

Ministro da Justiça

Rec. n.º 1/ B/2005

Proc. R-1947/04

Data: 4-04-2005

Área: A 6

ASSUNTO: DIREITOS DOS MENORES. PODER PATERNAL. REGULAÇÃO. PAIS NÃO CASADOS. CÓDIGO CIVIL. ARTIGO 1911.º

Sequência: Acatada.

O art.º 1911.º do Código Civil, sob a epígrafe "Filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores não unidos pelo matrimónio", regula, em conjugação com o normativo seguinte, o exercício do poder paternal pelos pais não casados.

O preceito em causa, que remonta a 1977 (aliás, a terminologia no mesmo utilizada é disso reveladora), além de pouco claro em aspectos fundamentais - por exemplo, não é perceptível se a declaração a que se refere o seu n.º 3 é passível ou não de ser feita a todo o tempo -, está de alguma forma desajustado das necessidades actuais, prevendo um regime de regulação do exercício do poder paternal por pais não casados demasiado restritivo.

E isto na medida em que, desde logo, não permite o exercício conjunto do poder paternal pelos pais que não vivem em união de facto (n.ºs 1 e 2), e faz depender a possibilidade do exercício conjunto do poder paternal pelos pais que vivem em união de facto, de uma declaração nesse sentido, plausivelmente no momento da declaração para registo do nascimento da criança, para esta necessidade, poderá presumir-se, não estando os pais devidamente alertados (n.º 3 do preceito).

I) Regime de regulação do poder paternal pelos pais não casados que não vivem em união de facto - ou que, vivendo em união de facto, não efectuem a declaração a que se refere o n.º 3 do art.º 1911.º do Código Civil:

Não é compreensível, num quadro de não discriminação da criança por via da situação matrimonial dos pais, por que razão não é de todo permitido aos pais não casados, que não vivem em união de facto e que pretendem, de comum acordo, exercer conjuntamente o poder paternal, optar por esta possibilidade. De facto, nenhum motivo, desde logo a inexistência de um conflito entre ambos, existe para que assim não seja facilitado, em igualdade de circunstâncias com a situação dos filhos de pais casados.

A eventual possibilidade legal de os pais não casados, que não vivem em união de facto, poderem, de comum acordo, exercer conjuntamente o poder paternal, obviaria desde logo ao recurso ao Tribunal para resolução de uma questão que não encerra afinal um conflito. De resto, na prática, tal situação teria contornos idênticos aos dos pais divorciados, que exercem conjuntamente o poder paternal, como resultou da modificação do Código Civil encetada em 1999.

Naturalmente que na ausência de acordo entre os pais sobre a regulação do poder paternal, uma regra do tipo da que consta dos n.ºs 1 e 2 da norma - que estabelece que o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho, presumindo-se, em termos ilidíveis apenas judicialmente, que é a mãe que a tem, - já fará todo o sentido.

Mandando a lei que os pais depois do divórcio, logo não ligados pelo casamento, possam continuar a exercer em conjunto o poder paternal, nada justifica que idêntica possibilidade não seja dada a quem igualmente também não está ligado pelo casamento.

As razões para a adopção dessa guarda conjunta, em caso de acordo, são as mesmas que militam em igual sentido no caso do divórcio. Parece-me, assim, imprescindível e de todo conveniente que o legislador

possibilite o exercício conjunto do poder paternal pelos pais que, não vivendo em união de facto, pretendam, de comum acordo, fazê-lo.

A adoptar-se esta solução, dever-se-ia prever a possibilidade de os pais poderem declarar tal intenção a todo o tempo, e não só no momento do registo - já que naturalmente poderão vir apenas a chegar a acordo sobre o exercício conjunto do poder paternal em momento posterior àquele.

Na ausência desse acordo, manter-se-ia a solução legal actual, do exercício do poder paternal pelo progenitor que tem o filho à sua guarda - presumindo-se ser à mãe.

II) Regime do exercício do poder paternal pelos pais não casados que vivem em união de facto:

Por outro lado, o regime estabelecido no n.º 3 do art.º 1911.º do Código Civil, relativo à regulação do poder paternal pelos pais não casados que vivem em união de facto, permite que aquele seja exercido conjuntamente pelos progenitores, desde que estes efectivem a declaração a que se refere a norma - naturalmente que, na ausência de tal declaração, aplicar-se-ão, segundo o esquema legal em vigor, as regras dos n.ºs 1 e 2 do art.º 1911.º do Código.

Conforme já acima afluído, parece resultar do preceito em análise que a declaração em causa é passível de ser efectuada apenas na altura do registo da criança.

Assim sendo, deveria o regime constante do art.º 1911.º, n.º 3, do Código Civil, ser ajustado no sentido de se clarificar que a referida declaração pode ser feita a todo o tempo, e não apenas no momento do registo da criança, naturalmente para salvaguarda das situações em que os pais decidem só posteriormente a esse momento viver em união de facto, ou daquelas em que, vivendo já em união de facto à data do registo, não estivessem, nesse momento, devidamente alertados para a necessidade, no caso de pretenderem o exercício conjunto do poder paternal, de ser feita a referida declaração.

Aqui a similitude com os filhos nascidos de um casal unido pelo casamento é mais evidente, nada permitindo considerar como lícita a limitação do exercício conjunto do poder paternal, em princípio a solução menos restritiva dos direitos fundamentais ligados a esta relação familiar, tanto do filho como dos pais, no gozo dos direitos à maternidade e à paternidade.

Também dada a situação de união de facto, será de presumir a existência desse acordo. Contudo, evitando que o Direito imponha soluções onde os interessados porventura as não queiram, naturalmente que, também na situação em que estes pais não estejam de acordo quanto ao exercício do poder paternal ou não venham nunca, por qualquer motivo, a fazer a declaração em causa, teria de aplicar-se uma solução do tipo acima referido, de presunção, apenas ilidível judicialmente, da guarda, logo do exercício do poder paternal, pela mãe.

No esquema acima gizado, seria assim idêntico o regime do exercício do poder paternal pelos pais não casados, quer vivam em união de facto ou não, com a possibilidade do exercício conjunto do poder paternal, nos termos acima mencionados, e a previsão de uma solução para o caso de não estarem os mesmos de acordo quanto ao exercício do poder paternal, ou para a circunstância de, por qualquer outro motivo, não virem nunca a concretizar a declaração naquele sentido.

Enquanto não o fizerem - por exemplo, e aproveitando-se a solução já consignada na lei, prever-se-ia o exercício do poder paternal pelo progenitor que tem o filho à sua guarda, com a presunção, apenas ilidível judicialmente, de que a guarda pertence à mãe.

Sublinha-se que, nas duas situações do regime em discussão, naturalmente que perante uma eventual alteração posterior da vontade dos pais, no sentido de o exercício do poder paternal passar a ser apenas de um deles, um hipotético acordo deste tipo teria necessariamente de ser homologado pelo Tribunal, assim se defendendo os interesses do menor, os mais importantes em presença.

Para além da alteração à lei acima proposta, e independentemente da sua concretização, sempre julgo

adequado sugerir a Vossa Excelência que, no plano do funcionamento dos serviços de Registo Civil, seja dado ênfase à informação dos pais que venham declarar o nascimento dos seus filhos, não sendo casados, em termos que possibilitem, enquanto a mesma vigorar, o maior aproveitamento das possibilidades conferidas pela actual redacção legal.

Por tudo o que acima fica exposto, ao abrigo do disposto no art.º 20.º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 9/91, de 9 de Abril, RECOMENDO a Vossa Excelência a promoção, pelo Governo, de alteração ao art.º 1911.º do Código Civil, com o alcance e sentido seguintes:

- a) O estabelecimento da possibilidade de os pais não casados, quando de comum acordo, exercerem conjuntamente o poder paternal, quer vivam ou não em união de facto, através de declaração nesse sentido feita na conservatória do registo civil;
- b) A possibilidade de a declaração referida em a) poder ser efectivada, não só na data do registo, mas posteriormente, em qualquer momento;
- c) A previsão, para a situação em que os pais não estão de acordo quanto ao exercício do poder paternal, ou de não virem, por qualquer motivo, a concretizar aquela declaração, e enquanto não o fizerem, de uma solução legal que, por exemplo, estabeleça o exercício do poder paternal pelo progenitor que tem o filho à sua guarda, com a presunção, apenas ilidível judicialmente, de que a guarda pertence à mãe.

Já no âmbito da actuação administrativa,

- d) A informação expressa aos pais colocados nas situações em análise, pela conservatória do registo civil, na altura em que estes vão registar a criança, da possibilidade que têm de exercer conjuntamente o poder paternal, e da necessidade, assim sendo, de fazerem uma declaração nesse sentido, naquela altura ou posteriormente.

Na expectativa de que as recomendações acima feitas venham a merecer o acolhimento que me parece desejável, aguardo pela resposta do Governo às mesmas.

O Provedor de Justiça

H. Nascimento Rodrigues