

## **Recurso nº 239/2004**

Data: 25 de Novembro de 2004

Assuntos: - Regulação do poder paternal  
- Menor nascido fora do matrimónio dos pais

### **Sumário**

1. No caso em que os pais do menor não se encontram viver juntos por matrimónio, em princípio, após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho, com a presunção de que a mãe tem a guarda do filho, podendo porém esta presunção ser judicialmente ilidível.
2. Na falta de acordo quanto à regulação do poder paternal no caso de separação de facto dos pais, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais, e só quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1772º é que decide confiar a terceira pessoa ou a instituição, pública ou particular, adequada.
3. Estando o menor sob o regime de tutela pelo facto de impossibilidade dos pais no exercício do poder paternal, deve ser deferido o pedido deduzido pela mãe de regulação do poder paternal no sentido de confiar o menor à sua guarda, uma vez que se mantenha a impossibilidade do pai, desde que não se mostre inconciliável aquela confiança.

**O Relator,  
Choi Mou Pan**

**Recurso nº 239/2004**

**Recorrente:** (A)

**Recorridos :** (B)

(C)

**A**cordam no Tribunal de Segunda Instância da R.A.E.M.:

(C), solteira, maior, natural de Hu Nan Província, R P. China, residente em Zhu Hai de Guang Dong Província, R.P. da China, vem requerer nos termos dos arts. 123º, 114º e segs do Decreto-Lei n.º 65/99/M, de 25 de Outubro, Contra (B), com última residência conhecida na Estrada Marginal do Hipódromo, Edf. XX San Chun, Xº andar X, Macau; a Regulação do poder paternal relativo ao menor (D) com os seguintes fundamentos:

1. O menor é filho da requerente e do requerido, fruto de uma união de facto, ocorrida entre meados de 1993 a meados de 1994.
2. A requerente na altura do nascimento do seu filho era imigrante ilegal.
3. Por isso, após o seu nascimento a mesma foi recambiada para o Continente.

4. A família do requerido sempre impediu que a requerente visse o menor, dificultando sempre uma visita, que aquela possa fazer a este.
5. Em facto das dificuldades impostas pela família do requerido, e na altura não havendo meios económicos para reagir contra a situação, a requerente permitiu que o poder paternal fosse exclusivamente exercido pelo requerido.
6. A requerente e o requerido nunca mais tiveram mantiveram a união de facto.
7. Todavia, o requerido encontra-se impossibilitado de exercer este pátrio poder, por se encontrar a cumprir uma pena de prisão em Dong Guan (東莞), Shenzhen (深圳).
8. A requerente não tem conhecimento perfeito por que crime responde o requerido, mas sabe que é grave e está a cumprir uma pena bastante pesada.
9. A requerente nunca foi visitar o requerido, pois informada de que o seu nome não consta da lista de pessoas que são permitidas efectuar visitas.
10. E não sendo cônjuge do requerido, mais uma razão por que tal visita nunca foi possível.
11. Seja como for, no presente momento o dito menor encontra-se a guarda da mãe do requerido, a Sra. (A) uma senhor de 67 anos de idade, vivendo em condições precárias, no local da residência do requerido.
12. Razão por que se deve regular o exercício do poder paternal.

13. Nestes termos, requer seja designada data para a conferência a que alude o art. 115º do citado decreto-lei, na tentativa de se obter acordo sobre o exercício do poder paternal.
14. Frustrando-se a qual se conceda prazo para as alegações, conforme o preceituado no art. 118º do mesmo normativo.
15. Devido à situação em que se encontra, sugere-se que seja notificada a mãe do mesmo, a Sra. (A) para fornecer aos autos os dados necessários para que se seja possível e citação do requerido para os efeitos referidos nos pontos anteriores.

Procedida a conferência, a elaboração do relatório social, o Ministério Público foi de parecer no sentido de procedência do pedido.

Finalmente, o Tribunal decidiu a regulação do poder paternal nos seguintes termos:

- “a. O menor fica entregue ao cuidado e guarda da mãe;
- b. A avó paterna do menor, (A) poderá visitá-lo aos fins-de-semana, comunicando previamente essa intenção à mãe daquele;
- c. O requerido, caso pretenda visitar a menor, deverá sujeitar essa pretensão a prévio conhecimento da mãe do mesmo e, em caso algum, poderá prejudicar os períodos de estudo e descanso daquele.

Custas pelo requerido.”

Por não conformar com a decisão, recorreu para esta Tribunal a tutora do menor, sua avó paterna, (A), alegando, em síntese, o seguinte:

- “1. O menor deve continuar confiado e à guarda da sua avó.
2. Na verdade a mudança do actual *status quo* implica graves alterações na vida afectiva relacional do menor, com conseqüências no seu desenvolvimento escolar e no seu crescimento físico e psíquico.
3. A mãe não mostrou durante 10 anos sentimentos de mãe que ama o seu filho, que é filho das suas entranhas.
4. O interesse do menor é a motivação fundamental de toda a estruturação de regulação do poder paternal.
5. Ora, como criança que é, o (D) é uma pessoa não uma coisa, que pode abruptamente ser deslocado sozinho para um ambiente cultural onde não domina a língua, não conhece ninguém, nem tem amigos e desconhece o novo ambiente familiar.
6. É do interesse da criança que a sua mãe se vai aproximando dela. Por isso deverá ser a mãe a visitar o seu filho em datas a determinar pelo Tribunal e em função da adaptação da criança a essa nova realidade. Enquanto esta não se adaptar bem, não pode a mãe reivindicar um direito próprio, quando nada fez nestes 10 anos anteriores. É o interesse da criança, (D), que o exige. Entre o invocado amor de mãe e o interesse do menor, traduzido no seu bem-estar físico, psicológico, mental e espiritual, que o tornará um futuramente um homem maduro e sem traumas, é o direito próprio do menor.

Pede assim a revogação da sentença, no ponto de vista de defender os interesses desta criança, (D), neste momento, lançando os alicerces para ela ser um homem sem complexos que pode integrar-se harmoniosamente na nossa sociedade.

Não respondeu a requerente.

Cumpra decidir.

Foram colhidos os vistos legais dos Mm<sup>os</sup> Juizes-Adjuntos.

### **Conhecendo**

À matéria de facto foi dada por assente a seguinte factualidade:

- a. O menor (D) nasceu em 14 de Maio de 1994 e é filho da Requerente (C) e do Requerido (B).
- b. Requerente e Requerido mantiveram entre 1993 e 1994 uma relação de união de facto.
- c. No ano de 1994, a Requerente, que então se encontrava em Macau na situação de indocumentada, foi recambiada, após o nascimento do menor (D), para a China Continental.
- d. Actualmente a Requerente vive na China Continental, na cidade de Zhuhai.
- e. Desde que a Requerente foi recambiada que o menor tem vivido com a sua avó paterna (A), a qual, desde Julho de 2001, exerce funções de tutora daquele.

- f. O pai do menor, aqui requerido, encontra-se preso num estabelecimento prisional do continente chinês, terminando o cumprimento da pena no ano de 2013.
- g. A requerente trabalha como gerente de uma empresa, auferindo RMB\$15.000,00 por mês e é titular de depósitos bancários de cerca de RMB\$45.000,00 e dispõe de residência fixa.
- h. A avó do menor recebe dois subsídios do governo, um no montante de MOP\$1420,00 e outro na quantia de MOP\$1250,00.
- i. O menor encontra-se a estudar na 4ª classes, tem boas notas e apresenta um crescimento normal para a idade.

O Tribunal, ao consignar os factos dados por assentes afirmou que a decisão sobre a matéria de facto assentou na análise dos documentos que se encontram juntos aos autos.

Quanto à matéria de direito, consideramos o seguinte:

No presente caso, o menor nasceu fora do casamento dos seus pais naturais. Ambos eles gozariam do poder paternal desde que o tivessem reconhecido voluntariamente.<sup>1</sup>

No caso em que os pais do menor não se encontram viver juntos por matrimónio, em princípio, após o nascimento do menor, o exercício do poder paternal pertence ao progenitor que tiver a guarda do filho, com

---

<sup>1</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. V, 1995, p. 410.

a presunção de que a mãe tem a guarda do filho, podendo porém esta presunção ser judicialmente ilidível. (nº 1 e nº 2 do artigo 1765º)

Depois, verificada a situação previsto no artigo 1778º, o menor foi confiado, provisoriamente, à tutora nomeada pelo Tribunal, a sua avó paterna, em consequência de estar o pai na prisão na China e a mãe não poder exercer o poder paternal por não tinha direito à permanência em Macau.

Agora, a mãe pretende assumir o exercício do poder paternal sobre o menor.

Para a recorrente, o Tribunal *a quo* não atentou nas circunstâncias concretas da vida do menor, que, ao contrário da fundamentação da sentença “no caso não se vislumbra que ocorra qualquer perigo a que se reporta o artigo 1772º do C.C.” fundamentam e põem em perigo a estabilidade da vida do menor, além disso, partindo de uma evidência acerca do papel da mãe na educação dos filhos (“a relação mãe-filho é tendencialmente insubstituível e infungível”) mas aqui neste processo não provada, (bem pelo contrário) como a requerente acabou de expor, retirou uma conclusão ofensiva para os interesses da criança, violando a lei, pelo que deve ser revogada (artigo 1772º do CC).

Prevê o artigo 1772º que:

“Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício do poder paternal, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1769.º, decretar as providências adequadas, designadamente

confiá-lo a terceira pessoa ou a instituição, pública ou particular, adequada.”

Como se resulta dos autos, não estamos obviamente uma situação em que ocorreram qualquer das situações elencadas no artigo 1772º do Código Civil, a fim de confiar o menor a um terceiro, mas sim uma mera regulação do poder paternal, uma vez que tinha o menor provisoriamente confiado à ora recorrente, sendo tutora do menor.

Efectivamente, voltamos a questão do princípio, que cabe, como regra geral, aos pais, sejam casados sejam unidos de facto, o poder e dever do exercício conjunto do poder paternal. E quando os pais não puderem exercer conjuntamente o poder paternal,, deve cabe um deles o poder do exercício.

A regulação do poder paternal do menor nascido fora do casamento é aplicável com as necessária adaptações o disposto nos artigo 1759º a 1763º (artigo 1766º).

“Artigo 1759º (Viuvez)

Dissolvido o casamento por morte de um dos cônjuges, o poder paternal pertence ao sobrevivivo.

Artigo 1760º

(Divórcio, separação de facto ou anulação do casamento)

1. Nos casos de divórcio, separação de facto ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e a forma de os prestar são regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor,

incluindo o interesse deste em manter com aquele progenitor a quem não seja confiado uma relação de grande proximidade.

2. Na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1772.º, a terceira pessoa ou a instituição, pública ou particular, adequada.

3. No caso referido no número anterior, é estabelecido um regime de visitas ao progenitor ou progenitores a quem não tenha sido confiada a guarda do filho, a menos que excepcionalmente o interesse deste o desaconselhe.

#### Artigo 1761º

(Exercício do poder paternal em caso de divórcio, separação de facto ou anulação do casamento)

1. Nos casos de divórcio, separação de facto ou anulação do casamento, o poder paternal é exercido pelo progenitor a quem o filho foi confiado.

2. Os pais podem, todavia, acordar, nos termos do n.º 1 do artigo anterior, no exercício em comum do poder paternal, decidindo as questões relativas à vida do filho em condições idênticas às que vigoram para tal efeito na constância da vida em conjunto no matrimónio.

3. Os pais podem ainda acordar, nos termos do n.º 1 do artigo anterior, em que determinados assuntos sejam resolvidos por acordo de ambos os pais ou em que a administração dos bens do filho seja exercida pelo progenitor a quem o menor não tenha sido confiado.

4. Ao progenitor que não exerça o poder paternal assiste o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho.

#### Artigo 1762º

(Exercício do poder paternal quando o filho é confiado a terceira pessoa ou a instituição)

1. Quando o filho seja confiado a terceira pessoa ou a instituição, cabem a estes os poderes e deveres dos pais que forem exigidos pelo adequado desempenho das suas funções.

2. Na parte não prejudicada pelo disposto no número anterior, o exercício do poder paternal na constância do matrimónio competirá a ambos os progenitores, salvo se o tribunal decidir que deve competir a apenas um deles.

3. Em caso de divórcio, separação de facto ou anulação do casamento, ao exercício do poder paternal na parte não prejudicada pelo disposto no n.º 1 são aplicáveis, com as devidas adaptações, as regras dos dois artigos anteriores.

#### Artigo 1763º

(Sobrevivência do progenitor a quem o filho não foi confiado)

Quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1772º, pode o tribunal, ao regular o exercício do poder paternal, decidir que, se falecer o progenitor a quem o menor for entregue, a guarda não passe para o progenitor sobrevivente; o tribunal designará então a pessoa a quem, provisoriamente, o menor será confiado.”

Para além da presunção legal no exercício do poder paternal, quando ambos os pais não podem exercer este poder e confrontando as situações previstas no artigo 1772º do Código Civil, deve confiar o menor a um terceiro para o exercício do poder paternal, ou, nos termos do artigo 1778º entregar o menor ao tutor a nomear pelo Tribunal.

Tratam-se estas de providências provisórias, tendo em consideração dos interesses do menor, como se verificou no presente caso antes da proposição da presente acção.

Perante o decretada providência – a nomeação do tutor, o pedido pela mãe do menor de regulação do poder paternal arranca a aplicação do disposto no artigo 1817º do Código Civil, que dispõe:

“A tutela termina:

a) ...

...

e) Pela cessação do impedimento dos pais;

E ocorreu obviamente a situação em que deve considerar cessado o impedimento da mãe.

Logo deve julgar terminada a tutela do menor.

Mesmo que se considere o mesmo caso de confiança do menor, as decisões que decretaram providências ao abrigo do disposto nos artigos 1772º a 1774º podem ser revogadas ou alteradas a todo o tempo pelo tribunal que as proferiu, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer dos pais.” (sub. nosso)

E quando tiver sido decretada alguma das providências referidas no artigo anterior, os pais conservam o exercício do poder paternal em tudo o que com ela se não mostre inconciliável. (artigo 1773º nº 1 do Código Civil)

Para nós, considerando o facto de não ter o pai do menor podido exercer o poder, a decisão de entrega o menor à guarda da mãe está conforme o interesse do mesmo.

Diz o artigo 1760º, nº 2 que, na falta de acordo quanto à regulação do poder paternal no caso de separação de facto dos pais, “o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1772º, a terceira pessoa ou a instituição, pública ou particular, adequada.”

Ou seja, para o Tribunal é de decidir dois modo de exercício do poder paternal:

- 1) Ser o menor confiado à guarda de qualquer dos pais;
- 2) Ser o menor confiado a terceira pessoa ou a instituição, pública ou particular, adequada, se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1772º.

Seja uma seja outra, o Tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor.

Como ensina o Prof. Antunes Varela, “[é] que o valor fundamental que a lei expressamente mandou considerar no caso de falta de acordo concertada entre os pais, foi o do interesse do menor”.<sup>2</sup>

Não está, como acima se referiu, em causa qualquer das situações previstas no artigo 1772º, pois não pode considerar que a regulação do poder paternal poria em perigo a saúde, a educação e a formação moral do menor.

E não vimos com que fundamento pode imputar a decisão recorrida pela violação do disposto no artigo 1772º do Código Civil.

---

<sup>2</sup> Pires de Lima e Antunes Varela, Código Civil Anotado, vol. V, 1995, p. 401.

Ao contrário, esta “regulação” destina-se precisamente a por em normal situação do menor, uma vez que se encontra cessado o impedimento da mãe no exercício do poder paternal.

E, para decidir a regulação do poder paternal, digamos que se mostra adequada a confiança do menor à guarda da mãe, uma vez que, como resulta dos autos, a mãe e o menor em mantido contacto (vide as fotografias constantes das fls. 109 a 120), como também, é indubitável que os pais são os progenitores que se mostram insubstituíveis no exercício do poder paternal, enquanto situação normal, em termos de cuidar, educar e formar a personalidade do menor.

Assim sendo, a decisão do Tribunal *a quo* afigura-se ser correcta e adequada, não violando quaisquer das normas legais, o que impõe a improcedência do recurso.

Acrescentamos ainda que, com a fixação do regime de visita da avó e eventualmente o pai, o menor não perderá o carinho que ele tem recebido avó e dos seus familiares, pois estes poderiam sempre dá-lha quando forem visitá-lo ou quando o menor vier visitá-los.

Ponderado, resta decidir.

Pelo exposto, acordam neste Tribunal de Segunda Instância em negar provimento ao recurso mantendo-se a decisão recorrida.

Custas pela recorrente.

Fixa-se honorário para a Ilustre Advogada Estagiária nomeada em MOP\$900,00, a pagar pelo GPTUI.

Macau, RAE, aos 25 de Novembro de 2004

*Choi Mou Pan (Relator) – José Maria Dias Azedo – Lai Kin Hong*