



Parecer da Ordem dos Advogados

Projeto de Lei 482/XV/1ª

1. A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre o Projeto de Lei em apreço, que pretende alterar o Decreto Lei nº 47344/66, de 25 de Novembro, (CC) na sua versão alterada pela Lei nº 65/2020 de 4 de Dezembro.

2. A alteração proposta incide essencialmente sobre os números 6 do art. 1906.º e 1906º A do CC, nomeadamente no que tange à temática da possibilidade da fixação pelo juiz da residência alternada:

i) Obrigação de fixação pelo juiz da residência alternada sempre que não se verificarem as situações tipificadas no artigo 1906.º A do CC;

ii) Alteração do corpo do artigo do 1906.º A, aditando o nº 6 para elenco das situações que excepcionem a regra da imposição da residência alternada.

3. Relativamente à primeira matéria, parece-nos que a possibilidade de opção pelo juiz de garantir às famílias um regime de residência alternada, independentemente do acordo entre os progenitores salvaguarda já as questões em que sejam apurados os superiores interesses das crianças.

Na verdade, excepcionamos aqui os casos paradigmáticos em que tenham ocorrido os crimes de natureza sexual contra crianças e jovens previstos nos artigos 163.º a 176.º - B do Código Penal, de violência doméstica previsto no artigo 152.º, de maus-tratos previsto no artigo 152.º-A, e de negligência no seio familiar. Para proteção da integridade física e psíquica das crianças, a possibilidade de ser aplicado o regime de residência alternada nestes casos fica já explicitamente excluída e o atual regime legal é garantístico.



Não contrapomos que a residência alternada, nos casos em que a sua viabilidade prática seja aferida e exista efectiva disponibilidade dos progenitores e condições materiais para o seu exercício, será o regime que propicia de forma mais adequada o fortalecimento dos laços afetivos entre os filhos e os pais, quer pela igualdade de circunstâncias que comporta, quer pelas relações de afeto, confiança e proximidade que assegura.

Contudo, o conceito que se encontra plasmado no nº 6 do artigo 1906.º do CC correspondendo ao “superior interesse da criança” é, em si mesmo, um conceito aberto que tem que ser preenchido, assim nos ensina a hermenéutica jurídica e as boas práticas jurisprudenciais, com recurso às regras da experiência, à interpretação da Lei e à efetiva valoração do caso concreto. Ora, se de um conceito em aberto se trata, a sua concretização não pode, estando em causa relações familiares e tantas vezes já disfuncionais ou extremadas, ser concretizado cegamente, com vista unicamente ao cumprimento de uma regra que não permita a efetiva verificação pelo tribunal das condições de cada caso em concreto e que retire ao julgador a descricionaridade que a sensibilidade desta temática impõe.

Na verdade, é de primordial interesse para a criança ter a oportunidade de crescer e formar a sua personalidade na convivência em termos de plena igualdade com a mãe e o pai, tendo um contato paritário com as condições afetivas, materiais, culturais e socioeconómicas de ambos os progenitores, mas tal desiderato não pode ser alcançado à custa da própria segurança da criança, das possibilidades exponenciadas de incumprimentos e dos efeitos devastadores que tais incumprimentos acarretam para a estabilidade das crianças e das desejáveis relações familiares.

O atual regime prevê já, com a concretização do conceito acima referido de “superior interesse da criança” e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, ponderação esta que o juiz pode e deve fazer pela análise do caso concreto e sempre que possível com recurso a perícias e pronúncia de comissões técnicas especializadas, sem olvidar a possibilidade de ouvir a criança, situação que se reveste de especial importância e que deve ser valorada pelo juiz com vista à efetiva ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto, pelo que este regime existente salvaguarda já que a



intervenção do do Estado seja o garante do bem-estar das crianças, de uma maior igualdade de género e coesão social no atual contexto, não restando dúvidas de que o pai se posiciona atualmente ao mesmo nível do que a mãe e vice-versa, na partilha co-parental, sendo a contribuição e presença de ambos os progenitores essenciais para o desenvolvimento da criança como um todo.

O regime actual espelha já os critérios elencados na Resolução do Conselho da Europa 2079 de 2 de outubro de 2015, que veio recomendar aos Estados-Membros que introduzissem na sua legislação o princípio de residência alternada depois da separação e que se encontra já vertido na Lei em vigor.

Da mesma forma e sem conceder, a possibilidade de, ainda que sem acordo dos progenitores, o juiz verifique que se encontram reunidas as possibilidades para determinação do regime de residência alternada, está totalmente em harmonia com os princípios constitucionais norteadores desta temática, pelo que tornar esta medida uma imposição cega e desgarrada da efectiva aplicação de uma decisão justa, proporcional e adequada como devem ser aquelas que bulem os especiais e superiores interesses da criança, seria em si mesma geradora de inúmeros conflitos e incumprimentos que elevariam os níveis de conflitualidade e o recurso aos tribunais para punir tais incumprimentos, ao invés, como se pretende, de dirimir conflitos e defender o bem estar de cada criança.

Reiteramos, é nosso parecer que o regime actual não carece de alteração que imponha cegamente um regime de residência alternada das crianças, pois que essa regra é já vista como primordial e pode ser aplicada nos termos previstos na legislação em vigor, de harmonia com o princípio da igualdade entre filhos, plasmado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) de modo geral e o artigo 36.º, n.º 6, do mesmo diploma de modo específico. Da mesma forma, o actual regime garante já o princípio do superior interesse da criança, com previsão no artigo 69.º da CRP, e ainda nos artigos 3.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 4.º, al. a) da Lei de



Proteção das Crianças e Jovens em Perigo, artigos 3.º al. c) e 4.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível e artigo 1906.º, n.º 6 do CC.

Este princípio é o critério norteador que deve presidir a toda e qualquer decisão dos tribunais em matéria de regulação de responsabilidades parentais e não pode ser desvirtuado com uma imposição ao julgador, com reduzidíssima margem para uma decisão fundamentada e norteadora do futuro de cada criança.

4. Somos assim, de parecer que a alteração proposta impondo uma regra de verificação de residência alternada de forma radical, será exponenciadora de um aumento da conflitualidade e da litigância, sem reais e diretos benefícios para protecção da criança visada em cada momento, pelo que o nosso parecer vai no sentido de pugnar pela recusa de aprovação de tal projecto Lei, pugnando-se ainda pela manutenção do actual regime, sempre com vista à sua melhoria e efetiva realização da Justiça.

5. No que diz respeito à segunda matéria, a proposta alicerça a sua posição na necessidade de criar uma “válvula de escape”, mas não confere ao juiz verificadas as condições concretas do caso de salvaguardar os especiais interesses da criança, mas antes cria a régua e esquadro as únicas duas situações de exceção à aplicação da residência alternada, independentemente da verificação de outras condições. Ora impor como únicas exceções à aplicação do regime da residência alternada a verificação das alíneas a) e b) do artigo 1906.º A do CC, [*a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores, ou b) Estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.*], poderá em si mesma ser geradora de um aumento artificial de participações e queixas neste sentido por via de um progenitor sobre o outro, situação que infelizmente acontece já e cuja consequência, como de qualquer alienação parental são desastrosas para a vida das famílias e mormente para as crianças visadas, fator que deve também ser considerado e que confirma o nosso parecer negativo quanto à oportunidade desta alteração e aos efeitos perniciosos que a sua aplicação poderá acarretar.



6. É nosso entendimento que esta proposta não se afigura adequada, pelo que não concordamos com o seu teor, damos parecer negativo e pugnamos pela manutenção do sistema em vigor, em si mesmo garante da proteção de cada criança e de cada caso considerado.

7. Por último, não poderemos concordar com o argumento que o sistema esta construido em contraposição com a residência fixada ao menor e com os critérios de residência habitual, porquanto o sistema juridico é dinâmico e cabe ao tribunais, diariamente, a criação de condições para a verificação prática da defesa de cada criança e dos seus especiais interesses, criando condições para harmonização das posições das familias e todos os intervenientes e garantido o papel de defesa e intervenção dos Estado na defesa das crianças, pugnando pelo cumprimento das decisões judiciais que se querem adequadas, justas, legais e fundamentadas.

Em suma e atento o ora exposto, a Ordem dos Advogados emite parecer desfavorável ao Projeto Lei em apreço, nos termos supra expostos.

É este, s.m.o., o nosso parecer.

Lisboa, 16 de Janeiro de 2023.

Andrea Oliveira Santos

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados Portugueses

<https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetailIniciativa.aspx?BID=152278>