização Tutelar de Menores, Decreto-Lei n.º 314/78, de 27 de outubro, procura responder à necessidade de maior celeridade na resolução dos conflitos relativos às responsabilidades parentais, privilegiando para tal o depoimento oral da assessoria técnica e restringindo a realização e delimitando o objeto do relatório social elaborado pela EMAT. Note-se, contudo, que o esforço de tornar o processo mais célere não se estende aos exames médicos e psicológicos, ou seja, às perícias judiciárias, que segundo a análise, são as mais demoradas. Simultaneamente, com esta alteração legislativa, a intervenção dos/as peritos/as da EMAT é ampliada com a criação da audição técnica especializada em matéria de conflito parental. A nova lei reconfigura, assim, a intervenção das Equipas Multidisciplinares de Apoio aos Tribunais nos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, regulamentando a interação entre magistrados/as e peritos/as e a intervenção destes peritos/as, que se quer mais centrada no conflito e na obtenção de acordos, mais oral do que escrita e (espera-se) mais célere. Estas transformações lançam pistas de análise para o futuro. Importa, desde logo e em termos gerais, compreender se a nova lei alterou ou não a (inter)ação entre magistrados/as e peritos/as da EMAT e o papel que as perícias têm nos processos e decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais. Mais concretamente, importa perceber se a nova lei alterou ou não o tipo de intervenção e informação produzida pela EMAT e a duração das perícias? Existirão menos decisões e mais acordos? Tornaram-se os processos mais céleres?

A segunda hipótese da tese remete para a prevalência da influência das conceções dominantes de género na definição do regime de responsabilidades parentais estabelecido quanto à atribuição da guarda dos/as filhos/as e sua residência habitual,

das responsabilidades parentais e fixação do regime de convívio do progenitor não guardião. A análise desenvolvida revela como as concepções dominantes de maternidade, paternidade e família continuam a ser instrumentos analíticos relevantes na análise da prática judicial (e pericial). Em primeiro lugar, a análise do discurso pericial e judicial sobre homens e mulheres quanto às competências parentais, revela expectativas distintas em relação a cada um dos sexos, assentes nas concepções dominantes de paternidade e maternidade e de família, com consequências diretas na definição do regime de regulação das responsabilidades parentais. Mais concretamente, a expectativa é que os pais-homens estabeleçam uma relação afetiva e de cuidado com a(s) criança(s) e sejam simultaneamente o seu principal suporte económico. E que as mães-mulheres, por sua vez, assumam e privilegiem o cuidado dos/as filhos/as, em detrimento da carreira profissional, e facilitem o contacto com o progenitor não residente, em geral, o pai. Em segundo lugar, o discurso pericial e judicial assume-se como um mecanismo eficaz de controlo e disciplina de homens e mulheres, de pais e mães, através da imposição de um modelo da vida familiar pós-rutina, de família indissolúvel, assente entre outros aspetos na manutenção do casal parental e na partilha do cuidado da criança, com o objetivo de adaptar os comportamentos de mulheres e homens aos padrões normativos de maternidade e paternidade.

Note-se que o fundamento das decisões já não são (ou não são só) as antigas assunções sobre família, maternidade e paternidade, mas também os novos papéis que homem e mulher assumem na família. A imagem da supermulher convive com a de mulher cuidadora e a do pai-provedor com a de cuidador. Consequentemente, a guarda das crianças foi concedida a mulheres que trabalham a tempo inteiro, as responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância foram atribuídas a ambos os progenitores, independentemente da relação anterior, e estabeleceram-se regimes de convívio alargados com os progenitores não residentes. Mas de alguma forma, nestas decisões, ainda se notam as convicções tradicionais sobre o conceito de “boa” mãe e “bom” pai: as mulheres são penalizadas por se dedicarem à carreira, por terem uma profissão instável e/ou socialmente pouco apreciada e os pais-homens por não contribuírem para o sustento dos/as filhos/as, ou seja, mães e pais são punidos por não desempenharem os papéis tradicionais de donas de casa e provedores. Sendo que uma mãe trabalhadora é penalizada por não estar

suficientemente disponível para os/as seus/suas filhos/as, enquanto que um homem com um trabalho a tempo inteiro, que oferece alguma assistência no cuidado das crianças, é representado como um pai dedicado. Simultaneamente, ao projetar a expectativa que a criança seja criada em duas famílias heterossexuais, ao impor que os progenitores não-residentes (muitas vezes os pais-homens) contactem com as crianças o mais frequentemente possível, e ao colocar nas mães a responsabilidade de assegurar estes convívios, o discurso (pericial e) judicial (re)produz desigualdades de género.

Por fim, a discussão sobre a influência das perícias judiciárias nas decisões judiciais é, continuamente, perpassada por duas questões, a primeira, acerca da neutralidade e objetividade e validade do contributo das perícias judiciárias para a definição do regime de regulação das responsabilidades parentais, e a segunda, relativa ao impacto que a (inter)ação com os/as peritos/as tem nos poderes e papéis desempenhados pelos/as magistrados/as do Ministério Público e judiciais. Em primeiro lugar, as entrevistas apontam para a representação das perícias realizadas a pedido do tribunal, por uma entidade pública, como sendo objetivas e neutras, e as perícias juntas pelas partes, como parciais, sendo que estas últimas, de acordo com a liberdade de apreciação dos/as magistrados/as, não são sequer consideradas meios de prova para a fundamentação da decisão. No entanto, a análise do processo de produção das perícias solicitadas pelo tribunal, desde as metodologias e técnicas seleccionadas até às informações e recomendações inscritas nos relatórios periciais, revela como as perícias judiciárias ou os relatórios periciais são discursos social, histórica e disciplinarmente situados e sujeitos à subjetividade e à aleatoriedade, e, por conseguinte, marcados por indeterminismos e imprecisões. As perícias judiciárias, como qualquer outro conhecimento, não são nem neutras, nem objetivas, são discursos de verdade, em que os/as peritos/as seleccionam e estabelecem as metodologias e técnicas a adotar e definem o que é verdadeiro e o que é falso, qualificando e desqualificando narrativas. Isto não significa que não se reconheça a relevância do contributo dos/as peritos/as para a decisão judicial, em especial considerando a sua formação especializada sobre as dinâmicas familiares e as necessidades e especificidades da(s) criança(s) e que os/as profissionais da magistratura não obtêm na sua formação tradicional. Mas considera-se, por um lado que no caso específico dos relatórios sociais será necessária uma maior uniformização

e standardização dos procedimentos e metodologias, que reduza, dentro do possível, a discricionariedade e subjetividade destas perícias judiciárias. E, por outro lado, considera-se que só reconhecendo o caráter contingente e indeterminado das perícias judiciárias e formando peritos/as e magistrados/as é possível alcançar decisões mais justas e adequadas às necessidades específicas de cada criança e família. Esta questão (a par das questões de género) chama a atenção, em especial, para a importância crucial dos sistemas de formação e de recrutamento dos/as magistrados/as e para a relevância de os/as dotar de conhecimentos culturais, sociológicos e económicos que lhes possibilitem distanciamento crítico e uma atitude de prudente vigilância no exercício das suas funções, em especial, na avaliação das perícias judiciárias e respetivos resultados.

A segunda questão que se coloca, num contexto de “colonização” da justiça pelas perícias (Foucault, 1977, 1997a), em que as perícias judiciárias se assumem, em geral, como recursos vinculativos, que constroem a decisão judicial, é: Que papel fica reservado aos magistrados e magistradas nestes processos? A perícia é vista pelo direito como uma mera técnica, uma ferramenta inerte, porém, esta é na realidade um procedimento ativo, interativo e reativo, cuja emergência no campo judiciário não é nem trivial, nem inofensiva. A perícia judiciária opera uma transformação da economia do sistema de decisão, agindo como um recurso, mas também como constrangimento, suscetível de estruturar ou mesmo determinar a decisão, pelo menos em litígios como os de regulação das responsabilidades parentais. Neste jogo, tradicionalmente regulado pelos dispositivos normativos, as perícias judiciárias afirmam-se como meios de ação concorrentes, colocando em perigo a tradicional “força do direito”, ou seja, o monopólio do direito dizer o direito (Bourdieu, 1989), bem como a autonomia dos seus profissionais. O poder do/a magistrado/a encontra o poder do/a especialista, com o qual tem necessariamente de lidar, tanto para melhorar a qualidade do serviço prestado pela justiça, como para legitimar a ação judiciária. É certo que a verdade jurídica é uma verdade judicial, prática, ou seja, é a verdade que as normas processuais permitem, que resulta dos objetivos práticos do direito, e que a decisão jurisdicional legitima, observando-se sempre uma subsunção dos factos à normas jurídicas (Castanheira Neves, 2003; Faria Costa, 2001). Contudo, as perícias judiciárias que são convocadas para dizer a “verdade”, oferecem uma leitura da realidade que tende a condicionar a aplicação do direito, contribuindo para o desenho

de uma paleta renovada de poderes e papéis do/a magistrado/a. Por outras palavras, a “verdade” obtida nas decisões judiciais é uma “verdade prática” sujeita às normas legais e processuais, mas que está muitas vezes subordinada à “verdade pericial”, sendo coproduzida por magistrados/as e peritos/as.

Assim, apesar dos esforços normativos e doutrinários de manter o direito numa posição dominante, o recurso às perícias produz e traduz-se numa mutação dos fundamentos e dos modos de ação da instituição judiciária, que se vê de alguma forma condicionada, colocando os/as magistrados/as numa posição não mais de decisor, mas sobretudo de “supervisor”, ou seja, de instância de legitimação das decisões preestabelecidas pela perícia. Não obstante, neste processo de transformação dos poderes e papéis dos/as magistrados/as, os/as profissionais da magistratura não devem perder de vista o “poder-dever” primordial do tribunal de promoção e proteção dos direitos das crianças e de proteção dos cônjuges, sobretudo, daquele que fica com a guarda do/a filho/a, exigindo-se um controlo efetivo das perícias judiciais e dos regimes de regulação das responsabilidades parentais estabelecidos no âmbito destes processos. Ou seja, se, no âmbito dos processos tutelares cíveis de regulação das responsabilidades parentais, aparentemente, o “monopólio do direito de decidir o direito” se está a dissolver, os/as magistrados/as detêm ainda um papel crucial e imprescindível na promoção de um acesso ao direito e à justiça da família e das crianças democrático e cidadão.

Referências Bibliográficas

- Aboim, S. (2006). *Conjugalidades em mudança. Percursos e dinâmicas da vida a dois*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Aboim, S. (2011). Vidas conjugais: do institucionalismo ao elogio da relação. In A. N. De Almeida (Ed.), *História da Vida Privada em Portugal. Os nossos dias* (pp. 80–111). Maia: Circulo de Leitores.
- Aboim, S., Cunha, V., e Vasconcelos, P. (2005). Um primeiro retrato das famílias em Portugal. In K. Wall (Ed.), *Famílias em Portugal* (pp. 51–83). Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Aboim, S., e Wall, K. (2002). Tipos de família em Portugal: interações, valores, contextos. *Análise Social*, XXXVII(163), 475–506.
- Agra, M.-X. (1994). Justicia y Género. Algunas cuestiones relevantes en torno a la teoría de la justicia de J. Rawls. *Anales de La Cátedra Francisco Suárez*, (31), 124–145.
- Agulhas, R., e Anciães, A. (2015). *Casos práticos em Psicologia forense: Enquadramento legal e avaliação pericial*. Lisboa: Edições Sílabo.
- Ainsaar, M., e Rootalu, K. (2015). Does marriage and having children make life better in Europe? *Studies of Transition States and Societies*, 7(3), 67–79.
- Allen, S. M., e Hawkins, A. J. (1999). Maternal gatekeeping: Mothers' beliefs and behaviors that inhibit greater father involvement in family work. *Journal of Marriage and the Family*, 61(1), 199–212. <http://doi.org/10.2307/353894>
- Almeida, A. N. De. (2003). Família, conjugalidade e procriação: valores e papéis. In J. Vala, M. Villaverde Cabral, e A. Ramos (Eds.), *Valores sociais: mudanças e contrastes em Portugal e na Europa* (pp. 50–94). Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Almeida, A. N. De. (2009). *Para uma sociologia da infância. Jogos de olhares, pistas para a investigação*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Almeida, A. N. De, André, I. M., e Lalanda, P. (2002). Novos padrões e outros cenários para a fecundidade em Portugal. *Análise Social*, XXXVII, 371–409.
- Almeida, A. N. de, Guerreiro, M. das D., Lobo, C., Torres, A., e Wall, K. (1998). Relações familiares: mudança e diversidade. In M. L. V. Viegas e A. F. da Costa (Eds.), *Portugal que modernidade?* (pp. 45–78). Lisboa: Celta Editora.
- Altman, S. (1996). Should child custody rules be fair? *Journal of Family Law*, 35, 325–354.
- Alves, J. (2014). “O que eu faço tem valor”: discutindo o cuidado familiar e o reconhecimento. *Ex Aequo*, (30), 97–111.
- Amaral, J. P. do. (2010). A criança e os seus direitos. In A. Leandro, Á. Laborinho Lúcio, e P. Guerra (Eds.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio* (pp. 161–176). Coimbra: Almedina.
- APIPDF. (2014). Estatísticas da Justiça de Família e Menores Apresentação de dados

- estatísticos de 2011-2013. Consultado a 16.03.2016, em <http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2015/01/Livro-de-estatisticas-justica-familiar-e-menores-2011-2013.pdf>
- APMJ. (2008). Parecer relativo ao Regime Jurídico do Divórcio. Consultado a 16.03.2016, em <http://www.apmj.pt/images/PDF/pareceres/Regime%20Jur%eddico%20do%20Div%fcrcio.pdf>
- Ariès, P. (1988). *A criança e a vida familiar no Antigo Regime*. Lisboa: Relógio D'Água.
- Arnaud, A.-J., e Fariñas Dulce, M. J. (1996). *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.
- Aroso Linhares, J. M. (2003). *Entre a reescrita pós-moderna da modernidade e o tratamento narrativo da diferença ou a prova como um exercício de “passagem” nos limites da juridicidade*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Ash, P., e Guyer, M. (1984). Court Implementation of Mental Health Professionals' Recommendation in Contested Child Custody and Visitation Cases. *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 12(2), 137–147.
- Atalaia, S. (2011). *A Parentalidade em Contexto de Recomposição Familiar : O Caso do Padrasto*. Universidade de Lisboa.
- Babo, J. (2013). Apresentação do tema “Incumprimento das responsabilidades parentais; aspectos patrimoniais” no âmbito da acção de formação permanente do CEJ, que decorreu em Aveiro, em 27 de Abril de 2012, sob o tema geral, temas sobre o direito da família e das crianças. *Revista Do Ministério Público*, (133), 275–296.
- Badinter, E. (1985). *O amor incerto. História do amor maternal do séc. XVII ao séc. XX*. Lisboa: Relógio D'Água.
- Badinter, E. (2010). *O Conflito - A Mulher e a Mãe*. Lisboa: Relógio D'Água.
- Baganha, M. I., Góis, P., e Marques, J. C. (2004). Novas migrações, novos desafios: A imigração do Leste Europeu. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 69, 95–115. <http://doi.org/10.4000/rccs.1340>
- Bala, N. (2005). Tippins and Wittmann asked the wrong question: Evaluators May Not be “Experts”, But They Can Express Best Interests Opinions. *Family Court Review*, 43(4), 554–562.
- Bala, N. (2007). *Mohan, Assessments & Expert Evidence: Understanding the Family Law Context* (Legal Studies Research Paper Series No. 7–2). *Legal Studies Research Paper Series. Working Paper*.
- Bala, N., e Antonacopoulos, K. D. (2007). The Controversy over Psychological Evidence in Family Law Cases. In B. Brooks-Gordon e M. Freeman (Eds.), *Law and Psychology* (pp. 218–241). Oxford: Oxford University Press Canada.
- Bardin, L. (2008). *Análise de Conteúdo*. Lisboa: Edições 70.
- Bartlett, K. T. (1994). Gender Law. *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 1(1), 1–20.
- Bartlett, K. T., e Stack, C. B. (1986). Joint Custody, Feminism and the Dependency

- Dilemma. *Berkeley Women's Law Journal*, 9–41.
- Bastard, B. (2006). Une nouvelle police de la parentalité? *Enfances, Familles, Générations*, 3(5), 1–9. Versão eletrónica, consultada a 16.03.2016, em <http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015783ar.html> e <http://id.erudit.org/iderudit/015783ar>
- Bauman, Z. (2006). *Amor líquido : sobre a fragilidade dos laços humanos*. Lisboa: Relógio D'Água.
- Beck, U. (2005). *Risk society. Towards a new modernity*. London: Sage Publications.
- Beck, U., e Beck-Gernsheim, E. (2002). *Individualization. Institutionalized individualism and its social and political consequences*. London: Sage Publications.
- Beck, U., e Beck-Gernsheim, E. (2004). Families in a Runaway World. In J. Scott, J. Treas, e M. Richards (Eds.), *The Blackwell companion to the Sociology of Families* (pp. 499–513). Malden: Blackwell Publishing.
- Beck, U., e Beck-Gernsheim, E. (2014). The Global Chaos of Love : Toward a Cosmopolitan Turn in the Sociology of Love and Families. In J. Treas, J. Scott, e M. Richards (Eds.), *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families* (pp. 547–559). Oxford: Wiley-Blackwell.
- Beleza, T. P. (1990). *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra*. Universidade de Lisboa.
- Beleza, T. P. (2002). Antígona no reino de Creonte. O impacte dos estudos feministas no direito. *Ex Aequo*, (6), 77–89.
- Bernheim, E., e Commaille, J. (2012). Quand la justice fait système avec la remise en question de l'État social. *Droit et Société*, (81), 281–298.
- Bodelón, E. (2012). La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares. In T. Picontó Navales (Ed.), *La custodia compartida a debate* (pp. 131–154). Madrid: Dykinson: Instituto de Derechos Humanos, D.L.
- Bolieiro, H., e Guerra, P. (2009). *A criança e a família - uma questão de Direito(s)*. (C. Editora, Ed.). Coimbra.
- Bourcier, D., e Bonis, M. de. (1999). *Les paradoxes de l'expertise. Savoir ou juger?* Paris: Institut Synthelabo.
- Bourdieu, P. (1989). *O poder simbólico*. Lisboa: Difel.
- Boyd, S. (1989a). Child Custody, Ideologies and Employment. *Canadian Journal of Women and the Law*, 3, 111–133.
- Boyd, S. (1989b). From gender specificity to gender neutrality? Ideologies in Canadian child custody law. In C. Smart e S. Sevenhuijsen (Eds.), *Child Custody and the politics of gender* (pp. 126–157). London and New York: Routledge.
- Boyd, S. (1996). Is there an ideology of motherhood in (post)modern child custody law. *Social & Legal Studies*, 5(4), 495–521.
- Boyd, S. (2003). *Child Custody, Law, and Women's Work*. Don Mills, ON: Oxford University Press Canada.

- Branco, P. (2015). *Os Tribunais como Espaços de Reconhecimento, Funcionalidade e de Acesso à Justiça*. Porto: Vida Económica.
- Brun, G. et al. (1981). Child Psychiatric Advice to Legal Authorities Concerning Custody and Post-divorce Visiting Rights: Results of Collaboration of Lawyers and Child Psychiatrists Over a 2-year Period. *Acta Physiologica Scandinavica*, 63, 384–388.
- Bruto da Costa, A., Baptista, I., Perista, P., e Carrilho, P. (2008). *Um Olhar sobre a Pobreza. Vulnerabilidade e exclusão social no Portugal contemporâneo*. Lisboa: Gradiva.
- Butler, J. (1990). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. Routledge.
- Cain, R. (2011). The Court of Motherhood: Affect, Alienation and Redefinitions of Responsible Parenting. In J. Bridgeman, H. Keating, e C. Lind (Eds.), *Regulating Family Responsibilities* (pp. 67–89). Surrey: Ashgate.
- Caldas, J. M. C. (2013). *O impacto das medidas “anticrise” e a situação social e de emprego: Portugal*. Bruxelas: Comité Económico e Social Europeu.
- Callon, M. (2006). Quatre modèles pour décrire la dynamique de la science. In M. Akrich, M. Callon, e B. Latour (Eds.), *Sociologie de la traduction. Text fondateurs* (pp. 201–250). Paris: École des mines de Paris.
- Carbone, J. R. (1994). A Feminist Perspective on Divorce. *The Future of Children*, 4(1), 183–209.
- Caridade, S., Machado, C., e Gonçalves, R. A. (2006). Avaliação e intervenção em contextos de justiça: O exemplo da Unidade de Psicologia da Justiça da Universidade do Minho. *Revista Do Ministério Público*, 27(106), 215–249.
- Carvalho, M. J. L. de. (2003). *Entre as Malhas Do Desvio. Jovens, Espaços, Trajectórias e Delinquências*. Oeiras: Celta Editora.
- Casaleiro, P. (2013). A regulação judicial das responsabilidades parentais: Direito e Ciência em (inter)ação. *Oficina Do CES*.
- Casaleiro, P. (2014). O poder do Direito e o poder do feminismo: revisão crítica da proposta teórica de Carol Smart. *Ex Aequo*, (29), 39–53.
- Castanheira Neves, A. (2003). *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Castanheira Neves, A. (2013). *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Castel, R. (1991). Savoirs d’expertise et production de normes. In F. Chazel e J. Commaille (Eds.), *Normes juridiques et régulation sociale* (pp. 177–188). Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- Castro, A. J., Martins, A. S., Machado, C., e Gonçalves, R. A. (2006). Perícias psicológicas, sentenças judiciais: Que relação? In *Congresso Internacional de Psicologia Forense*. Braga: Universidade do Minho.
- Chateauraynaud, F. (1996). *Essai sur le tangible. Entre expérience et jugement : la dynamique*. Paris.
- Chunn, D., e Lacombe, D. (2000). Introduction. In D. Chunn e D. Lacombe (Eds.),

- Law as a Gendering Discourse* (pp. 2–18). Toronto: Oxford University Press Canada.
- Collier, R. (2001). A Hard Time to Be a Father?: Reassessing the Relationship Between Law, Policy, and Family (Practices). *Journal of Law and Society*, 28(4), 520–545. <http://doi.org/10.1111/1467-6478.00201>
- Collier, R. (2008). Engaging fathers? Responsibility, Law and the “Problem of Fatherhood.” In J. Bridgeman, H. Keating, e C. Lind (Eds.), *Responsibility, Law and the Family* (pp. 169–190). Hampshire: Ashgate.
- Collier, R. (2009). Fathers’ rights, gender and welfare: some questions for family law. *Journal of Social Welfare and Family Law*, 31(4), 357–371. <http://doi.org/10.1080/09649060903430199>
- Collier, R., e Sheldon, S. (2008). *Fragmenting Fatherhood. A socio-legal study*. Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.
- Commaille, J. (2004). L’enfant européen? In D. Gadbin e F. Kernaleguen (Eds.), *Le statut juridique de l’enfant dans l’espace européen*. (pp. xxi–xxx). Bruxelas: Bruylant.
- Costa, S. (2013). *Filhos da (sua) mãe. Actores institucionais, perícias e paternidades no sistema judicial português*. Coimbra: Almedina.
- Costa, S., Machado, H., e Nunes, J. A. (2002). O ADN e a Justiça: a biologia forense e o Direito como mediadores entre a ciência e os cidadãos. In M. E. Gonçalves (Ed.), *Os portugueses e a ciência* (pp. 199–233). Lisboa: Publicações Dom Quixote.
- Costa, S., e Nunes, J. A. (2001). As atribuições da ciência «impura»: a harmonização da biologia forense e a diversidade dos sistemas jurídicos. In J. A. Nunes e M. E. Gonçalves (Eds.), *Enteados de Galileu? A semiperiferia no sistema mundial da ciência* (pp. 107–141). Porto: Edições Afrontamento.
- Cotterrell, R. (2001). *The Sociology of Law*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth.
- Cunha, V. (2005). As funções dos filhos. In K. Wall (Ed.), *Famílias em Portugal* (pp. 465–497). Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Cunha, V. (2007). *O lugar dos filhos. Ideias, práticas e significados*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Cunha, V., e Atalaia, S. (2014). A evolução da conjugalidade em Portugal: principais tendências e modalidades da vida em casal. In A. Delgado e K. Wall (Eds.), *Famílias nos Censos 2011. Diversidade e Mudança* (pp. 155–193). Lisboa: INE/ICS.
- Déchaux, J.-H. (1995). Orientations théoriques en sociologie de la famille: autour de cinq ouvrages récents. *Revue Française de Sociologie*, 525–550.
- DGPJ. (2017). Estatísticas da Justiça. Consultado a 16.01.2017, em <http://www.dgpj.mj.pt/sections/estatisticas-da-justica>
- Donzelot, J. (1977). *La Police des Familles*. Paris: Les Éditions de Minuit.
- Drakich, J. (1989). In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood. *Canadian Journal of Women and the Law*, 3(1), 69–87.

- Drakopoulou, M. (1997). Postmodernism and Smart's Feminist Critical Project in Law, Crime and Sexuality. *Feminist Legal Studies*, *V*(1), 107–119.
- Drobak, J. N., e North, D. C. (2004). Understanding Judicial Decision-Making : The Importance of Constraints on Non-Rational Deliberations. *Journal of Law & Policy*, *865*(1988), 131–152.
- Duarte-Fonseca, A. C. (2010). Sobrevivência e erosão do paradigma da proteção em sistemas europeus de justiça juvenil. *Ousar Integrar*, (7), 63–78.
- Duarte, M. (2012). O lugar do Direito nas políticas contra a violência doméstica. *Ex Aequo*, *25*, 59–73.
- Dumoulin, L. (2000). L'expertise judiciaire dans la construction du jugement de la ressource à la contrainte. *Droit et Société*, *44/45*, 199–223.
- Dumoulin, L. (2007). *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*. Paris: Ed. Economica.
- Dupret, B. (2005). Présentation. *Droit et Société*, *61*, 619–625.
- Ebert, T. (1988). The Romance of Patriarchy: Ideology, Subjectivity, and Postmodern Feminist Cultural Theory. *Cultural Critique*, (10), 19–57.
- Eekelaar, J. (2006). *Family Law and Personal life*. Oxford: Oxford University Press.
- Facchi, A. (2006). El pensamiento feminista sobre ele derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. In A. Castro e J. Herrera (Eds.), *Lo Público y lo Privado en el contexto de la Globalización* (pp. 161–191). Andalucía: Instituto Andaluz de la Mujer.
- Fagan, J., e Barnett, M. (2003). The Relationship Between Maternal Gatekeeping, Paternal Competence, Mothers' Attitudes About the Father Role, and Father Involvement. *Journal of Family Issues*, *24*(8), 1020–1043. <http://doi.org/10.1177/0192513X03256397>
- Faria, A. (2010). *Contributos para a compreensão da decisão judicial em casos de abuso sexual de menores*. Universidade do Porto.
- Faria Costa, J. (2001). Consenso, verdade e direito. *Boletim Da Faculdade de Direito*, *LXXVII*, 421–432.
- Fariñas Dulce, M. J. (2006). Las asimetrías del género en el contexto de la globalización. In *Lo Público y lo Privado en el contexto de la Globalización* (pp. 99–113). Andalucía: Instituto Andaluz de la Mujer.
- Fernandes, D. (2012). *Entre Themis e Asclépio : um estudo da inimputabilidade no ordenamento jurídico-penal português*. Universidade de Coimbra.
- Ferreira, A. C. (2012). *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica.
- Ferreira, A. C. (2014). *Política e sociedade : teoria social em tempo de austeridade*. Porto: Vida Económica.
- Ferreira, V. (1996). La división sexual del trabajo en el análisis sociológico: de natural a socialmente construida. In M. A. G. de León, M. G. de Cortázar, e F. Ortega (Eds.), *Sociología de las mujeres españolas* (pp. 93–119). Madrid: Complutense.

- Ferreira, V. (1998). Engendering Portugal: Social Change, State Politics and Women's Mobilization in Portugal. In A. C. Pinto (Ed.), *Modern Portugal*. Palo Alto.
- FFMS. (2017). PORDATA – Estatísticas, gráficos e indicadores de Municípios, Portugal e Europa. Consultado a 16.01.2017, em <http://www.pordata.pt/>
- Fialho, A. J. (2013). *Guia Prático do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*. Lisboa: CEJ. Consultado a 16.03.2016, em http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/guia_pratico_divorcio_responsabilidades_parentais.pdf
- Fineman, M. (1988). Dominant Discourse, Professional Language, and Legal Change in Child Custody Decision making. *Harvard Law Review*, 101(4), 727–774.
- Fineman, M. (1991). *The illusion of equality: the rethoric and reality of divorce reform*. Chicago: University of Chicago Press.
- Foucault, M. (1977). *Discipline and Punish. The birth of prison*. New York: Vintage Books.
- Foucault, M. (1978). *The History of Sexuality* (Vol. I). New York: Pantheon Books.
- Foucault, M. (1980). *Power/knowledge: selected interviews and other writings: 1972-1977*. New York: Pantheon Books.
- Foucault, M. (1995). O sujeito e o poder. In H. L. Dreyfus e P. Rabinow (Eds.), *Michel Foucault: uma trajetória filosófica - para além do estruturalismo e da hermenêutica* (pp. 231–239). Rio de Janeiro: Forense Universitária. <http://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Foucault, M. (1997a). *Resumo dos Cursos do Collège de France 1970-1982*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.
- Foucault, M. (1997b). “Society Must Be Defended”. *Lectures at the Collège de France, 1975-76*. (M. Bertani e A. Fontana, Eds.). New York: Picador.
- Foucault, M. (2002). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal.
- Frug, M. J. (1992). *Postmodern legal feminism*. London: Routledge.
- Garfinkel, H. (1987). *Studies in ethnomethodology*. Cambridge: Polity Press.
- Gatrell, C. (2007). Whose child is it anyway? the negotiation of paternal entitlements within marriage. *Sociological Review*, 55(2), 352–372. <http://doi.org/10.1111/j.1467-954X.2007.00709.x>
- Gavigan, S. (1988). Law, Gender and Ideology”. In A. Bayefsky (Ed.), *Legal Theory meets Legal Practice* (pp. 283–295). Edmonton: Academic Publishing.
- Gavigan, S. (2000). Mothers, Other Mothers, and Others: The Challenges and Contradictions of Lesbian Parents’. In D. Chunn e D. Lacombe (Eds.), *Law as a Gendering Discourse*. Toronto: Oxford University Press Canada.
- Giddens, A. (1992). *The Transformations of Intimacy. Sexuality, Love and Erotism in Modern Societies*. Cambridge: Polity Press. GILLIS.
- Gillies, V. (2003). Families Family and Intimate Relationships: A Review of the Sociological Research. *Families & Social Capital ESRC Research Group*, (2), 0–23. <http://doi.org/ISBN 1-874418-33-0>

- Gomes, A. S. (2012). *Responsabilidades Parentais*. Lisboa: Quid Juris.
- Gonçalves, R. A. (2010). Psicologia Forense em Portugal: Uma história de responsabilidades e desafios. *Análise Psicológica*, 28(1), 107–115. <http://doi.org/10.14417/ap.256>
- Guerra, P. (2000). Os menores e os tribunais: sinfonia em dois andamentos. *Infância E Juventude*, 3, 9–26.
- Guibentif, P. (2003). The sociology of law as a sub-discipline of sociology. *Portuguese Journal of Social Science*, 1(3), 175–184. <http://doi.org/10.1386/pjss.1.3.175>
- Guibentif, P. (2007). Teorias sociológicas comparadas e aplicadas. Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. *Cidades – Comunidades E Territórios*, (14), 89–104.
- Hespanha, A. M. (2007). *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina.
- Hespanha, P., Ferreira, S., e Pacheco, V. (2014). O Estado Social, Crise e Reformas. In J. Reis (Ed.), *A Economia Política do Retrocesso. Crise, Causas e Objectivos* (pp. 189–281). Coimbra: Ces/Almedina.
- Hunt, A. (2010). Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval. In B. Golder e P. Fitzpatrick (Eds.), *Foucault and Law* (pp. 87–124). Surrey: Ashgate.
- Hunt, A., e Wickham, G. (1994). *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*. Colorado: Pluto Press.
- Hunter, R. (2008). Introduction: Feminism and Equality. In *Rethinking Equality. Projects in Law* (pp. 1–12). Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- IGFSS. (2012). *Conta da Segurança Social 2011 - Parte II*. Lisboa. Consultado a 16.03.2016, em <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/703873/Conta+da+Segurança+Social+2011+-+Parte+I+I>
- IGFSS. (2014). *Conta da Segurança Social 2013 - Parte II*. Lisboa. Consultado a 16.03.2016, em <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/11474197/Conta+da+Segurança+Social+de+2013+-+Parte+II>
- IGFSS. (2015). *Conta da Segurança Social 2014 - Parte II*. Lisboa. Consultado a 16.03.2016, em <http://www4.seg-social.pt/documents/10152/13433747/Conta+da+Segurança+Social+de+2014+-+Parte+II>
- INE. (2016). Base de dados. Consultado a 16.09.2016, em <http://www.ine.pt>
- Jasanoff, S. (1995). *Science at the bar. Law, science, and technology in America*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press.
- Jasanoff, S. (2001). Judicial Fictions: the supreme court's quest for good science. *Society*, Maio/Junho, 27–36.
- Jasanoff, S. (2004a). Afterword. In S. Jasanoff (Ed.), *States of Knowledge. The co-production of science and social order* (pp. 274–282). Oxon: Routledge.
- Jasanoff, S. (2004b). *States of Knowledge. The co-production of science and social*

- order*. Oxon: Routledge.
- Jasanoff, S. (2004c). The idiom of co-production. In S. Jasanoff (Ed.), *States of Knowledge. The co-production of science and social order* (pp. 1–12). Oxon: Routledge.
- Jasanoff, S. (2005). Law's knowledge: science for justice in legal settings. *American Journal of Public Health*, 95 Suppl 1, S49-58. <http://doi.org/10.2105/AJPH.2004.045732>
- Jasanoff, S. (2007). Making order: Law and science in action. In E. J. Hackett, O. Amsterdamska, M. E. Lynch, e J. Wajcman (Eds.), *Handbook of Science and Technology Studies* (MIT Press). Cambridge, Massachusetts, and London, England.
- Johnson, J. M. (2001). In-depth Interviewing. In J. F. Gubrium e J. A. Holstein (Eds.), *Handbook of Interview Research. Context & Method*. (pp. 103–119). Thousands Oaks, London e New Delhi: Sage Publications.
- Kapur, R. (2006). Revisioning the role of the law in women's human rights struggles. In S. Meckled-García e B. Çali (Eds.), *The legalization of human rights: multidisciplinary perspectives on human rights and human rights law*. Oxon: Routledge.
- Kellerhals, J., Troutot, P.-Y., e Lazega, E. (1989). *Microsociologia da familia*. Mem Martins: Publicações Europa-América.
- Krippendorff, K. (2013). *Content analysis : an introduction to its methodology*. Los Angeles: Sage Publications.
- Kruk, E. (2011). A Model Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody. *The American Journal of Family Therapy*, 39(5), 375–389. <http://doi.org/10.1080/01926187.2011.575341>
- Lacombe, D. (1998). Does Law Outlaw Women? In K. D. Bonny-Castle e G. S. Rigakos (Eds.), *Unsettling Truths: Battered Women, Policy, Politics, and Contemporary Research in Canada* (pp. 155–162). Vancouver: Collective Press.
- Lappegård, T. (2014). Changing European Families. In J. Treas, E. Scott, e M. Richards (Eds.), *The Wiley Blackwell Companion to the Sociology of Families* (pp. 20–42). Oxford: Wiley-Blackwell.
- Latour, B. (1987). *Science in Action. How to follow scientists and engineers through society*. Cambridge: Harvard University Press.
- Latour, B. (1999). On recalling ANT. In J. Law e J. Hassard (Eds.), *Actor Network Theory and After*.
- Latour, B. (2010). *The Making of Law. An ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge: Polity Press.
- Ledvinka, T. (2014). Book review: Bruno Latour: The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat Cambridge 2010: Cambridge Polity Press, 297 pp. *Czech Sociological Review*, 50(6), 1008–1011.
- Levit, N., e Verchick, R. R. M. (2006). *Feminist Legal Theory. A Primer*. New York: New York University Press.
- Lewis, J. (2001). The Decline of the Male Breadwinner Model: Implications for Work

- and Care. *Social Politics: International Studies in Gender, State & Society*, 8(2), 152–169. <http://doi.org/10.1093/sp/8.2.152>
- Lúcio, L. (2010). As Crianças e os Direitos: O Superior Interesse da Criança. In A. Leandro, Á. Laborinho Lúcio, e P. Guerra (Eds.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio* (pp. 177–198). Coimbra: Almedina.
- Luhmann, N. (1988). The unity of the Legal System. In G. Teubner (Ed.), *Autopoietic Law: a new approach to Law and Society* (pp. 12–35). Berlim: Walter de Gruyter.
- Lynch, M. (1993). *Scientific practice and ordinary action. Ethnomethodology and social studies of science*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lynch, M. (2004). Circumscribing expertise: membership categories in courtroom testimony. In S. Jasanoff (Ed.), *States of Knowledge. The co-production of science and social order* (pp. 161–180). Oxon: Routledge.
- Mabry, J. B., Giarrusso, R., e Bengtson, V. (2004). Generations, the Life Course, and Family Change. In J. Scott, J. Treas, e M. Richards (Eds.), *The Blackwell companion to the Sociology of Families* (pp. 89–105). Malden: Blackwell Publishing.
- Machado, A. (2008). *Regulação do poder paternal. Impacto da perícia psicológica na decisão judicial*. Universidade do Minho.
- Machado, H. (2004). Cidadania polifônica e a (in)justiça para as mulheres. *Ex Aequo*, (11), 13–26.
- Machado, H. (2007). *Moralizar para identificar. Cenários da investigação judicial de paternidade*. Lisboa: Edições Afrontamento.
- MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Harvard: Harvard University Press.
- Maclean, M. (2007). Introduction: Conflicted Contact between Parents and Children after Separation. In M. Maclean (Ed.), *Parenting after Partnering. Containing Conflict after separation* (pp. 1–8). Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.
- Manita, C., e Machado, C. (2012). A psicologia forense em Portugal - Novos rumos na consolidação da relação com o sistema de justiça. *Análise Psicológica*, 30(1–2), 15–32.
- Marinho, S. (2010). Ser pai na residência alternada: Dinâmicas, trajectos e contextos da paternidade. In K. Wall, S. Aboim, e V. Cunha (Eds.), *A vida familiar no masculino. Negociando velhas e novas masculinidades* (pp. 335–395). Lisboa: CITE.
- Marinho, S. (2011). *Paternidades de hoje. Significados, práticas e negociações da parentalidade na conjugalidade e na residência alternada*. Universidade de Lisboa.
- Marinho, S. (2014). Famílias monoparentais: linhas de continuidade e de mudança. In A. Delgado e K. Wall (Eds.), *Famílias nos Censos 2011. Diversidade e Mudança* (pp. 177–193). Lisboa: INE/ICS.
- Marreiros, G. (2001). A Criança, o Direito e os Direitos. In J. de Figueiredo Dias, I. C. Barreto, T. P. Beleza, e E. P. Ferreira (Eds.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues - II* (pp. 291–324). Coimbra: Coimbra Editora.

- Martin, C. (2003). *La parentalité en questions. Perspectives sociologiques*.
- Martin, C. (2007). Couple et famille au prisme des inégalités : le retour de la question sociale. In C. Burton-Jeangros, C. L. D'Épinay, e E. Widmer (Eds.), *Interactions familiales et constructions de l'intimité. Ouvrage collectif en hommage à Jean Kellerhals*. (pp. 113–124). Paris: L'Harmattan.
- McCorker, J., Schmitt, F. E., e Hans, V. P. (2000). Gender, Law, and Justice. In J. Sanders e V. L. Hamilton (Eds.), *Handbook of Justice Research in Law* (pp. 301–341). New York: Kluwer Academic/Plenum Publishers.
- McMahon, M. (1995). *Engendering motherhood : identity and self-transformation in women's lives*. New York: Guilford Press.
- Mertz, E., Singer, J. B., e Murphy, J. C. (2008). Introduction. In J. B. Singer e J. C. Murphy (Eds.), *The role of social science in law* (pp. xiii–xxx). Aldershot: Ashgate.
- Modak, M., e Palazzo, C. (2002). *Les pères se mettent en quatre! Responsabilités quotidiennes et modèles de paternité*. Lausanne: Éditions EESP.
- Moloney, L. (1993). Beyond custody: custody and access: post-separation parenting in the nineties. *Family Matters*, 34, 11–15.
- Moloney, L. (2001). Do Fathers “Win” or Do Mothers “Lose”? A Preliminary Analysis of Closely Contested Parenting Judgments in the Family Court of Australia. *International Journal Law, Policy and the Family*, 15(3), 363–396.
- Monteiro, C. (1997). *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo.”* Coimbra: Coimbra Editora.
- Monteiro, R. (2005). *O que dizem as mães : mulheres trabalhadoras e suas experiências*. Coimbra: Quarteto.
- Mosoff, J. (1995). Motherhood, Madness, and Law. *The University of Toronto Law Journal*, 45(2), 107–142. <http://doi.org/10.3138/cpp.40.s>
- Mosoff, J. (1997). “A jury dressed in medical white and judicial black”: Mothers with Mental health histories in Child Welfare and Custody. In S. Boyd (Ed.), *Challenging the Public/Private Divide: Feminism, law, and Public Policy* (pp. 227–252). Toronto: University of Toronto Press.
- Neale, B., e Smart, C. (1997). Experiments with Parenthood? *Sociology*, 31(2), 201–219. <http://doi.org/10.1177/0038038597031002002>
- Nelken, D. (2007). Can Law learn from Social Science? In E. Mertz (Ed.), *The role of social science in law* (pp. 157–176). Aldershot: Ashgate.
- Nunes, J. A., e Gonçalves, M. E. (2001). Introdução. In J. A. Nunes e M. E. Gonçalves (Eds.), *Enteados de Galileu: a semi-periferia no sistema mundial da ciência* (pp. 13–31). Porto: Edições Afrontamento.
- Okin, S. (1991). Justice, Gender, and the Family. *Philosophy and Public Affairs*, 20(1), 77–97.
- Oliveira, G. de. (2004). Transformações do Direito da Família. In *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Olsen, F. (1984). The politics of family law. *Law and Inequality*, 2(1), 1518–1541.

- Ottosen, M. H. (2006). In the name of the father, the child and the holy genes. constructions of “the child”’s best interest’ in Legal Disputes over contact. *Acta Sociologica*, 49(1), 29–46.
- Parente, C., e Manita, C. (2010). Tomada de decisão judicial na regulação do exercício das responsabilidades parentais – estudo exploratório sobre algumas variáveis que a podem influenciar. In *Actas VII Simpósio Nacional de Investigação em Psicologia* (pp. 3357–3367). Braga: Universidade do Minho.
- Parkinson, P. (2006). Family Law and the Indissolubility of Parenthood. *Legal Studies Research Paper Series*, (06/31).
- Pascall, G., e Lewis, J. (2004). Emerging Gender Regimes and Policies for Gender Equality in a Wider Europe. *Journal of Social Policy*, 33(3), 373–394. <http://doi.org/10.1017/S004727940400772X>
- Patterson, D. (1992). Postmodernism/Feminism/Law. *77 Cornell L. Rev.*, (254).
- Pedroso, J. (2006). A justiça em Portugal entre a(s) crise(s) e a(s) oportunidade(s) - contributo para a construção de um novo paradigma de política pública de justiça. *Scientia Iuridica*, LV(306), 263–302.
- Pedroso, J. (2011). *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*. Universidade de Coimbra.
- Pedroso, J., e Branco, P. (2008). Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça de família e das crianças em Portugal. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 82, 53–83.
- Pedroso, J., Branco, P., Casaleiro, P., e Pozzi, C. (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*. Coimbra.
- Pedroso, J., Casaleiro, P., e Branco, P. (2011). A odisseia da transformação do Direito da Família (1974-2010): um contributo da Sociologia Política do Direito. *Sociologia - FL-UNP*, XXI, 219–238. <http://doi.org/ISSN:0872-3419>
- Pedroso, J., Casaleiro, P., e Branco, P. (2014). A (des)igualdade de género nos tribunais de família e menores: um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais em Portugal. *Estudos de Sociologia*, 19(36), 81–100.
- Pfau-Effinger, B. (2004). Socio-historical paths of the male breadwinner model - An explanation of cross-national differences. *British Journal of Sociology*, 55(3), 377–399. <http://doi.org/10.1111/j.1468-4446.2004.00025.x>
- Pickett, E. (1991). Family Ideology, Family Law and Mediation: Law Casts More Than a “Shadow.” *The Journal of Human Justice*, 3(1), 27–45.
- Picontó Novales, T. (2012). Ruptura familiar y coparentalidad: Un análisis comparado. In T. Picontó Novales (Ed.), *La custodia compartida a debate* (pp. 45–76). Madrid: Dykinson: Instituto de Derechos Humanos, D.L.
- Picontó Novales, T. (2014). Parenting Issues after separation in Spain and Southern Europe. In J. Eekelaar e R. George (Eds.), *Handbook of Family Law and Policy* (pp. 228–234). London: Routledge.
- Pina, C., e Magalhães, G. (2014). Principais tendências demográficas: as últimas décadas. In A. Delgado e K. Wall (Eds.), *Famílias nos Censos 2011*.

- Diversidade e Mudança* (pp. 25–41). Lisboa: INE/ICS.
- Pinheiro, J. D. (2007). *O ensino do direito da família contemporâneo*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa.
- Pires, R. P., Pereira, C., Azevedo, J., Santo, I. E., e Inês, V. (2014). *Portuguese emigration. Factbook 2014*. Lisboa: Observatório da Emigração.
- Pocar, V., e Ronfani, P. (2008). *La famiglia e il diritto*. Roma, Bari: Editori Laterza.
- Polikoff, N. (1981). Why are mothers losing: A brief analysis of criteria used in child custody determinations. *Women's Rts. L. Rep.*, 7(3), 235–244. Versão electrónica, consultada a 16.03.2016, em http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/worts7§ion=35
- Portugal, S. (2006). *Novas Famílias, Modos Antigos As redes sociais na produção de bem-estar Índice*. Universidade de Coimbra.
- Portugal, S. (2014). *Famílias e Redes Sociais. Ligações fortes na produção de bem-estar*. Coimbra: Almedina.
- Portugal, S., Martins, B. S., Ramos, L. M., Hespanha, P., Alves, J., e Fidalgo, J. (2010). *Estudo de Avaliação do Impacto dos Custos Financeiros e Sociais da Deficiência*. Coimbra.
- Ramião, T. d'Almeida. (2012). *Organização Tutelar de Menores. Anotada e Comentada* (Quid Juris). Lisboa: Quid Juris.
- Ramião, T. d'Almeida. (2015). *Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Anotado e Comentado*. Lisboa: Quid Juris.
- Reis (coord.), J. (2014). *A Economia Política do Retrocesso. Crise, Causas e Objectivos*. Coimbra: Ces/Almedina.
- Rhoades, H. (2008). The fangers of shared care legislation: why Australia needs (yet more) family law reform. *Federal Law Review*, 36(2008), 279–299.
- Rhoades, H., e Boyd, S. (2004). Reforming Custody Laws: A comparative study. *International Journal Law, Policy and the Family*, 18(2), 119–146.
- Roussel, L. (1980). Mariages et divorces. Contribution á une analyse systématique des modèles matrimoniaux. *Population*, 35(6), 1025–1040.
- Saillard, E. K. (2011). Systematic Versus Interpretive Analysis with Two CAQDAS Packages: NVivo and MAXQDA. *Forum Qualitative Sozialforschung/Forum: Qualitative Social Research*, 12(1), 1–23.
- Sandberg, K. (1989). Best interests and Justice. In C. Smart e S. Sevenhuijsen (Eds.), *Child Custody and the politics of gender* (pp. 100–125). London and New York: Routledge.
- Sani, A. I. (2013). Reflexões sobre infância e os direitos de participação da criança no contexto da justiça. *E-Cadernos Ces*, (20). <http://doi.org/10.4000/eces.1668>
- Santos, B. de S. (1990). *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento.
- Santos, B. de S. (1996). *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Edições Afrontamento.
- Santos, B. de S. (2005). *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez Editora.

- Santos, B. de S., Marques, M. M. L., Pedroso, J., e Ferreira, P. L. (1996). *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso português*. Porto: Edições Afrontamento.
- Santos, B. de S., Santos, A. C., Duarte, M., Barradas, C., e Alves, M. (2010). *Cometi um crime?: representações sobre a (i)legalidade do aborto*. Porto: Afrontamento.
- Schönfelder, W. (2011). CAQDAS and Qualitative Syllogism Logic — NVivo 8 and MAXQDA 10 Compared. *Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, 12(1), Art. 21.
- Scott, E., e Emery, R. E. (2014). Gender Politics and Child Custody : The Puzzling Persistence of the Best-Interests Standard. *Law and Contemporary Problems*, 77, 69–108.
- Segalen, M. (2010). *À qui appartiennent les enfants*. Paris: Éditions Tallandier.
- Semple, N. (2011). The “eye of the beholder”: professional opinions about the best interests of a child. *Family Court Review*, 49(4), 760–775.
- Shorter, E. (1995). *A formação da família moderna*. Lisboa: Terramar.
- Silva, M. C., Jorge, A. R., e Queiroz, A. (2009). Tensões e assimetrias de género – Processos de ruptura conjugal e poder paternal. In *X Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais: Sociedades desiguais e paradigmas em confronto* (Vol. IV, pp. 201–209). Instituto de Ciências Sociais/Universidade do Minho.
- Singly, F. de. (2006). *Uns com os outros. Quando o individualismo cria laços*. Lisboa: Instituto Piaget.
- Singly, F. de. (2010). *Sociologia da família contemporânea*.
- Singly, F. de. (2011). *Sociologia da família contemporânea*. Lisboa: Edições Texto & Grafia.
- Smart, C. (1984). *The Ties that Bind*. London: Routledge.
- Smart, C. (1991). The Legal and Moral Ordering of Child Custody. *Journal of Law and Society*, 18(4), 485–500.
- Smart, C. (1992). The woman of legal discourse. *Social & Legal Studies*, 1, 29–44.
- Smart, C. (1995). *Feminism and the Power of Law*. London: Routledge.
- Smart, C. (1999). *Law, Crime and Sexuality. Essays in Feminism*. London: Sage Publications.
- Smart, C. (2004). Equal shares: rights for fathers or recognition for children? *Critical Social Policy*, 24(4), 484–503.
- Smart, C., e Sevenhuijsen, S. (1989). *Child Custody and the politics of gender*. London and New York: Routledge.
- Soares, B. (1986). *Livro do Desassossego*. Mem Martins: Europa-América.
- Sottomayor, M. C. (2010). A autonomia do direito das crianças. In A. Leandro, Á. Laborinho Lúcio, e P. Guerra (Eds.), *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio* (pp. 79–88). Coimbra: Almedina.
- Sottomayor, M. C. (2011). *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais*

nos Casos de Divórcio. Coimbra: Almedina.

- Sousa, S. A. de. (2003). Agent Provocateur e Meios Enganosos de Prova. Algumas Reflexões. In M. da C. Andrade, J. de F. Costa, A. M. Rodrigues, e M. J. Antunes (Eds.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias* (pp. 1207–1235). Coimbra: Coimbra Editora.
- Standing, K. (1999). Reasserting father's rights? Parental responsibility and involvement in education and lone mother families in the UK. *Feminist Legal Studies*, 7, 33–46.
- Teubner, G. (1993). *Law as an Autopoietic system*. Oxford/Cambridge: Blackwell Publishers.
- Théry, I. (1987). L'expertise dans le procédures d'attribution de l'autorité parentale. Intérêt et limites d'une analyse sous l'angle des enjeux professionnels. *Annales de Vancresson*, 2(27).
- Théry, I. (1989a). Savoir ou Savoir-faire: l'expertise dans les procédures d'attribution de l'autorité parentale post-divorce. *Actes de La Recherche En Sciences Sociales*, 76/77, 115–117.
- Théry, I. (1989b). "The Interest of the Child" and the Regulation of the Post-Divorce Family. In C. Smart e S. Sevenhuijsen (Eds.), *Child Custody and the politics of gender* (pp. 78–99). London and New York: Routledge.
- Théry, I. (2001). *Le démariage. Justice et vie privée*. Paris: Odile Jacob.
- Tippins, T. M., e Wittmann, J. P. (2005). Empirical and Ethical Problems with Custody Recommendations: A Call for Clinical Humility and Judicial Vigilance. *Family Court Review*, 43, 193–222.
- Torres, A. (1996). *Divórcio em Portugal, ditos e interditos: análise sociológica*. Oeiras: Celta Editora.
- Torres, A. (2002). *Casamento em Portugal: uma análise sociológica*. Oeiras: Celta Editora.
- Torres, A. (2008). Nova lei do divórcio. In *Nova lei do divórcio* (pp. 13–28). Edição do Grupo Parlamentar do Partido Socialista.
- Torres, A., Vieira da Silva, F., Monteiro, T. L., e Cabrita, M. (2005). *Homens e Mulheres entre famílias e trabalho* (2a ed.). Lisboa: CITE- Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego.
- Van Bueren, G. (2007). *Child rights in Europe. Convergence and divergence in judicial protection*. Estrasburgo: Conselho da Europa.
- Wall, K. (2005a). *Famílias em Portugal*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Wall, K. (2005b). Introdução. In K. Wall (Ed.), *Famílias em Portugal. Percursos, interações, redes sociais* (pp. 35–49). Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Wall, K. (2010a). A conciliação entre a vida profissional e a vida familiar em casais com filhos: Perspectivas masculinas. In K. Wall, S. Aboim, e V. Cunha (Eds.), *A vida familiar no masculino. Negociando velhas e novas masculinidades* (pp. 97–128). Lisboa: CITE.
- Wall, K. (2010b). Os homens e a política de família. In K. Wall, S. Aboim, e V. Cunha (Eds.), *A vida familiar no masculino. Negociando velhas e novas*

- masculinidades* (pp. 67–94). Lisboa: CITE.
- Wall, K., Aboim, S., e Cunha, V. (2010). *A vida familiar no masculino. Negociando velhas e novas masculinidades*. Lisboa: CITE.
- Wall, K., Aboim, S., e Marinho, S. (2010). Perfis de paternidade no Portugal contemporâneo. In K. Wall, S. Aboim, e V. Cunha (Eds.), *A vida familiar no masculino. Negociando velhas e novas masculinidades* (pp. 313–332). Lisboa: CITE.
- Wall, K., e Almeida, A. N. de. (2014). *As crianças e a crise em Portugal. Vozes de crianças, políticas públicas e indicadores sociais, 2013*. Lisboa: UNICEF.
- Wall, K., Almeida, A. N. de, Vieira, M. M., Cunha, V., Rodrigues, L., Coelho, F., ... Atalaia, S. (2015). *Impactos da Crise nas Crianças Portuguesas - Indicadores, Políticas, Representações*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Wall, K., Cunha, V., e Ramos, V. (2014). A evolução das estruturas domésticas em Portugal, 1960-2011. In A. Delgado e K. Wall (Eds.), *Famílias nos Censos 2011. Diversidade e Mudança* (pp. 43–63). Lisboa: INE/ICS.
- Wall, K., e Guerreiro, M. das D. (2005). A divisão familiar do trabalho. In W. Karin (Ed.), *Famílias em Portugal. Percursos, interações, redes sociais* (pp. 303–362). Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais.
- Wall, K., Pappámikaail, L., Leitão, M., e Marinho, S. (2009). *Council of Europe Family Policy Questionnaire - Comparative Analysis Report. Family Policy in Council of Europe Member States*.
- Ward, T. (2004). Experts, Juries, and Witch-hunts: From Fitzjames Stephen to Angela Cannings. *Journal of Law and Society*, 31(3), 369–386. <http://doi.org/10.1111/j.1467-6478.2004.00295.x>
- Winiacki, D. (2008). The expert witnesses and courtroom discourse: applying micro and macro forms of discourse analysis to study process and the “doings of doings” for individuals and for society. *Discourse & Society*, 19(6), 765–781.
- Xavier, R. L. (2009). *Recentes alterações ao regime jurídico do divórcio e das responsabilidades parentais*. Coimbra: Almedina.
- Ximenes, J. M. (2011). Levantamento de dados na pesquisa em Direito – a técnica da análise de conteúdo. In V. Silveira (Ed.), *Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI* (pp. 7608–7622). Florianópolis: Fundação Boiteux.
- Zappulli, L. (2005). Savoirs professionnels et sens commun en milieu judiciaire : l’activité professionnelle du médecin légiste dans le parquet de Lecce. *Droit et Société*, 61(61/2005), 683–700.

Anexos

Anexo 1

Tabela 1 - Grelha de caracterização das perícias solicitadas pelo tribunal – IBM SPSS

| Variable Values | | |
|---------------------|-----------------|--|
| Variable | Value | Label |
| Número de processo | | |
| Espécie de processo | 1 | Alteração do Regime de Responsabilidades Parentais |
| | 2 | Incumprimento do Regime de Responsabilidades Parentais |
| | 3 | Limitação do Exercício das Responsabilidades Parentais |
| | 4 | Regulação do Regime de Responsabilidades Parentais |
| Tipo de Perícia | 1 | Avaliação às competências parentais |
| | 2 | Avaliação dos convívios |
| | 3 | Avaliação psicológica/psiquiátrica |
| | 4 | Informação médica/psicológica |
| | 5 | Informação social |
| | 6 | Informação social - internacional |
| | 7 | Relatório social |
| Autor da Perícia | 1 | Entidades estrangeiras |
| | 2 | Outras entidades nacionais |
| | 3 | Entidades de saúde |
| | 4 | CPCJ |
| | 5 | Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade |
| | 6 | EMAT |
| | 7 | INML |
| Sujeito da Perícia | 1 | Família Alargada (avós, tios) |
| | 2 | Criança, Mãe e Pai |
| | 3 | Criança |
| | 4 | Mãe |
| | 5 | Pai |
| | 6 | Criança e Mãe |
| | 7 | Criança e Pai |
| Data do pedido | | |
| Data da receção | | |
| Tempo decorrido | -1 ^a | Desconhecido |
| | 1 | Até 2 meses |
| | 2 | Entre 3 a 4 meses |
| | 3 | Entre 5 a 6 meses |
| | 4 | Entre 7 a 12 meses |
| 5 | Mais de um ano | |
| a. Missing value | | |

Tabela 2 - Grelha de caracterização dos processos judiciais – IBM SPSS

| Variable Values | | |
|-------------------------|-----------------|---|
| Variable | Value | Label |
| Número de processo | | |
| Espécie de processo | 1 | Alteração do Regime das Responsabilidades Parentais |
| | 2 | Incumprimento do Regime das Responsabilidades Parentais |
| | 3 | Limitação do Exercício das Responsabilidades Parentais |
| | 4 | Regulação das Responsabilidades Parentais |
| Data de início | | |
| Data de fim do processo | | |
| Duração do processo | 1 | Até 6 meses |
| | 2 | Entre 7 e 12 meses |
| | 3 | Entre 13 e 18 meses |
| | 4 | Entre 19 a 24 meses |
| | 5 | Mais de 24 meses (dois anos) |
| Requerente | 1 | Advogado/a da mãe |
| | 2 | Advogado/a do pai |
| | 3 | Advogado/a dos avós |
| | 4 | Mãe |
| | 5 | MP |
| | 6 | Pai |
| Advogados | 0 | Nenhum |
| | 1 | Um/a advogado/a |
| | 2 | Dois/duas advogados/as |
| Motivações | -1 ^a | Não aplicável |
| | 1 | Afetivas (Guarda/Convívios) |
| | 2 | Pensão Alimentar |
| | 3 | Afetivas-Pensão Alimentar |
| | 4 | Legalização - Documentação |
| | 5 | Legalização - Proteção Social |
| | 7 | Afetivas-Proteção social |
| Económicas | -1 ^a | Não aplicável |
| | 1 | Prestação de alimentos |
| | 2 | Benefícios sociais |

| | | |
|--|-----|---|
| | 3 | Prestação de alimentos e Benefícios Sociais |
| Afetivas | -1ª | Não aplicável |
| | 1 | Guarda |
| | 2 | Convívios |
| | 3 | Guarda e Convívios |
| Número de Conferência de Pais | | |
| Número de Audiências de Discussão e Julgamento | | |
| Número de perícias | | |
| Relatório social | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Avaliação dos convívios | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Informação médica/psicológica | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Avaliação psicológica/psiquiátrica | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Informação social | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Relatório social internacional | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Avaliação às competências parentais | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Contraditório | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Conclusão do processo | -1ª | Não se aplica |
| | 1 | Decisão Judicial |
| | 2 | Acordo |
| Declaração de Incumprimento | -1ª | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Alteração do Regime de Regulação das Responsabilidades Parentais | -1ª | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Responsabilidades Parentais de Particular Importância | -1ª | Não se aplica |

| | | |
|---------------------------|-------------------|--|
| | 1 | Mãe |
| | 2 | Pai |
| | 3 | Avô |
| | 4 | Avó |
| | 5 | Ambos |
| | 6 | Outra (Avós+Pais) |
| | 7 | Avós |
| Residência | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Mãe |
| | 2 | Pai |
| | 3 | Avô |
| | 4 | Avó |
| | 5 | Partilhada |
| | 6 | Tia |
| | 7 | Avós |
| Visitas/Convívio | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Alargadas (Fins de semana quinzenalmente e pernoita(s) durante a semana) |
| | 2 | Tradicional (Fins de semana quinzenalmente) |
| | 3 | Supervisionadas/limitadas (Algumas horas por semana com ou sem supervisão) |
| | 4 | Previsão Geral |
| Pensão | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Valor da Pensão Alimentar | -1 ^a | Não aplicável |
| | 1 | Até 25 euros |
| | 2 | Entre 26 e 50 euros |
| | 3 | Entre 51 e 75 euros |
| | 4 | Entre 76 e 100 euros |
| | 5 | Entre 101 e 150 euros |
| 6 | Mais de 150 euros | |
| a. Missing value | | |

Tabela 3 - Grelha de caracterização das famílias e das crianças – IBM SPSS

| Variable Values | | |
|-----------------------|-----------------|--------------------------------|
| Variable | Value | Label |
| Número de processo | | |
| Espécie de processo | 1 | Regulação das RP |
| | 2 | Alteração das RP |
| | 3 | Incumprimento |
| | 4 | Limitação das RP |
| Parte | 1 | Requerente |
| | 2 | Requerido/a |
| | 3 | Requerido/a Ministério Público |
| | 4 | Criança |
| Citação Edital | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Proteção Jurídica | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Advogado/a | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Relação com a Criança | -1 ^a | Não se aplica (Criança) |
| | 1 | Mãe |
| | 2 | Pai |
| | 3 | Avô |
| | 4 | Avó |
| | 5 | Tio |
| Sexo | 1 | Feminino |
| | 2 | Masculino |
| Data de nascimento | | |
| Grupo etário (partes) | -1 | Desconhecido |
| | -2 | Não aplicável |
| | | Até 25 anos |

| | | |
|---|-----------------|---|
| | | Entre 26 e 35 anos |
| | | Entre 36 e 45 anos |
| | | Entre 46 e 55 anos |
| | | Entre 56 e 65 anos |
| | | Mais de 65 anos |
| Grupo etário (crianças) | -2 | Não aplicável |
| | 1 | Até 2 anos |
| | 2 | Entre 3 e 5 anos |
| | 3 | Entre 6 e 8 anos |
| | 4 | Entre 9 e 11 anos |
| | 5 | Entre 12 e 15 anos |
| | 6 | 16 anos ou mais |
| Nacionalidade | 1 | Angola |
| | 2 | Brasil |
| | 3 | Cabo Verde |
| | 4 | Guiné |
| | 5 | Inglesa |
| | 6 | Moçambique |
| | 7 | Polónia |
| | 8 | Portugal |
| | 9 | Ucrânia |
| Residência | 1 ^a | Desconhecido |
| | 2 ^a | Concelhos da Comarca da Secção de Família e Menores |
| | 3 | Concelhos de Outras Comarcas |
| | 4 | Estrangeiro |
| Estado Civil à data de nascimento da criança | -2 ^a | Não sabe |
| | -1 | Não aplica |
| | 1 | Casada/o |
| | 2 | Divorciada/o |
| | 3 | Solteira/o |
| | 4 | Viúva/o |
| Agregado domestico à data do relatório social | 5 | União de Facto |
| | -1 ^a | Desconhecido |
| | 1 | Pessoas sós |

| | | |
|---|-----------------|---|
| | 2 | Casal sem filhos menores |
| | 3 | Casal com filhos menores |
| | 4 | Casal com filhos maiores de 25 anos solteiros |
| | 5 | Avós com netos menores |
| | 6 | Monoparental feminina |
| | 7 | Monoparental masculina |
| | 8 | Alargada com mais de um núcleo |
| Agregado Doméstico à data do relatório social (Criança) | -1 ^a | Não aplicável |
| | 1 | Casal com filhos |
| | 2 | Avós com netos menores |
| | 3 | Monoparental feminina |
| | 4 | Monoparental masculina |
| | 5 | "Monoparental partilhado" – Residência alternada |
| | 6 | Alargada com mais de um núcleo |
| Número de Pessoas do agregado doméstico | -2 ^a | Não sabe |
| Situação Profissional | -2 ^a | Não sabe |
| | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Empregada/o |
| | 2 | Desempregada/o |
| | 3 | Inativa/o |
| | 4 | Estudante |
| | 5 | Reformada/o |
| | 6 | Doméstica/o |
| RSI | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Grupo profissional segundo a CNP a 1 dígito | -2 ^a | Não sabe |
| | -1 ^a | Não aplicável |
| | 0 | Forças Armadas |
| | 1 | Quadros Superiores da Administração Pública, Dirigentes e Quadros Superiores de Empresa |
| | 2 | Especialistas das Profissões Intelectuais e Científicas |
| | 3 | Técnicos e Profissionais de nível intermédio |
| | 4 | Pessoal Administrativo e Similares |
| | 5 | Pessoal dos Serviços e Vendedores |

| | | |
|-------------------|-----------------|---|
| | 6 | Agricultores e Trabalhadores Qualificados da Agricultura e Pescas |
| | 7 | Operários, Artífices e Trabalhadores Similares |
| | 8 | Operadores de instalações e máquinas e trabalhadores da montagem |
| | 9 | Trabalhadores não qualificados |
| Rendimento Mensal | -1 ^a | NA/NS |
| | 1 | Menos de 485 euros |
| | 2 | Entre 485 e 800 euros |
| | 3 | Entre 801 e 1200 euros |
| | 4 | Entre 1201 e 1600 euros |
| | 5 | Mais de 1600 euros |
| Final | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Decisão Judicial |
| | 2 | Acordo |
| Incumprimento | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Alteração | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Responsabilidades | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Mãe |
| | 2 | Pai |
| | 3 | Avô |
| | 4 | Avó |
| | 5 | Ambos |
| | 6 | Outra (Avós+Pais) |
| | 7 | Avós |
| Residência | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Mãe |
| | 2 | Pai |
| | 3 | Avô |
| | 4 | Avó |
| | 5 | Partilhada |
| | 6 | Tia |

| | | |
|---------------------------|-----------------|---------------------------|
| | 7 | Avós |
| Visitas | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Alargadas |
| | 2 | Tradicional |
| | 3 | Supervisionadas/limitadas |
| | 4 | Previsão Geral |
| Pensão | -1 ^a | Não se aplica |
| | 1 | Sim |
| | 2 | Não |
| Valor da Pensão Alimentar | -1 ^a | Não aplicável |
| | 1 | Até 25 euros |
| | 2 | Entre 26 e 50 euros |
| | 3 | Entre 51 e 75 euros |
| | 4 | Entre 76 e 100 euros |
| | 5 | Entre 101 e 150 euros |
| | 6 | Mais de 150 euros |
| | 1 | Selected |
| a. Missing value | | |

Tabela 4 - Grelha de caracterização da peça processual - MaxQda

| | |
|--|--|
| Id. Processo (grupo) | Automática |
| Número de processo | |
| Tipo de processo | Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais Alteração da Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais Incumprimento do Exercício das Responsabilidades Parentais Inibição/Limitação do Exercício das Responsabilidades Parentais |
| Tipo de Documento | Petição Inicial Ata de conferência Ata de Audiência de Discussão e Julgamento Requerimento Perícia oficial (pedida pelo tribunal) Perícia (junta pelas partes) Contraditório Esclarecimentos dos Peritos Promoção do Ministério Público Despacho Judicial Ofício do tribunal Ofício dos peritos Sentença |
| Autor do documento | Pai Mãe Outro familiar Advogado/a do pai Advogado/a da mãe Advogado/a de outro familiar EMAT Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade Hospital Público INML CPCJ Psiquiatra Psicólogo Médico Ministério Público Magistrado Judicial Tribunal (ofícios, etc) |
| Tipo de Perícia | Avaliação às competências parentais |
| | Avaliação dos convívios |
| | Avaliação psicológica/psiquiátrica |
| | Informação médica/psicológica |
| | Informação social |
| | Relatório social internacional |
| "Sujeito" da perícia | Mãe |
| | Pai |
| | Criança |
| | Mãe e Criança |
| | Pai e Criança |
| | Outro familiar |
| Data do Pedido | |
| Data de Receção da Perícia | |
| Autor/Entidade da Perícia Contraditada | EMAT Unidade de Apoio à Comunidade Hospital INML CPCJ |

| | |
|--|---|
| | Outro |
| Decisão Judicial/Acordo/Decisão provisória | Decisão judicial/sentença Regime provisório Acordo Acordo provisório |

Tabela 5 - Categorias utilizadas no sistema de classificação do Maxqda

| Categoria temática | Subtemas | | |
|-----------------------------|---|---|---|
| Família | Casal Parental/ Casal conjugal | Pré-separação | |
| | | Pós-separação | |
| | | Violência doméstica | |
| | Pai | Saúde | |
| | | Condições socioeconómicas | |
| | | Habitação | |
| | | Exercício da parentalidade | |
| | Mãe | Saúde | |
| | | Condições socioeconómicas | |
| | | Habitação | |
| | | Exercício da parentalidade | |
| | Criança | Saúde/Desenvolvimento | |
| | | Comportamento na Escola | |
| | | Relação com os pais | Mãe |
| | | | Pai |
| | | Relação com a família alargada | |
| | | Relação com a madrasta/padrasto | |
| | Madrasta/Padrasto | Saúde | |
| | | Condições socioeconómicas | |
| | | Habitação | |
| | | Exercício da parentalidade | |
| | Família Alargada | Avós | |
| | | Tios | |
| | Perícias Judiciárias | Solicitadas | Sujeito/Objeto da perícia |
| Consentimento | | | |
| Realizadas | | Metodologias/Fontes | Consulta documental |
| | | | Entrevistas |
| | | | Articulação com outros técnicos |
| | | | Visitas domiciliárias |
| | | | Contacto com a comunidade |
| | | | Testes psicológicos |
| Demora | | | |
| Recomendações / Sugestões | | Atos processuais | |
| | | Perícias judiciárias | |
| | | Regime de regulação das responsabilidades parentais | Guarda/Residência Exercício das responsabilidades parentais Visitas Pensão alimentar |
| Contraditórios | Esclarecimentos | | |
| | Refutação/Justificação | | |
| | Reforço - Utilização para reforçar posição ou concordar | | |
| | Processo | (Des)acordo / Conflito | Residência |
| Responsabilidades parentais | | | |
| Convívios | | | |
| Pensão alimentar | | | |
| Outro | | | |
| Fundamentação | | | |

| | | | |
|------------------------|-------------------|-------------|--|
| | Meios de prova | Perícias | |
| | | Testemunhas | |
| | | Documentos | |
| Regime de Regulação | Pensão | | |
| | Visitas/convívios | | |
| | Residência | | |

Anexo 2

Guiões das entrevistas

Apresentação das entrevistas

Como referi no pedido de entrevista, esta enquadra-se no âmbito da minha dissertação de doutoramento sobre a relação entre o direito e outros saberes nos processos de regulação judicial das responsabilidades parentais. A minha dissertação tem como objetivo perceber como profissionais judiciais, magistrados judiciais e do Ministério Público, e profissionais não judiciais, psicólogos/as, assistentes sociais, psiquiatras e médicos/as, agem e interagem nas decisões judiciais de regulação das responsabilidades parentais e qual o impacto destes profissionais nas decisões judiciais. Para isso solicitei a sua participação numa entrevista sobre as atividades que desenvolvem e a sua opinião sobre a (inter)ação destes saberes na regulação judicial das responsabilidades parentais.

Gostaria de saber se autoriza a gravação da entrevista para facilitar a análise dos dados recolhidos.

Guião de entrevista – Magistrados/as Judiciais e do Ministério Público

1. Em primeiro lugar e com base na sua experiência, gostaria que me falasse um pouco sobre o que pensa das famílias dos dias de hoje?
 - 1.1. E das famílias dos processos que acompanha?
2. Na sua opinião que fatores são importantes nas competências parentais dos progenitores? Mãe e de um pai?
3. Gostava que me desse a sua opinião sobre o atual sistema judicial de regulação das responsabilidades parentais?
4. Gostava que me falasse um pouco sobre os inquéritos sobre a situação social, moral e económica elaborados pela EMAT. Como os caracterizaria? (principais qualidades e deficiências)
 - 4.1. O que pretende obter com os inquéritos sociais?
5. E os relatórios de avaliação de visitas desenvolvidos pela EMAT?
6. E o trabalho que desenvolvem na aproximação de pais e filhos?
7. Gostava agora que me falasse um pouco da relação que tem com a EMAT e os seus técnicos?
8. Como caracterizaria os técnicos da EMAT?
9. Gostava que me falasse um pouco sobre os exames médicos e psicológicos que solicita no âmbito dos processos regulação. Como os caracterizaria? (principais qualidades e deficiências)
 - 9.1. O que pretende obter com os exames?
 - 9.1.1. Quem é que costuma solicitar/aconselhar os exames? Os advogados, técnicos?
 - 9.2. Já recusaram algum pedido? Com que fundamento?
10. Poderia falar-me um pouco de como decide a quem solicitar os exames e o que solicitar?
11. Gostava agora que me falasse um pouco da relação que tem com...

- 11.1. INML e os seus peritos?
- 11.2. Hospital e os seus peritos?
- 11.3. Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade e os seus peritos?
12. Como caracterizaria os relatórios do...
 - 12.1. INML?
 - 12.2. Hospital?
 - 12.3. Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade?
13. E como caracterizaria os peritos de cada uma destas entidades?
14. Gostaria que me falasse um pouco do processo de obtenção de consentimento para a realização destes exames?
15. Quais as principais diferenças entre os relatórios produzidos pelos vários técnicos/peritos/entidades?
 - 15.1. Existem diferenças nos relatórios que obtém com a cooperação internacional? E dentro do próprio país?
16. Como caracterizaria um bom relatório?
 - 16.1. Quais são, no seu entender, os principais problemas e deficiências dos relatórios, pareceres e testemunhos dos peritos? (De que forma poderiam melhorar?)
17. Na sua opinião os relatórios sociais e exames devem incluir propostas de regulação?
18. Como caracterizaria as perícias/pareceres e relatórios que as partes juntam ao processo?
19. Gostaria agora que me falasse um pouco dos contraditórios aos relatórios sociais e exames psicológicos e médicos?
 - 19.1. Tendo em conta a sua experiência com que frequência é exercido o contraditório relativamente aos relatórios sociais e exames? Em que tipo de processos e por quem? O que é que é contraditado?
 - 19.2. Em caso de contraditório, chamam os técnicos ou peritos para prestarem esclarecimentos em audiência ou pedem esclarecimentos por escrito?
 - 19.3. Como avaliam os esclarecimentos obtidos?
20. Poderia falar-me um pouco sobre o testemunho/intervenção dos técnicos ou peritos nas conferências de pais e audiências?
 - 20.1. Da recolha que fiz resulta que são raros estes casos. Como avalia o contributo deles nestas circunstâncias?
21. Para o desenrolar do processo e para a decisão judicial, como avalia o papel
 - 21.1. EMAT e respetivos relatórios?
 - 21.2. INML e respetivos relatórios?
 - 21.3. Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade e respetivos relatórios?
 - 21.4. Magistrado Judicial
 - 21.5. Magistrado do Ministério Público
 - 21.6. Advogados
 - 21.7. Partes
22. Da sua experiência em que medida os relatórios e pareceres contribuem para o desenrolar do processo e para a decisão judicial?
 - 22.1. Alguma vez tomou uma decisão/fez uma promoção contrária ao que era sugerido no relatório?
23. Quanto à decisão judicial...
 - 23.1. Quais são para si os critérios determinantes para fixar:

- 23.1.1. residência da criança?
 - 23.1.2. as responsabilidades parentais de particular importância?
 - 23.1.3. As visitas/convívios?
 - 23.1.4. A pensão de alimentos?
24. Por fim, gostaria de lhe perguntar se tem alguma sugestão quanto à assessoria aos tribunais/o apoio técnico aos tribunais?
25. Na sua opinião a Organização Tutelar de Menores devia sofrer alguma alteração?
- 25.1. Que tipo de pareceres e relatórios acha que devem ser requeridos/previstos na lei? Quais são os mais úteis?

Guião de entrevista – Peritos/as

1. Em primeiro lugar, gostaria que me falasse um pouco sobre os objetivos e atividades desenvolvidas pela instituição?
2. E no que toca à organização:
 - 2.1. Quantas pessoas fazem parte da instituição? Que formação de base é que têm?
 - 2.2. Considera que a sua formação de base é adequada ao trabalho que desenvolvem?
 - 2.3. Como são distribuídos os processos?
3. Em segundo lugar e com base na sua experiência, gostaria que me falasse um pouco sobre o que pensa das famílias dos dias de hoje?
 - 3.1. E das famílias dos processos que acompanha?
 - 3.2. E dos papéis parentais desempenhados por mães e pais?
4. Na sua opinião que fatores são importantes nas competências parentais dos progenitores? Mãe e de um pai?
5. Quais são para si os critérios determinantes para fixar:
 - 5.1. residência da criança?
 - 5.2. as responsabilidades parentais de particular importância?
 - 5.3. As visitas/convívios?
 - 5.4. A pensão de alimentos?
6. Gostava que me desse a sua opinião sobre o atual sistema judicial de regulação das responsabilidades parentais?
7. Como vê o papel da sua instituição no atual sistema judicial de regulação das responsabilidades parentais?
8. Gostava agora que me falasse um pouco da relação que tem com o secção especializada de família e menores?
 - 8.1. E os magistrados judiciais e do Ministério Público?
 - 8.2. Como caracterizaria os magistrados?
9. Gostava que me falasse um pouco sobre a elaboração dos inquéritos sobre a situação social, moral e económica/exames psicológicos e médicos solicitados pelo Tribunal.
 - 9.1. Que metodologias utilizam?
 - 9.2. Quais são as principais dificuldades?
 - 9.3. Com quem articulam?
10. Como caracterizaria um bom relatório?
 - 10.1. Quais são, no seu entender, os principais problemas e deficiências dos relatórios, pareceres e testemunhos dos peritos? (De que forma poderiam melhorar?)
11. E um bom quesito do tribunal?

12. Na sua opinião os relatórios devem incluir propostas de regulação?
13. Gostaria agora que me falasse um pouco dos contraditórios aos relatórios produzidos.
14. Poderia falar-me um pouco sobre o testemunho/intervenção dos técnicos ou peritos nas conferências de pais e audiências?
15. Quais são no seu entender as principais diferenças entre os relatórios produzidos pelos vários técnicos/peritos/entidades?
16. Para o desenrolar do processo e para a decisão judicial, como avalia o papel
 - 16.1. EMAT e respetivos relatórios?
 - 16.2. INML e respetivos relatórios?
 - 16.3. Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade e respetivos relatórios?
 - 16.4. Magistrado Judicial
 - 16.5. Magistrado do Ministério Público
 - 16.6. Advogados
 - 16.7. Partes
17. Da sua experiência em que medida os relatórios e pareceres contribuem para o desenrolar do processo e para a decisão judicial?
18. Quanto à decisão judicial, quais são para si os critérios determinantes para fixar:
 - 18.1.1. residência da criança?
 - 18.1.2. as responsabilidades parentais de particular importância?
 - 18.1.3. As visitas/convívios?
 - 18.1.4. A pensão de alimentos?
19. Por fim, gostaria de lhe perguntar se tem alguma sugestão quanto à assessoria aos tribunais/o apoio técnico aos tribunais?
20. Na sua opinião a Organização Tutelar de Menores devia sofrer alguma alteração?
 - 20.1. Que tipo de pareceres e relatórios acha que devem ser requeridos/previstos na lei? Quais são os mais úteis?

Guião de entrevista – Advogados/as

1. Em primeiro lugar e com base na sua experiência, gostaria que me falasse um pouco sobre o que pensa das famílias dos dias de hoje?
 - 1.1. E das famílias dos processos que acompanha?
2. Na sua opinião que fatores são importantes nas competências parentais dos progenitores? Mãe e de um pai?
3. Gostava que me desse a sua opinião sobre o atual sistema judicial de regulação das responsabilidades parentais?
4. Gostava que me falasse um pouco sobre os inquéritos sobre a situação social, moral e económica elaborados pela EMAT. Como os caracterizaria? (principais qualidades e deficiências)
5. E os relatórios de avaliação de visitas desenvolvidos pela EMAT?
 - 5.1. E o trabalho que desenvolvem na aproximação de pais e filhos?
6. Como caracterizaria os técnicos da EMAT?
7. Gostava que me falasse um pouco sobre os exames médicos e psicológicos que solicita no âmbito dos processos regulação. Como os caracterizaria? (principais qualidades e deficiências)
 - 7.1. Já solicitou algum?
8. Como caracterizaria os relatórios do...

- 8.1. INML?
- 8.2. Hospital?
- 8.3. Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade?
9. E como caracterizaria os peritos de cada uma destas entidades?
10. Quais as principais diferenças entre os relatórios produzidos pelos vários técnicos/peritos/entidades?
11. Como caracterizaria um bom relatório?
 - 11.1. Quais são, no seu entender, os principais problemas e deficiências dos relatórios, pareceres e testemunhos dos peritos? (De que forma poderiam melhorar?)
12. Na sua opinião os relatórios sociais e exames devem incluir propostas de regulação?
13. Como caracterizaria as perícias/pareceres e relatórios que as partes juntam ao processo?
14. Gostaria agora que me falasse um pouco dos contraditórios aos relatórios sociais e exames psicológicos e médicos?
15. Poderia falar-me um pouco sobre o testemunho/intervenção dos técnicos ou peritos nas conferências de pais e audiências?
16. Para o desenrolar do processo e para a decisão judicial, como avalia o papel
 - 16.1. EMAT e respetivos relatórios?
 - 16.2. INML e respetivos relatórios?
 - 16.3. Unidade de Apoio à Comunidade da Universidade e respetivos relatórios?
 - 16.4. Magistrado Judicial
 - 16.5. Magistrado do Ministério Público
 - 16.6. Advogados
 - 16.7. Partes
17. Da sua experiência em que medida os relatórios e pareceres contribuem para o desenrolar do processo e para a decisão judicial?
 - 17.1. Alguma vez tomou uma decisão/fez uma promoção contrária ao que era sugerido no relatório?
18. Quanto à decisão judicial...
 - 18.1. Quais são para si os critérios determinantes para fixar:
 - 18.1.1. residência da criança?
 - 18.1.2. as responsabilidades parentais de particular importância?
 - 18.1.3. As visitas/convívios?
 - 18.1.4. A pensão de alimentos?
19. Por fim, gostaria de lhe perguntar se tem alguma sugestão quanto à assessoria aos tribunais/o apoio técnico aos tribunais?
20. Na sua opinião a Organização Tutelar de Menores devia sofrer alguma alteração?
 - 20.1. Que tipo de pareceres e relatórios acha que devem ser requeridos/previstos na lei? Quais são os mais úteis?