

## GUARDA PARTILHADA

Por referência a todos os Projectos de Lei em debate, cujo conteúdo não individualizarei, até porque, pelas razões que adiante enunciarei, não os vou analisar em detalhe, tenho a referir o seguinte:

1. Na Hierarquia de Valores Éticos que conforma e dá estrutura às Comunidades Sociais que se organizam em conformidade com o modelo político-ideológico que designamos por *Mundo* (ou *Civilização*) *Ocidental*, um dos Princípios fundamentais é aquele que postula que cada ser humano é uma criatura única e irrepetível, dotada de inteligência, livre-arbítrio e de capacidade para, por si só, escolher livre e esclarecidamente a melhor maneira de dirigir a sua vida e governar os bens que possua.

E quando esse Princípio é abandonado ou tão só negligenciado, deixando de ser aplicado no quotidiano dos dias (parafrazeando a expressão cunhada, há mais de um século, por Nathan Roscoe Pound, quando deixam de ser *Law in Action*, para passar apenas a ser a *Law in Books* - aquelas palavras que apenas estão escritas nos Códigos e que, vezes demais, têm um conteúdo meramente proclamatório), como a História demonstra, mesmo no presente, é a Democracia e o Estado de Direito que ficam em perigo - e são os Direitos Humanos, em especial os Direitos das Crianças e Jovens, que ficam desprotegidos e sem tutela eficaz.

2. Ora acontece que nas unidades familiares, que nessas Comunidades Sociais são reconhecidas como estruturas auto-sustentadas de geometria variável (para o que aqui releva: casais heterossexuais com filhos comuns e/ou próprios de cada membro, casais homossexuais com filhos comuns e/ou próprios de cada membro e famílias monoparentais com progenitor masculino ou feminino e com ou sem o outro progenitor totalmente ausente), o que significa que está em causa a construção de uma solução em que importa gerir - preferencialmente *harmonizar* - as percepções, os interesses e os direitos de vários seres humanos individuais.

3. Tudo isto tendo em conta que, nas suas relações com os seus filhos (que **não são bens patrimoniais**, mas sim, eles/elas próprios/as, criaturas únicas dotadas de inteligência e vontade e com capacidade para ter opiniões que não podem ser consideradas irrelevantes), os progenitores, em boa verdade, não têm direitos e tão só deveres-funcionais; recordando a “Fala do Homem Nascido” de António Gedeão (Rómulo de Carvalho), *eu nem sequer fui ouvido no acto de que nasci*, o que significa que, quer o queiram quer não, aqueles que praticam “o acto” do qual veio a resultar o nascimento de uma criança podem e devem ser responsabilizados por essa sua conduta.

4. Nesta conformidade, nos casos de conflito [*e é de situações conflituais que aqui se cuida*], a única norma legal que realmente deveria ser atendida na construção da solução jurídica do litígio é a que consta do artigo 987º do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, no qual estão escritas estas palavras, plenas de uma profunda sabedoria, alicerçada na

experiência de gerações e gerações de juristas: *Nas providências a tomar, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna.*

Porque, verdadeiramente, cada caso é um caso, absolutamente distinto de todos os demais e não existem soluções/receitas únicas ou sequer preferenciais para esse tipo de problemas/conflitos.

5. E esse é, logo à partida, o problema principal de todos os projectos, os quais, uns mais do que outros, acabam por privilegiar a escolha da residência alternada para a criança, chegando ao ponto de a impor independentemente do acordo dos pais [o que, para mim, pode ser muito perigoso], sem que esteja minimamente demonstrado (em minha opinião, bem pelo contrário) que essa é a solução que serve os melhores interesses e as necessidades dos filhos - sendo que a minha opinião é, sem dúvida, falível, mas não mais do que a opinião contrária, já que não existem estudos suficientemente abrangentes e consolidados a propósito dessa matéria, assentando a defesa dessa tese que sustenta a “bondade” da guarda partilhada num pretensão de cientificismo e num conceito (“alienação parental”) que, por muito que alguns o queiram não é mesmo uma doença do foro psicológico, nem como tal é medicamente reconhecida.

6. Com todo o respeito, a defesa - normalmente intransigente - desta solução ideológica (porque é isso que ela é), traz-me à ideia um conceito da área da política orçamental, fiscal e financeira sintetizada no acrónimo em língua inglesa TINA, que corresponde a “*There Is No Alternative*” (em português, “Não Há Alternativa”), sendo que também podia ter sido usada uma outra expressão menos seca e agressiva, a saber “*There is no other way*” (em português “Não há outro caminho” ... ou “outra via”).

Ora, na Natureza e na vida social (ou melhor, é isso que acontece nos Estados Democráticos) o que há mais é diversidade e há sempre alternativas. Nas Democracias, ao invés de unicidades e do domínio de pensamentos únicos, há sempre mais do que um caminho que pode ser percorrido.

7. Insisto: a melhor solução é não ter modelos fixos e pré-formatados de solução, que, essencialmente, são baseados em arquétipos/construções ideológicas mais ou menos ficcionados (às vezes, puros preconceitos), nas quais a realidade, passe o plebeísmo, tenha de ser “martelada” para caber (na “forma”); a melhor solução é, repito, *adotar em cada caso a solução mais conveniente e oportuna para a concreta e irrepetível situação conflitual que urge dirimir.*

E também aquela que seja a mais idónea para evitar pontos de fricção/disputa e dúvida.

8. Como já se estipula no actual n.º 7 do artigo 1906º do Código Civil, *O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles.*

Sem dúvida, até porque os deveres sociais de parentalidade não cessam aos 18 anos ou no momento, posterior a esse, em que, *decorrido o tempo normalmente requerido para que a formação*

*profissional dos mesmos se complete, deixe de ser razoável exigir aos pais o cumprimento dos deveres de prover ao sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação.*

**9.** Contudo, ainda mais do que esse contacto, para além de amor e carinho, o que os filhos precisam sobremaneira é de paz, sossego, tranquilidade e segurança que lhes permitam (*de facto, tais condições são verdadeiramente indispensável para alcançar o desiderato a seguir enunciado*) desenvolver-se plenamente - isto é, desenvolver ao máximo todas as suas potencialidades -, de forma harmoniosa, reconfortante e psicológica e emocionalmente equilibrada, por forma a permitir, no futuro, uma integração social também ela harmoniosa, frutífera/recompensadora (a nível material, mas sobretudo emotivo) e tendencialmente feliz.

E é isso e não a “tutela” de direitos dos progenitores - realmente inexistentes, repito, porque se trata apenas da outorga de um poder-dever aos pais e mães - que cumpre proteger e salvaguardar.

Não foi à toa que a expressão “poder paternal” foi substituída por “responsabilidades parentais”.

**10.** Para além disso, todos aqueles que exercem funções de soberania têm/devem ter sempre em conta nas suas decisões ou deliberações a *natureza das coisas* (v. Pedro Pais de Vasconcelos in “Última lição: A Natureza das Coisas” - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 16 de maio de 2016), porquanto “*a realidade das coisas*” (ou seja, *a realidade material da vida quotidiana tal como ela verdadeiramente é*), não pode ser ignorada ou desprezada já que essa materialidade objectiva se impõe a todos, mesmo àqueles que fingem que ela não existe, e também porque, quando uma tal descuidada e desadequada visão/representação dos factos prevalece ou se torna preponderante, é a *tutela da certeza e da segurança jurídicas* que é posta em perigo e, no final, é a protecção dos direitos de todos aqueles que interagem no comércio jurídico que está a ser desconsiderada.

Especialmente os direitos e os interesses legítimos das crianças e jovens.

**11.** Ora, a *realidade das coisas* no que tange ao que aqui se discute é que, porque, fruto de uma formação que no CEJ, mas também ao longo de toda a carreira, é dada aos Juízes e Procuradores - formação que, por pudor, não adjectivo -, se consolidou no seio do sistema judiciário (incluindo o sistema judicial) uma postura que, usando e abusando de expressões verbais nas quais se enuncia estar a proceder-se à defesa intransigentemente o afirmado “superior interesse da criança”, mais não se faz do que aplicar indiferenciada e indiscriminadamente uma série de formatos “pronto a vestir”, a aprovação de um qualquer dos PPL em debate teria como consequência certa e segura que, para usar uma amena expressão popular, a solução da guarda partilhada seria aplicada “a torto e a direito”.

Ou seja, seria a escolhida quase automaticamente (isto é, de modo sistemático, por ser a escolha por defeito), sem ter em conta as especificidades únicas e irrepetíveis de cada caso concreto.

E a nocividade dos resultados dessas escolhas no crescimento e desenvolvimento das crianças e jovens seria de uma intensidade indescritível.

**12.** Com todo o respeito (mas também com o que é devido para com as crianças e jovens que iriam sofrer as consequências de tais decisões judiciais - especialmente se impostas contra a vontade de algum dos progenitores e desatendendo, negligenciando ou desprezando as opiniões dessas crianças e jovens que são os destinatários fundamentais das medidas legislativas no Direito dos Menores), ao invés de aprovar a legislação em debate, os Senhores Deputados - e a isso os incentivo e convoco -, exercendo, de modo pleno, os seus direitos/deveres constitucional e legalmente consagrados, deveriam procurar escrutinar a formação que está a ser ministrada, no CEJ e fora dele, aos Juízes e Procuradores, muito em particular na área do Direito da Família e dos Menores.

E depois agir em conformidade - tal como a Constituição e a Lei lhes permitem.

E é este o meu parecer (negativo) acerca de todos os Projectos de Lei em debate.

**13.** Uma última nota.

As razões da minha opinião negativa, que atrás expus, independem da actual terrível situação de pandemia em que o País e o Mundo estão mergulhados.

Mas nestes infelizes tempos que nos cabe viver, o que aconselho, também nas matérias em apreço, é prudência. Muita prudência mesmo. Porque segundo os melhores especialistas, pelo menos nos tempos mais próximos, a pandemia veio para ficar.

Lisboa, 22 de outubro de 2020

Eurico José Marques dos Reis  
Juiz Desembargador