



**Parecer da Ordem dos Advogados**

**Iniciativa: Petição n.º 530/XIII/3.ª**

**Assunto: Alteração legislativa com vista a estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças com pais separados**

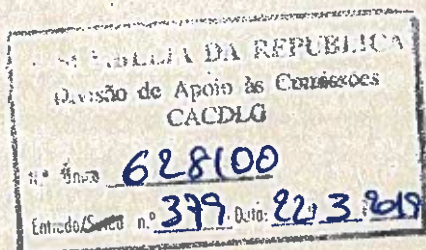
A Petição apresentada pela Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos, parte de uma ideia, que expressa na sua exposição de motivos:

«[...] a residência alternada continua a não ter legitimidade na legislação portuguesa. Em grande parte, porque é encarada na doutrina jurídica e nas práticas judiciais como um regime de excepção ou prejudicial para a criança, por influência de concepções estereotipadas sobre esta nova forma de família, o divórcio e a separação, a paternidade, a maternidade e as dinâmicas de funcionamento das famílias portuguesas, bem como pela referenciação de opiniões pessoais a resultados de investigação que não se consulta ou cujas conclusões foram refutadas após revisão científica».

E continua o seu raciocínio, afirmando:

«[...] Destacamos três níveis de realidade em que opera a desadequação do atual regime de residência e contacto em relação à maioria de crianças, mães e pais que experienciam o divórcio ou a separação:

a) Não acolhe as realidades contemporâneas da parentalidade vivida em casal, nas quais se consolidam novas práticas e atitudes sobre a igual importância dos contributos da mãe e do pai nos afetos, nos cuidados, na educação e na obtenção de recursos para filhos e filhas [...]. Por isso, cria obstáculos às maternidades e paternidades contemporâneas cooperativas e permutáveis entre si [...]. Mas também à promoção destas pelas vigentes políticas públicas de







promoção da igualdade de género na família e no trabalho e dos direitos da maternidade e da paternidade [...].

b) Alimenta desigualdades no envolvimento parental de mulheres e homens [...]. Como tais desigualdades estão ancoradas na referenciação do interesse superior da criança ao uso do género para determinar diferenças nas aptidões, nas responsabilidades e nos papéis parentais de mulheres e homens, estes desequilíbrios alimentam os conflitos parentais [...] e

c) Por fim, insere a criança em quadros de desigualdade afetiva, relacional e social [...], impedindo que esta beneficie da manutenção equitativa do envolvimento parental amplo e responsável de mãe(s) e de pai(s) após dissolução conjugal [...]

Atualmente, no âmbito das Ciências Sociais, é possível recomendar, de forma fundamentada, que as políticas públicas implementem a presunção jurídica de residência alternada, deixando os seus opositores/as o ónus de a refutarem».

No fundo, subjacente ao pensamento dos autores da petição está a ideia que a lei atualmente em vigor não protege adequadamente o superior interesse da criança, uma vez que não garante uma verdadeira igualdade entre pais e mães no exercício da parentalidade.

Na opinião dos autores da petição, o regime atual desprotege as crianças, na medida em que coloca entraves a que os menores convivam, de igual forma, com ambos os progenitores, nos casos de divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

Consequentemente, entendem que deverá ser alterado o artigo 1906.º do Código Civil, no sentido de se passar a consagrar uma presunção jurídica de guarda partilhada.





Ora, na N. opinião, e pelos motivos que se passam a expor, não deverá a proposta de alteração legislativa apresentada ser procedente.

Em primeiro lugar, importa ter presente que a lei atualmente em vigor permite que cada família seja livre de determinar qual o modelo de guarda que melhor se lhes aplica.

Ou seja, ao não estabelecer qualquer tipo de presunção, o regime jurídico atual permite aos pais que pretendam adotar um modelo de guarda partilhada, que o adotem, e aos progenitores que entendem não ser esse o modelo mais adequado à sua família, que o recusem.

Importa salientar que no âmbito da regulação das responsabilidades parentais é essencial que a avaliação seja casuísta, uma vez que não existem duas crianças, nem duas famílias iguais.

Tal avaliação casuísta não se coaduna com a estipulação de uma presunção.

De facto, se o artigo 1906.º passar a contemplar uma presunção de guarda partilhada, isso irá obrigar os progenitores que com ela não concordam a impugnar a presunção.

Quer isto dizer que, enquanto ao abrigo do regime atual o progenitor que pretende ver fixada uma guarda partilhada terá – em caso de desacordo – de explicar ao Tribunal as razões pelas quais entende ser esse o melhor modelo para o seu filho e para a sua família (isto é, a exposição do Requerente é feita pela positiva, evidenciando-se os aspetos positivos de uma parentalidade partilhada), no caso de ser consagrada a presunção, o Requerente que não pretende ver aplicada a guarda partilhada terá de explicar as razões pelas quais tal regime seria nefasto para a criança (ou seja, a exposição do Requerente teria de ser feita pela negativa, evidenciando os aspetos negativos de uma parentalidade partilhada).





Ora, tendo em consideração que no âmbito dos processos de divórcio sem o consentimento de um dos cônjuges (que se fundam, na sua maioria, no desacordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais) o grau de conflitualidade entre os progenitores já é elevado, obrigar um deles a explicar o porquê de, na sua opinião, não ser benéfico para o menor ver fixada uma residência partilhada irá, na grande maioria dos casos, contribuir para um aumento do grau de conflito entre as partes, conflito esse que terá no seu centro a criança.

Sendo que tanto as diretrizes comunitárias, como os estudos da Psicologia têm vindo a apontar para a importância de não se colocar a criança no centro do conflito parental, alterar a lei num sentido que certamente irá potenciar esse conflito parece não só desnecessária, como desadequada ao superior interesse dos menores.

De facto, importa salientar que há unanimidade entre os investigadores em torno da ideia de que o conflito parental afeta negativamente o bem-estar das crianças, sendo certo que a guarda conjunta têm efeitos prejudiciais para as crianças nas famílias com elevada conflitualidade, sendo falsa a ideia de que a mesma contribui para um aumento da cooperação entre os progenitores.

Por outro lado, diversos estudos tanto da área da Psicologia, como do Direito, têm vindo a apontar para a importância de só se aplicar a guarda partilha, quando verificados os seguintes requisitos cumulativos, a saber:

- (i) Ambos os progenitores desejarem a guarda conjunta / partilhada;
- (ii) Proximidade geográfica das residências;
- (iii) Capacidade dos progenitores se relacionarem suficientemente bem para desenvolverem uma relação semelhante à negocial;





- (iv) Ambos os progenitores defenderem e aplicarem modelos educativos centrados na criança;
- (v) Existir um compromisso de ambos os progenitores para fazerem com que a parentalidade partilhada funcione;
- (vi) Estabilidade financeira;
- (vii) Confiança de cada um dos progenitores na competência do outro progenitor;
- (viii) Não existir oposição da criança na aplicação da guarda conjunta / partilhada (pressuposto que deve ser atendido tendo em consideração, obviamente, a idade da criança);
- (ix) Ausência de suspeita ou indícios de violência doméstica e de abuso sexual de crianças intrafamiliar.

Fora destes parâmetros rígidos, a residência alternada é desaconselhada, por contribuir para um aumento da conflitualidade e para a instabilidade psicológica das crianças.

Por outro lado, na análise desta questão é imprescindível ter presente as conclusões do último relatório GREVIO (Grupo de Peritos/as independentes), especialmente as seguintes:

- (i) A atitude de culpar a vítima assenta em séculos de estereótipos judiciais durante os quais os tribunais minimizaram a violência e reduziram sentenças segundo a perceção preconceituosa de que a vítima tinha provocado a violência;
- (ii) O GREVIO lembra que há diversos estudos ilustrativos de como os relatos de violência das vítimas, em particular a violência sexual entre parceiros íntimos, são encarados com descrédito por autoridades e tribunais, descrédito esse alimentado por visões estereotipadas sobre o comportamento que uma "vítima real" deve exibir durante as investigações e o julgamento.
- (iii) A atenção do GREVIO foi atraída particularmente para as narrativas frequentes que são apresentadas aos tribunais, acusando as vítimas de mentir sobre violência doméstica e / ou abuso sexual de crianças.





- (iv) O GREVIO insta as autoridades portuguesas a tomarem as medidas necessárias, incluindo alterações legislativas, para garantir que os tribunais de família considerem devidamente todas as questões relacionadas com a violência contra as mulheres ao determinar os direitos de guarda e de visita bem como devem avaliar se tal violência justifica os direitos de guarda e de visita.
- (v) O GREVIO insta as autoridades portuguesas a tomarem medidas, incluindo alterações legislativas, para garantir a disponibilidade e a aplicação eficaz das ordens restrição e / ou de proteção.

As preocupações suscitadas por este relatório não se coadunam, na N. opinião, com a consagração de uma presunção jurídica de guarda partilhada, pois tal presunção irá desproteger de forma muito acentuada e gravosa as vítimas de violência doméstica, podendo inclusivamente contribuir para o aumento da violência intrafamiliar.

De facto, se pensarmos que a consagração legislativa da presunção de guarda alternada irá, no âmbito de um processo de regulação das responsabilidades, colocar sobre a vítima o ónus de demonstrar que tanto ela como a criança são vítimas de agressões, facilmente concluímos que tal presunção não é favorável ao superior interesse dos menores.

Importa ter presente que enquanto no processo penal vigora o primado do *in dubio, pro reo* (a dúvida tem de ser favorável ao arguido), nos processos tutelares vigora o primado do *in dubio, pro criança* (na dúvida, proteja-se a criança).

Ora, a fixação de uma presunção de guarda alternada terá o efeito precisamente contrário, ou seja, colocará na criança o ónus de provar que tem de ser protegida, não sendo aplicada uma guarda partilhada.





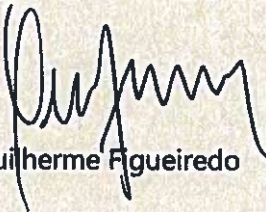
ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

Pelos motivos acima explanados, a presente Ordem considera não só desnecessário, como contrário aos direitos das crianças uma alteração legislativa nos termos propostos pelos autores da Petição, sendo certo que o modelo atualmente em vigor já permite que, quando isso mesmo for ao encontro dos interesses da criança e daquela família em concreto, seja aplicada a guarda conjunta.

Lisboa, 15.03.2019

O Bastonário



Guilherme Figueiredo



