

ASCENSÃO E QUEDA DA DOCTRINA DO “CUIDADOR PRINCIPAL”

Guilherme de Oliveira

I. Introdução

Nas ações de regulação das responsabilidades parentais, a decisão melhor resultará sempre da análise séria e sensível dos elementos da matéria de facto, do conhecimento imediato dos magistrados relativamente às pessoas envolvidas, e do empenho na procura da satisfação do melhor interesse da criança. Na verdade, esta matéria é eminentemente jurisprudencial, no sentido de que o momento mais relevante é o momento da apreciação dos factos, do conhecimento da realidade do caso. É com referência a este tipo de intervenções judiciais que melhor se compreendem as frases de Manuel de Andrade: “é com a aplicação que o Direito cumpre o seu destino” e “[O juiz é] a viva voz do Direito”⁽¹⁾.

Por razões semelhantes, a jurisprudência dos tribunais de segunda instância norte-americanos segue a tendência de não alterar as decisões de primeira instância, desde que não tenha havido uma aplicação errada da lei. Trata-se de respeitar

a visão de quem esteve mais perto do caso concreto⁽²⁾.

Mas pode bem imaginar-se que não seja tarefa fácil selecionar toda a matéria de facto relevante e dar-lhe a devida ponderação no sentido de uma boa sentença.

Neste texto, vou referir-me aos (II) fatores que devem ser tidos em consideração para fundamentar uma decisão sobre a guarda física do filho; vou fazer uma (III) referência especial à importância da doutrina do “cuidador principal” e à tendência contemporânea para manter os dois progenitores em relação próxima com o filho.

II. Os fatores que devem ser tidos em consideração

a) Fazer uma apreciação de *todos* os fatores que devem ser tidos em conta numa decisão sobre a

⁽¹⁾ *Sentido e valor da jurisprudência (Oração de sapiência lida em 30 de Outubro de 1953)*. Separata do volume XLVIII, 1972, do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 37 e 38, respetivamente.

⁽²⁾ “The vagueness of the ultimate standard [o melhor interesse da criança] and the number and variety of the individual facts which may be relevant to its application to the particular case have led appellate courts to follow the principle that awards of custody are within the discretion of the trial court, to be reversed only where an abuse of this discretion appears. With occasional disagreement, appellate courts recognize that the subtle and sensitive evaluation of the evidence which custody cases demand is best left to trial courts except where the trial court’s decision is based upon an erroneous view of the law or is contrary to the great weight of the evidence. As a consequence custody cases are largely won or lost in the trial courts (...).” (Homer H. CLARK, Jr. — *The law of Domestic Relations in the United States*, sec. ed., West Publishing, reprint 1988, p. 798).

guarda física das crianças é uma tarefa impossível. Na verdade, o único objetivo realista é referir os fatores mais conhecidos, mais frequentemente mencionados na literatura, com a noção de que a riqueza do caso concreto pode mostrar sempre novas circunstâncias a que o tribunal deve prestar atenção. É mesmo que a coleção dos fatores descritos pareça aproximar-se de uma totalidade imaginada, sempre restará para o tribunal o dever de negligenciar aqueles que, nas circunstâncias concretas, não mereçam relevância.

b) Por vezes, a própria lei ocupa-se de alguns fatores que considera especialmente relevantes, de um modo mais ou menos extenso, talvez para guiar o tribunal no seu caminho e para permitir aos destinatários uma previsão, em homenagem à certeza do Direito⁽³⁾; estes fatores tipificados entendem-se como um mínimo, e têm o mérito de permitir uma contestação das decisões quando algum deles não foi considerado⁽⁴⁾. Outras vezes a lei é mais lacónica, limitando-se a estabelecer o critério do interesse do filho⁽⁵⁾, ou referindo apenas algum fator que queira introduzir mais claramente no sistema judicial⁽⁶⁾.

c) Tem cabido à doutrina e à jurisprudência a tarefa de enumerar os fatores relevantes.

⁽³⁾ Por exemplo o *Children Act 1989*, no Reino Unido, "como um meio para dar mais consistência e clareza à lei", "como um passo importante para uma atitude mais sistemática nas decisões" e "para todos os interessados poderem focar-se nos mesmos temas" (LOWE; DOUGLAS — *Bramley Family Law*, 10th ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 468).

⁽⁴⁾ HERRING — *Family Law*, 4th ed., Harlow, Pearson, 2009, p. 502-3.

⁽⁵⁾ Como o código civil alemão §1671 e 1672; e o Código das Relações Domésticas de Washington: (§ 26.10.100): "The court shall determine custody in accordance with the best interests of the child".

⁽⁶⁾ Como foi o caso da lei portuguesa de 2008 (art. 1906.º, n.º 5).

Reúno agora um elenco extenso, retirado de vários textos, e que pode considerar-se "património comum" dos países com que temos afinidades culturais:

— Fatores relativos à criança:

(1) as suas necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais (2) o seu sexo (3) a sua idade (4) o seu grau de desenvolvimento físico e psíquico (5) o seu grau de desenvolvimento cultural (6) as relações da criança com os seus progenitores, irmãos e com outras pessoas relevantes para si (7) a permanência das relações afetivas da criança (8) a adaptação da criança ao ambiente extra familiar de origem (9) os efeitos de uma eventual mudança de residência causados por uma ruptura com este ambiente (10) o seu comportamento social (11) os sentimentos e a vontade da criança.

— Fatores relativos aos pais:

(12) a saúde física e mental (13) o seu sexo (14) o afeto que cada um dos pais sente pelo filho (15) a capacidade dos pais para satisfazer as necessidades do filho (16) o envolvimento de cada progenitor no cuidado do filho (17) o modo como cada um acompanhou o filho depois da separação (18) o tempo disponível para cuidar do filho no futuro (19) a competência prática de cada um para desempenhar as responsabilidades parentais (20) os acordos que celebraram

anteriormente (21) o seu estilo de vida (22) a sua idoneidade (23) se algum dos progenitores está temporariamente impossibilitado de desempenhar o seu papel e as expectativas razoáveis para o futuro (24) a prova da existência de violência familiar, por qualquer modo (25) a prova do consumo de substâncias que fragilizem o seu sentido de responsabilidade (26) a sua religião (27) a sua situação financeira (28) a falta voluntária de contribuição para as despesas domésticas ou de alimentos (29) a sua ocupação profissional (30) a estabilidade do ambiente que cada um deles pode facultar ao filho (31) a aptidão de cada um para respeitar os direitos e os deveres do outro (32) a capacidade de cada um para promover as relações do filho com o outro (33) a propensão para recorrer à mediação dos conflitos (34) a proximidade, da casa de um dos pais, da escola do filho (35) a companhia dos outros irmãos (36) a assistência prestada a um dos pais por outros membros da família (37) a relação da criança com os novos cônjuges ou companheiros dos progenitores.

E se a criança tiver necessidades especiais, ainda outros fatores devem ser tomados em consideração:

(38) a especial aptidão técnica de um dos progenitores para satisfazer a necessidade especial em causa (39) a proximidade entre a residência de um progenitor e uma instituição de apoio técnico.

Pode acrescentar-se, em geral:

(40) o resultado das perícias que o tribunal mandou realizar.

d) O que vale uma “listagem” como esta?

A minha intenção, ao fazê-la, foi sobretudo a de mostrar como as circunstâncias reconhecidas, em vários países, são muito numerosas.

Depois, pretendo sublinhar duas ideias.

Em primeiro lugar, quero recordar que, na generalidade dos sistemas, a consideração de todos os fatores que possam ser relevantes é imposta ao tribunal, ainda que a lei mencione alguns daqueles que considera mais relevantes ⁽⁷⁾.

Em segundo lugar, espero tornar mais justificada aquela afirmação de que as regulações do exercício das responsabilidades parentais são casos privilegiados para uma apreciação pela 1.ª instância, e que a intervenção da 2.ª instância deve ficar reduzida ao controlo de erros grosseiros de Direito. Na verdade, só um contacto intenso com a matéria de facto pode captar os elementos necessários para a ponderação cabal do interesse do filho e, assim, para a melhor decisão.

⁽⁷⁾ Como no código civil francês, art. 373-2-11: « Lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération (...) » seguindo-se alguns fatores que o legislador destacou.

Também no código italiano, art. 155.º : « (...) il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore (...) ».

III. Referência especial à doutrina do "cuidador principal" ou "*primary caretaker*"

a) Noção, contexto e evolução

A doutrina surgiu nos Estados Unidos como "*the primary caretaker presumption*"⁽⁸⁾.

O "*primary caretaker*" ou "cuidador principal" é o progenitor que assumiu, na prática do dia-a-dia, as tarefas do cuidado com o filho. Ou seja, que alimentou, vestiu, prestou cuidados médicos, adormeceu, acordou, levou à escola e a casa dos amigos, etc.

A doutrina do "cuidador principal" ganha todo o seu sentido se conhecermos a sua história; na verdade, ela surgiu na sequência da doutrina da "tenra idade" ou "*tender years*".

A regra social de que a mulher casada não era sujeita de direitos, expressa pelo princípio bíblico "dois numa só carne", levou a que o marido era o titular natural da guarda dos filhos. Por volta de 1830-40, tanto em Inglaterra como nos Estados Unidos, terminou esta hegemonia masculina. Na verdade, algumas decisões históricas atribuíram a guarda das crianças mais pequenas à mãe, como "a mais suave e segura cuidadora da infância"⁽⁹⁾. Surgiu deste modo a doutrina da "tenra idade".

Esta tendência de entregar as crianças pequenas às mães teve um sucesso generalizado, sempre que não havia motivos para distinguir entre os dois progenitores. Para além de contrariar a supremacia dos maridos, que não se baseava no interesse das crian-

ças, e de corresponder à ideologia reinante de que a mãe era a cuidadora natural, aquela doutrina permitia aliviar os tribunais de mais averiguações minuciosas quando os dois progenitores pareciam igualmente aptos para guardar o filho⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾.

Porém, a ascensão das pretensões quanto à igualdade de género e os movimentos dos pais que não queriam ser excluídos da guarda dos filhos, sugeriram que a doutrina da "tenra idade" era contrária ao princípio constitucional da igualdade, por praticar uma preferência relativamente às mães, apenas por serem mães⁽¹²⁾.

Foi então que surgiu a doutrina do "*primary caretaker*" ou "cuidador principal". O fator de preferência deixou de ser a mera condição de mãe para passar a ser a demonstração do cuidado prestado ao filho quer pelo pai quer pela mãe; assim, esta doutrina não contrariava as regras constitucionais da igualdade⁽¹³⁾.

A doutrina "*primary caretaker*" encontrou uma recepção especial nos estados norte-americanos de West Virgínia e de Minnesota, que a encararam explicitamente como uma *presunção* que devia ser seguida pelos tribunais; mas nenhum dos dois estados man-

⁽⁸⁾ Homer H. CLARK, Jr. — *The law of Domestic Relations...* cit., p. 799; WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law...* cit., p. 728.

⁽⁹⁾ Em Portugal, M. Clara SOTTOMAYOR dá conta de que a preferência maternal teve uma aceitação grande sobretudo depois de 1977 (M. SOTTOMAYOR, Maria Clara — *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 5. ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 49).

⁽¹⁰⁾ Homer H. CLARK, Jr. — *The law of Domestic Relations...* cit., p. 800; WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law...* cit., p. 729.

⁽¹¹⁾ Porém, como na realidade as mães continuavam a prestar os cuidados básicos nos primeiros anos de vida, o resultado prático das decisões de guarda continuou idêntico: os filhos pequenos continuaram a ser entregues à guarda das mães (Homer H. CLARK, Jr. — *The law of Domestic Relations...* cit., p. 800).

⁽⁸⁾ *Caso Garika v. McCoy*, 1981.

⁽⁹⁾ *Helms v. Francisus*, Maryland, 1830, *apud* WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law, Cases and Materials*, 3th ed., New York, Aspen, 2006, p. 728.

tém esse regime ⁽¹⁴⁾. Outros estados seguiam a mesma doutrina, sem a consagrar explicitamente ⁽¹⁵⁾.

A verdade é que logo nos anos oitenta e noventa do século passado surgiram críticas a esta solução:

- ela servia bem no quadro das relações sociais antiquadas, em que os papéis dos cônjuges eram diferentes e bem definidos; mas não se tornava tão clara perante a sociedade moderna em que ambos os cônjuges trabalham fora de casa ⁽¹⁶⁾;
- parecia não haver provas seguras de que a atribuição da guarda ao “cuidador principal” satisfizesse melhor o interesse do filho do que a atribuição ao outro progenitor ⁽¹⁷⁾;
- a aplicação daquela regra significava uma desvalorização do papel do pai no desenvolvimento do filho, enquanto sobrevalorizava as tarefas da mãe ⁽¹⁸⁾;
- os hábitos de vida construídos durante o casamento não podem ser tão decisivos na determinação do regime posterior ao divórcio. Na verdade, não só o cuidado exclusivamente maternal pode ter sido combinado por ambos, para deixar o homem mais livre como

breadwinner, mas também tem de admitir-se o valor das mudanças da vida que o progenitor, antes ausente, possa querer fazer agora no sentido de se ocupar do filho ⁽¹⁹⁾; dito de outro modo, não deveria tornar-se os compromissos anteriores ao casamento como definitivos depois do divórcio ⁽²⁰⁾;

- ao contrário do que se supunha, aumentou a litigância nos tribunais ⁽²¹⁾;
- se dois irmãos tiverem tido “cuidadores principais” diferentes, como se compatibiliza com a regra de que não devem ser separados os irmãos ⁽²²⁾?
- pode preferir-se um “cuidador principal” que não admite as relações da criança com o outro progenitor ⁽²³⁾?

9

⁽¹⁴⁾ PARKINSON — *Family Law ...*, cit., p. 89, citando a *US Commission on Child and Family Welfare* in 1996; cfr. também o caso elucidativo *Gianvito v. Gianvito* (2009) no estado da Pennsylvania.

⁽¹⁵⁾ ROBERT LEVY — *Custody Law and the ALI Principles*, in Robin Wilson, dir., *Reconceiving the Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 67-89, p. 71.

⁽¹⁶⁾ ROBERT LEVY, *ob e loc. cit.*; GARY CRIPPEN — *Stumbling Beyond Best Interests of the Child: Reexamining Child Custody Standard-Setting in the Wake of Minnesota's Four Year Experiment with the Primary Caretaker Preference*, *Minnesota Law Review*, vol. 75, 1990, p. 452-3: “The primary caretaker preference, contrary to the expectations of its supporters, caused an explosion of litigation in Minnesota. Two family law commentators observed that *Pikula* “spawned an incredible amount of litigation concerning who changed more diapers, the unfitness of parents and the threshold age at which a child is old enough to express a preference”.

⁽¹⁷⁾ CARL SCHNEIDER — *Discretion, Rules and Law: Child Custody and the UMDA's Best interests standard*, 89, *Michigan Law Review*, p. 2284-6: “(...) what would be the relation between the primary caretaker standard and the well-established doctrine that siblings should usually have the same custodian? Suppose two siblings had come to have different primary caretakers but wished to live together? Suppose they had the same primary caretaker but wished to live apart?”

⁽¹⁸⁾ CARL SCHNEIDER — *ob. e loc. cit.*: “(...) what should a court do when the primary caretaker seems likely to be uncooperative in permitting the other parent visitation but the secondary caretaker would be cooperative? Visitation is widely considered desirable for the child and for the noncustodial parent, and courts sometimes consider the willingness of a custodian to cooperate with visitation in making custody decisions.”

⁽¹⁴⁾ WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law...*, cit., p. 730. Em 1990, uma nova lei do Minnesota sublinhou: “The primary caretaker factor may not be used as a presumption in determining the best interests of the child”. (PARKINSON — *Family Law and the Indivisibility of Parenthood*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 84-5).

⁽¹⁵⁾ PAUL SMITH — *The Primary Caretaker Presumption: Have We Been Presuming Too Much?* *Indiana Law Journal*, vol. 75, 2000, p. 731-746, p. 739.

⁽¹⁶⁾ HOMER H. CLARK, JR. — *The Law of Domestic Relations...*, cit., p. 801-2.

⁽¹⁷⁾ *Idem.*

⁽¹⁸⁾ WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law...*, cit., p. 731; CHAMBERS, D.L. *Rethinking the substantive rules for custody disputes in divorce*. *Michigan Law Review* (1984) p. 477-569, p. 535.

- pode preferir-se um "cuidador principal" que tem menos vinculação com o filho do que o "cuidador secundário" ⁽²⁴⁾?
- como se determina o "cuidador principal" quando os dois progenitores foram "principais" em épocas diferentes ⁽²⁵⁾?
- como se aplica a preferência se o "cuidador principal" não quer ou não pode assumir a guarda ⁽²⁶⁾?
- não há provas de que mesmo as crianças mais pequenas fiquem melhor com o "cuidador principal" ⁽²⁷⁾.
- a contabilidade mecânica das tarefas básicas pode eleger um progenitor que, no fundo, não é o mais conveniente dentro de uma ponderação mais vasta ⁽²⁸⁾; pode até parecer prejudicial para o filho ⁽²⁹⁾.

- qual é o espaço que esta preferência deixa para a ponderação da vontade do filho, que pode não querer o "cuidador principal" ⁽³⁰⁾? De um modo mais amplo, pode dizer-se que a doutrina não respeita a pessoa e os direitos fundamentais da criança ⁽³¹⁾.
- era uma regra destinada a uma escolha binária entre as casas dos dois progenitores, para a fixação da residência principal, que não tinha a preocupação de valorizar ou de promover o contacto do filho com ambos ⁽³²⁾.

A regra do "cuidador principal" "continuou viva em alguns estados, mas apenas como um dos fatores que devem ser considerados para determinar o interesse do filho" ⁽³³⁾.

Em 1992, Elizabeth SCOTT formulou a "regra da aproximação", conhecida também pela "regra do cuidado anterior" ou "*past caretaking standard*". Segundo esta doutrina, o regime da guarda física do filho devia continuar a prática do casal anterior ao divórcio: o tempo de contacto do filho com cada progenitor, depois do divórcio, devia reproduzir o tempo que cada um dos progenitores tinha dedicado ao filho durante o casamento ⁽³⁴⁾. Como se vê, esta "regra da aproximação" abria várias possibilidades: o tempo de

⁽²⁴⁾ CARL SCHNEIDER — *ob. e loc. cit.*: "(...) *what should be done where the child has closer psychological ties to the secondary caretaker than to the primary caretaker? This case will not arise frequently, one supposes, but it seems likely to arise occasionally.*"

⁽²⁵⁾ CARL SCHNEIDER — *ob. e loc. cit.*: "(...) *In Brooks v. Brooks, for instance, the mother had been the primary caretaker from the children's births in 1969 and 1972 until June 1980, when the father became the primary caretaker (with the help of a live-in babysitter). (...) Who was the primary caretaker?*"

⁽²⁶⁾ CARL SCHNEIDER — *ob. e loc. cit.*: "(...) *what if there is no single primary caretaker? Sometimes the primary caretaker will have died. Sometimes the primary caretaker will not want or be able to have custody (because the caretaker is ill or jailed, for example). Sometimes the child simply will not have had any real caretaker.*"

⁽²⁷⁾ CHAMBERS, D. L. — *Rethinking...*, p. 536: "*there is less reason than in the past to fear that a secondary-caretaking father, if given custody, will meet his child's basic needs for continuity of attachment and nurturing less satisfactorily than primary-caretaking mothers.*"

⁽²⁸⁾ GARY CRIPPEN — *ob. cit.*, p. 492: "*Finally, opponents of the primary caretaker preference argue that it fails to provide some children with protection against harmful caretaking that does not constitute unfitness or clearly dangerous conduct. Thus, the preference might favor a parent who provides the greater quantity of caretaking, but whose nurturing skills are inadequate.*"

⁽²⁹⁾ CARL SCHNEIDER — *ob. cit.*, p. 2284: "(...) *what would be done where the primary caretaker seems likely to be a bad custodian? What if, for example, the primary caretaker had serious psychological problems?*"

⁽³⁰⁾ CARL SCHNEIDER — *ob. cit.*, p. 2284: "(...) *Fourth, what status would children's preferences have? (...) Yet children do not universally prefer their primary caretaker.*"

⁽³¹⁾ PAUL SMITH — *The Primary Caretaker Presumption: Have We Been Presuming Too Much?* Indiana Law Journal, vol. 75, 2000, p. 733 e 746.

⁽³²⁾ PARKINSON — *Family Law ... cit.*, p. 83.

⁽³³⁾ WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law...*, cit., p. 730-1.

⁽³⁴⁾ WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law...*, cit., p. 731; PARKINSON — *Family Law ... cit.*, p. 82-3.

contacto do filho podia ser dividido entre os dois progenitores se eles tinham repartido o cuidado durante o casamento. Note-se, também, que esta regra estava sempre aberta ao contacto do filho com os dois progenitores, ao desenvolvimento das relações com os dois, sem se limitar à escolha da residência principal entre um ou outro. A regra do “cuidado anterior” pretendia a continuidade das relações, tal como elas tinham sido antes do divórcio dos progenitores.

Relativamente à regra do “cuidador principal” ou “*primary caretaker*”, pode dizer-se que a regra do “cuidado anterior” ou do “*past caretaking standard*” significou um avanço em direção ao ideal de evitar que o divórcio dos pais signifique um “divórcio” com os filhos. Sem ter adotado imediatamente a proposta da “guarda conjunta”, esta regra rejeitava o paradigma anterior em que a busca do “cuidador principal” procurava garantir um contacto tendencialmente exclusivo com um dos pais, permitia um contacto maior com os dois progenitores, e por isso foi aclamada como uma saída airosa para a “guerra da guarda” que vinha instalada ⁽³⁵⁾.

Esta ideia mais moderna ficou consagrada nos princípios do *American Law Institute* (ALI) ⁽³⁶⁾, que constituíram recomendações prestigiadas em matéria de dissolução do casamento.

Mas também não era isenta de uma das críticas que se dirigira à doutrina mais antiga do “*primary caretaker*” ou “cuidador principal”: também a nova

“regra da aproximação” ou do “cuidado anterior” ignorava as alterações que o divórcio pode provocar nos dois progenitores, que os levam a procurar novos equilíbrios, novas prioridades, em função do cuidado que querem dispensar aos filhos, no futuro ⁽³⁷⁾.

Fosse como fosse, esta versão da relevância do cuidado com o filho — *past caretaking standard* — apagou o fulgor antigo da doutrina do “*primary caretaker*” ou do “cuidador principal”, no Direito norte-americano.

b) Onde está hoje a preferência pelo “*primary caretaker*” ou pelo “cuidador principal”, na atribuição da guarda?

Nos Estados Unidos, na sua versão prescritiva de *presunção expressa*, a doutrina já não existe (aliás, mesmo nos seus melhores dias só se encontrava nos Estados de West Virgínia e Minnesota); nem existe como uma *presunção implícita* na jurisdições estaduais. Pelo contrário, o que se encontra facilmente nas leis estaduais são *recomendações expressas de que nenhum fator deve ter preferência sobre os outros*, para que o juízo do tribunal seja fundado em todo o conhecimento que importa. Isto não significa que a circunstância de um dos progenitores ter dispensado cuidados principais, permanentes ou exclusivos, e tenha criado assim um vínculo especial com o filho, não seja considerada pelo tribunal; mas deve ser considerada sempre em conjunto e em pé de

11

⁽³⁵⁾ PARKINSON — *Family Law* ..., cit., p. 87, nota 93.

⁽³⁶⁾ ROBERT LEVY — *Custody Law and the ALI's Principles: a little history, a little policy and some very tentative judgments*, in Robin F. WILSON ed. — *Reconceiving the Family*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 67-89, p. 74.

⁽³⁷⁾ PARKINSON — *Family Law* ..., cit., p. 89.

igualdade com as outras circunstâncias do caso; isto é, sem preferência sobre as outras ⁽³⁸⁾.

Na melhor hipótese, nos Estados Unidos, encontra-se a versão posterior do "past caretaking standard", como no estado da West Virgínia ⁽³⁹⁾.

Na Europa, desde os anos 80 ou 90 do séc. XX, o movimento iniciado pelos países mais relevantes vai no sentido da "parentalidade" partilhada ou conjunta. Isto é: a preocupação dos sistemas europeus está em promover o maior contacto do filho com ambos os progenitores. Os esforços vão no sentido de encontrar o melhor equilíbrio dos papéis dos progenitores, para que o divórcio não signifique alterações das responsabilidades parentais.

Num quadro assim, não há lugar para um presunção de guarda em favor do "cuidador principal" ou *primary caretaker*. Esta presunção inscreve-se num sistema de escolha binária ⁽⁴⁰⁾ — ou um ou outro — que tende para a exclusividade das relações do filho com o cuidador principal, ao contrário da tendência contemporânea do envolvimento de ambos os progenitores. Isto não quer dizer que não se possa escolher uma residência principal, nem quer dizer que uma relação privilegiada com um dos progenitores não seja tida em consideração; mas

sempre numa ponderação mais vasta de todos os fatores, que tende para a inclusão do papel dos dois progenitores, em vez de se contentar com a fixação da guarda exclusiva e o exercício exclusivo das responsabilidades que lhe andava associado ⁽⁴¹⁾.

c) Abusos da doutrina do *primary caretaker* ou "cuidador principal"

A história familiar do filho e o papel desempenhado por cada um dos progenitores no seu cuidado continuam a ter a maior importância para o tribunal, na medida em que podem revelar as ligações afetivas que merecem respeito e continuidade, no interesse do filho; as averiguações sobre o cuidado passado continuam a estar obviamente justificadas.

A doutrina do *primary caretaker* ou do "cuidador principal" assentou sobre essas averiguações e teve a sua época em vários estados norte-americanos.

Mas não se pode abusar da doutrina nem exagerar o seu valor.

1. A primeira forma de abuso é pretender importá-la sob a forma de uma *presunção*.

No Direito norte-americano, a doutrina do *primary caretaker* foi adotada sob a forma de presunção. Várias jurisdições estaduais assumiram que o melhor interesse do filho recomendava entregar os filhos à guarda exclusiva do "cuidador principal", salvo se houvesse razões fortes em contrário. E *construíram o Direito* nesse sentido. Em dois Estados, esta presunção foi consagrada em lei; em outros Estados,

⁽³⁸⁾ Encontram-se referências ao "primary caretaker" ou "cuidador principal" nas leis do Arizona, Minnesota, Oregon e Vermont, e logo acompanhadas da recomendação expressa de que todos os fatores devem ser tidos em conta, sem que se possa privilegiar qualquer deles.

⁽³⁹⁾ "§ 48-9-206. Allocation of custodial responsibility. (a) Unless otherwise resolved by agreement of the parents under section 9-201 or unless manifestly harmful to the child, the court shall allocate custodial responsibility so that the proportion of custodial time the child spends with each parent approximates the proportion of time each parent spent performing caretaking functions for the child prior to the parents' separation or, if the parents never lived together, before the filing of the action."

⁽⁴⁰⁾ PARKINSON — *Family Law* cit., p. 83.

⁽⁴¹⁾ Como na lei portuguesa anterior a 2008 (art. 1906.º, n.º 2).

a jurisprudência reconheceu-a como um *standard*, uma presunção implícita, que se impunha aos tribunais, mesmo sem consagração legal.

Mas não se pode importar este modelo para um sistema continental como o nosso.

Para que a regra do “cuidador principal” se impusesse como a melhor forma de satisfazer o interesse do filho, salvo prova em contrário, seria necessário que estivesse consagrada como uma *presunção legal* — o que, evidentemente não acontece.

Nem seria apropriado que ela fosse uma presunção legal. Na verdade, quando se pretende que o tribunal faça um juízo de mérito sobre o melhor regime para o filho, a eventual existência de um presunção começaria por retirar a liberdade que aquele juízo reclama, impondo uma norma ao tribunal, acrescentando as dificuldades de fazer vingar uma solução diferente e melhor do que a solução presumida. Significaria um regresso à “verdade formal”, assente nas chamadas “provas legais”, que deixava a solução resultar de uma combinação de provas que o juiz mal podia controlar e avaliar. Por outro lado, se houvesse uma presunção legal, poderia até o juiz ficar sujeito ao resultado do esforço das partes, à eventualidade de a parte interessada não ter habilidade ou empenho para impugnar o resultado de uma presunção que fosse altamente inconveniente no caso concreto; isto seria adequado numa área dispositiva do Direito, mas seria impróprio num setor em que prevalecem os interesses públicos — a defesa do interesse da criança — sobre o livre jogo dos interesses particulares.

E não adianta pretender que se trata apenas de uma presunção *judicial*, porque isso seria tecnicamente errado. Em primeiro lugar porque, nos

Direitos continentais europeus, os tribunais *não criam* presunções que tenham de ser seguidas pelo sistema. Em segundo lugar, no nosso Direito, as “presunções judiciais” têm um sentido técnico muito preciso. Segundo os artigos 349.º e 351.º do código civil, as presunções judiciais são regras de prova, isto é, são regras que legitimam que o tribunal dê como provado um facto, apesar de ele não ter sido provado diretamente. O tribunal pode ter de fazer prova de certos factos — de quem dispensou certos cuidados, quem acompanhou o filho, quem lhe valeu em momentos difíceis. Mas quando o tribunal procura formar um juízo sobre qual deve ser o regime de guarda, já não se encontra no domínio da produção da prova. Ora, não se pode invocar uma presunção judicial quando o tribunal está à procura de saber qual é o melhor interesse do filho, para definir o regime que o satisfaz: aqui, o tribunal está a procurar a melhor decisão de mérito, e não a produzir uma prova. Se se pretendesse dizer que o tribunal devia admitir que o “cuidador principal” é o melhor guardião, estaria a prescrever-se um regra de mérito que o tribunal devia seguir na decisão final. Ou seja, estaria a pretender impor-se uma presunção legal inexistente, disfarçada de uma “presunção judicial” tecnicamente errada e deslocada da sua função.

Aliás, nem sequer se pode falar de qualquer presunção judicial, neste ou naquele sentido. De facto, a presunção judicial nunca tem uma existência autónoma e prévia, fora de um processo; é apenas um procedimento mental que aparece para se extinguir, logo depois de cumprida a sua função de legitimar a prova indireta de um facto.

Assim, o mais que se pode dizer é que a entrega da guarda exclusiva ao “cuidador principal” acontece

com frequência; isto é, que os tribunais verificam, em muitos casos, que essa é uma boa solução, depois de ponderadas todas as circunstâncias do caso concreto.

2. A segunda forma de abuso é encará-la como *um fator privilegiado*, que exclui os outros.

O conhecimento da generalidade das leis europeias ou norte-americanas mostra que os legisladores seguem caminhos parecidos. Uma vez, recomenda-se ao tribunal que procure confiar a criança de acordo com o seu melhor interesse, sem enunciar os fatores que o tribunal deve ponderar ⁽⁴²⁾; outras vezes — na maioria — a própria lei recomenda ao tribunal uma *checklist* de fatores que o juiz não pode esquecer, sem prejuízo de recomendar a ponderação de quaisquer outros que pareçam relevantes ⁽⁴³⁾; há ainda casos em que se proíbe expressamente a sobrevalorização abstrata de um fator sobre os outros ⁽⁴⁴⁾.

Na lei portuguesa, tradicionalmente, apenas se enuncia o grande objetivo de satisfazer o interesse do menor; e acrescenta-se um fator que a lei quis acentuar, cerramente para facilitar a sua entrada na ponderação final: o favorecimento das relações com o segundo progenitor ⁽⁴⁵⁾.

Neste enquadramento legal — por exemplo — seria abusivo conceder a qualquer movimento "autonomista" que a vontade do filho maior de doze anos tivesse preferência sobre todos os outros fatores; ou

que os cuidados dirigidos à preparação desportiva e à instrução da prática do campismo conferissem uma preferência aos pais sobre os cuidados maternos mais "domésticos".

Pelas mesmas razões, o "cuidado principal" não tem o potencial nem pode ter o privilégio de resolver o caso, em exclusivo. A longa lista de fragilidades que a doutrina destacou mostra que o referido critério não tem o potencial necessário para substituir a ponderação de todos os fatores; e a exigência legal desta ponderação mais vasta — reconhecida em todos os sistemas — retira-lhe *forçosamente* qualquer privilégio sobre todos os outros fatores.

3. A terceira forma de abuso é aplicá-la *fora do contexto* em que apareceu e desapareceu.

Já ficou sumariamente delineado o modo como a doutrina do "primary caretaker" ou do "cuidador principal" apareceu ⁽⁴⁶⁾.

A regra dos "tender years" tivera o grande mérito de romper a supremacia tradicional dos pais, mas vira-se confrontada com a acusação de privilegiar as mulheres-mães contra a regra constitucional da igualdade. A doutrina do "primary caretaker" vinha obter aproximadamente os mesmos resultados — a entrega das crianças à mãe — através de um expediente neutro quanto ao género.

Como ficou dito, o entusiasmo por este procedimento chegou a elevá-lo à categoria de presunção legal em dois Estados; e colheu a adesão de muitos juristas e tribunais, que criaram uma presunção jurisprudencial. A preferência pelo "cuidador principal", no entanto,

⁽⁴²⁾ Código civil espanhol, art. 92.º; e muitos estados norte-americanos.

⁽⁴³⁾ Código civil francês, art. 373.º-2-11; e vários estados norte-americanos.

⁽⁴⁴⁾ Minnesota, § 257.025 e Oregon, § 107.137.

⁽⁴⁵⁾ Isto é assim tanto antes como depois de 2008 (cfr. os arts. 1905.º, n.º 1, e 1906.º, n.º 5).

⁽⁴⁶⁾ *Supra*, III, a).

trazida para o mundo jurídico pelos ventos da evolução, foi ela própria reduzida ao seu justo valor pelos mesmos ventos que foram soprando na direção de uma partilha das funções parentais pelos dois progenitores — primeiro pela substituição pela “regra da aproximação” ou “*past caretaker standard*” e depois pelo seu afastamento como fator de preferência.

Dito isto, não podem negar-se os ganhos obtidos — sobretudo a importância do cuidado parental para a construção dos vínculos afetivos e a necessidade de respeitar esses equilíbrios, dentro de uma ponderação mais vasta.

4. A quarta forma de abuso é pretender aplicá-la para além das suas próprias forças.

Tem sido difícil para os juristas habituarem-se a receber ensinamentos das outras ciências sociais. Nos casos que envolvem o destino das crianças, as conquistas da Psicologia tornaram-se indispensáveis para aconselhar os tribunais.

Quando se estabelece um regime de guarda, é importante saber colher informações técnicas sobre as vinculações da criança, sobre o valor da continuidade dessas relações, sobre a capacidade que ela tem para tolerar mudanças ou para beneficiar delas.

Todas estas indagações assentam, também, na idade da criança. Com efeito, as vinculações e a dependência inicial dos verdes anos evoluem para novos estadios da personalidade, e dão lugar aos primeiros alicerces da autonomia. Há literatura respeitada no sentido de que as crianças desenvolvem laços com ambos os progenitores, durante o primeiro ano; de que se justifica uma ligeira preferência pelo “primeiro cuidador”, na melhor hipótese, até aos cinco anos; e de que não há provas que sustentem

qualquer distinção entre o primeiro e o segundo “cuidador” depois dos cinco anos ⁽⁴⁷⁾.

A sobrevalorização daquelas vinculações iniciais pode acabar por prejudicar a conquista da autonomia e do crescimento.

A doutrina do “cuidador principal” veio tomar o lugar da doutrina dos “*tender years*”, e foi sem surpresa que se aplicou de uma forma mais veemente às crianças mais pequenas ⁽⁴⁸⁾. Será claramente abusivo pretender que as primeiras vinculações determinem todo o desenvolvimento da criança; será obviamente preconceituoso aplicar a doutrina, com a mesma tenacidade, a uma criança de um ano e a uma criança de dez anos.

5. A quinta forma de abuso é sobrevalorizar o fator do “cuidado” para fazer uma escolha de guarda única, ignorando a evolução no sentido da “*parentalidade*” conjunta.

É difícil encontrar um movimento mais global e consistente, em Direito da Família, do que o movimento em direção à partilha de responsabilidades entre os dois progenitores.

Quando se procura a razão deste movimento, encontra-se facilmente a força do *lobby* dos pais: tradicionalmente alheados do cuidado dos filhos, os homens manifestam-se em favor da recuperação do tempo perdido, tentando manter uma relação afetiva frutuosa com os seus filhos. A razão mais profunda, no

⁽⁴⁷⁾ Joan B. KELLY — *The Determination of Child Custody*, in “Children and Divorce — The Future of Children” vol. 4, n.º 1, Spring 1994, p. 121-142, p. 130; CHAMBERS, D.L. — *Rethinking...*, p. 537-8.

⁽⁴⁸⁾ Paul SMITH — *The Primary Caretaker Presumption...* cit., p. 737; PARKINSON — *Family Law...* cit., p. 84.

entanto, pode ter sido apontada pelos sociólogos Ulrich BECK e BECK-GERNISHEIM, assinalando a grande fragilidade das relações humanas, a baixa durabilidade dos vínculos entre adultos, que levam à redescoberta das relações sadias, duradouras e reconfortantes com os filhos — “que podem criar novas referências de sentido e de valores, que podem converter-se, inclusivamente, no centro de sentido da existência privada” (49).

A verdade é que, desde os anos oitenta do século vinte, todos os estados norte-americanos, e os estados europeus, fizeram transformações nas suas leis no sentido de fomentar a participação dos dois progenitores na vida dos filhos.

O movimento começou pela afirmação da *joint legal custody*, isto é, da partilha do exercício das responsabilidades parentais, levando os progenitores a procurarem o acordo acerca das decisões sobre a vida do filho, ao menos nos casos mais importantes; este passo começou por não alterar os regimes tradicionais sobre *physical custody*, isto é, sobre a residência do filho (50).

Depois desta fase preliminar, logo se ampliou o movimento para um território mais difícil que diz respeito à partilha da convivência com o filho — a *joint physical custody*. A nova pretensão foi no sentido de fomentar a presença física dos filhos com os dois progenitores, de tal modo que eles não possam ser qualificados como guardador “principal” ou como guardador “secundário”.

Nos Estados Unidos, alguns estados entenderam a *joint physical custody* como a partilha de “tempos

significativos” com cada progenitor; outros estados chegaram ao ponto de exigir uma partilha de “tempo igual” de convivência (51) (52).

Mas esta evolução ainda não satisfaz a ambição de fazer participar os dois progenitores no cuidado do filho, nas leis ocidentais. Com efeito, no fim dos anos oitenta e nos anos noventa, tanto nos Estados Unidos como na Europa, começou a abandonar-se a linguagem tradicional que ainda exprimia uma escolha — a escolha de um progenitor que assumia o papel de guardião e o reconhecimento de um papel secundário que era desempenhado pelo outro através dos direitos de visita. Abandonou-se progressivamente o uso das palavras “guarda”, direitos de “visita”, em favor das palavras “residência” e “contacto”, ao mesmo tempo que as leis passaram a recomendar ou a exigir a redação prévia de “planos de parentalidade” que cumpram o objetivo de regular a convivência dos dois progenitores com o filho. A ideia de um progenitor com um papel principal foi desaparecendo nos Estados Unidos (53); o mesmo se tem verificado na Europa (54), através de leis significativas como na Inglaterra (1989), Escócia (1995), França (1993), Alemanha (1997), Noruega, (1981), Finlândia (1983), Suécia (1983 e 1998), Dinamarca (2007), Espanha (2005) (55), Itália (2005) (56) e outros (57).

(49) PARKINSON — *Family Law* ... cit., p. 46.

(50) Em 2005, doze estados norte-americanos estabeleciam uma presunção de *joint custody* (WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law*... cit., p. 770).

(51) PARKINSON — *Family Law* ... cit., p. 48.

(52) PARKINSON — *Family Law* ... cit., p. 50-55.

(53) LACRUZ BERDEJO et al. — *Elementos de Derecho Civil (IV Familia)*. Madrid, Dykinson, 2008, p. 100.

(54) ZACCARIA — *Commentario breve al diritto di famiglia*, 2.ª ed., Padova, Milano, 2011, p. 445-448.

(55) CEFL — *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen / Oxford, Intersentia, 2007, p. 82-90 e 130-136.

(49) *El normal caos del amor*, Barcelona, El Roure, 1998, p. 190.

(50) É o que se passa na lei portuguesa de 2008, com um atraso considerável relativamente aos outros países (cfr. *infra*, p. 30).

Em Portugal, o primeiro sinal no sentido de alinhar o sistema com este movimento pode encontrar-se na reforma constitucional de 1982. Nessa data, o texto do art. 68.º (*Paternidade e Maternidade*) foi alterado e, onde se lia “O Estado reconhece a maternidade como um valor social eminente, protegendo as mães na sua insubstituível acção quanto à educação dos filhos (...)” passou a ler-se “Os pais e as mães têm direito à protecção da sociedade e do Estado na realização da sua insubstituível acção em relação aos filhos (...)”; ou seja, ambos os progenitores passaram a ser considerados insubstituíveis.

Mais tarde, registaram-se tentativas para alterar a lei civil das responsabilidades parentais no sentido do exercício conjunto; mas as alterações não foram além de permitir a adoção do exercício conjunto por acordo entre os progenitores⁽⁵⁸⁾. Apenas com a lei n.º 61 de 2008 se estabeleceu, com carácter imperativo, que os dois progenitores exercem as responsabilidades parentais em conjunto, depois do divórcio, quanto aos assuntos de particular importância. Por outro lado, no momento da determinação da residência do filho, entre todos os fatores, o tribunal deve ponderar qual dos progenitores favorece mais o contacto do filho com o outro. Tanto aquele regime da responsabilidade conjunta como esta ponderação específica mostram a intenção de fazer participar os dois progenitores na vida do filho.

A ideia reitora acerca do destino dos filhos, depois do divórcio, é a de repercutir o menos possível os efeitos da dissolução do casamento sobre as relações entre as crianças e os pais. As diferenças impostas pela residência separada dos pais, e os constrangimentos práticos que essa circunstância implica, devem ser considerados apenas na medida do indispensável⁽⁵⁹⁾.

No quadro desta evolução no sentido da “co-parentalidade”, com as suas ambições e complexidade, qualquer decisão judicial acerca do destino das crianças tem de sopesar inúmeras circunstâncias. Portanto, a redução desta complexidade à mera preferência pelo “cuidador principal” é abusiva e inconveniente.

Conclusão

Quando é necessário determinar qual é o “interesse do filho”, não se pode aceitar a mobilização privilegiada de uma circunstância — seja ela qual for — para encontrar a decisão, com desvalorização de todas as outras.

Designadamente, não se pode atribuir ao “cuidador principal” um papel privilegiado relativamente aos outros fatores; isto não é feito sequer nos estados norte-americanos onde a doutrina gozou de um sucesso especial.

⁽⁵⁸⁾ Cf. as leis n.º 84/95 e 59/99.

⁽⁵⁹⁾ PARKINSON — *Family Law* ..., cit., p. 47 a 57; WEISSBERG; APPLETON — *Modern Family Law*..., cit., p. 771.

