



Respondendo ao convite que me foi dirigido pela Ex.ma Senhora Deputada Joana Sá Pereira, Coordenadora do Grupo de Trabalho – Residência Alternada, venho, pelo presente, apresentar o meu contributo escrito relativamente às iniciativas legislativas em apreciação na Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, tendentes ao estabelecimento do princípio da residência alternada dos menores em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores, nos seguintes termos:

1. Esclarecimento Prévio

Antes de mais, importa deixar devidamente clarificados os termos da minha intervenção neste grupo de trabalho.

Na sequência do convite dirigido por esta Comissão ao Centro de Estudos Judiciários, fui efetivamente incumbido, pelo seu Diretor, o Ex.mo Senhor Juiz Conselheiro Dr. João Manuel da Silva Miguel, de participar nesta discussão sobre as iniciativas legislativas acima referidas.

Não me foram, todavia, atribuídos poderes de representação ao nível do conteúdo desta minha intervenção.

Na verdade, a formação ministrada no Centro de Estudos Judiciários garante, na sua plenitude, a liberdade de ensino e de aprendizagem.

O Centro de Estudos Judiciários não tem, por isso, uma posição definida sobre esta temática (nem sobre quaisquer outras), pelo que não só os seus docentes gozam aqui de inteira liberdade de opinião, como os seus formandos (auditores de justiça e futuros magistrados) dispõem de inteira liberdade de pensamento, que se pretende crítico, sem outro limite que não seja o estrito cumprimento do dever de obediência à Lei.

Este singelo contributo escrito não traduz, portanto, a *doutrina* do Centro de Estudos Judiciários a propósito da residência alternada, encerrando apenas a minha opinião de cidadão e profissional implicado no destino das crianças que são confrontadas com o divórcio ou separação dos seus pais e mães (para o que convoco a experiência acumulada nos Tribunais e Juízos de Família e Menores onde exerci funções).

2. Breves notas sobre a Residência Alternada

Previamente à tomada de posição sobre as concretas iniciativas legislativas em discussão e sem pretender atribuir a este meu contributo um carácter teórico e doutrinal, que manifestamente não tem, parece-me justificado proceder a um prévio enquadramento da temática da residência alternada, sobre a qual repousa a discussão em curso neste grupo de trabalho.

Ora, quando procurava uma noção de residência alternada que servisse de mote para tal enquadramento, surgiu-me, entre várias, uma que não posso deixar de transcrever aqui. As suas autoras são duas irmãs, com 8 e 12 anos de idade, que viviam em residência alternada, as quais, no âmbito de uma audição em que procurava conhecer as suas condições de vida e opinião sobre uma questão de particular importância relativamente à qual os seus pais não tinham alcançado acordo, se referiram (e cito) à “*minha casa da mamã*” e à “*minha casa do papá*”.

A residência alternada é, efetivamente, isto! É permitir à criança, filha de pais separados, experimentar este sentimento de pertença à casa de ambos os progenitores, garantindo-lhe o direito a não se sentir *visita* na casa de nenhum deles.

A discussão em torno desta temática não pode, pois, deixar de ser enquadrada no campo próprio dos direitos da criança.

E neste campo impõe-se, desde logo, invocar a Convenção sobre os Direitos da Criança, diretamente aplicável na Ordem Jurídica Portuguesa, por força do art.º 8.º, da Constituição da República, a qual, para além do mais, reconhece às crianças o direito a uma família (artigo 7.º, n.º 1), atribui aos pais uma responsabilidade comum na educação e desenvolvimento da criança (artigo 18.º, n.º 1), proíbe que a criança seja separada dos pais contra a vontade destes, salvo se tal separação for ditada pelo seu superior interesse (artigo 9.º, n.º 1) e salvaguarda à criança separada de um ou ambos os progenitores, a manutenção de relações pessoais e contactos regulares diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao seu superior interesse (artigo 9.º, n.º 3 e 10.º, n.º 2).

No plano constitucional, está garantido à criança, no art.º 36.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa, o direito a não ser separada dos seus pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com ela e sempre mediante decisão judicial.

Finalmente, ao nível da nossa Lei ordinária, não posso deixar de salientar o direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, consagrado no artigo 4º, al. g), da Lei de

Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, e aplicável, por força do art.º 4.º, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, à regulação das responsabilidades parentais, em cujo âmbito deverão, por isso, prevalecer as medidas que garantam à criança a continuidade de uma vinculação securizante, de acordo com o princípio do primado da continuidade das relações psicológicas profundas.

É este, a traços largos, o quadro convencional, constitucional e legal que, como juiz, convoco quando sou confrontado com a necessidade de fixar a residência de uma criança e, nesse âmbito, pondero a possibilidade de fixar tal residência com ambos os progenitores, em regime de alternância¹.

E outro quadro não posso convocar quando me é dada a possibilidade de comentar as iniciativas legislativas que estão na base da criação deste grupo de trabalho.

Ponderar elevar, consagrando-o na letra da lei, a residência alternada a modelo preferencial ao nível da fixação da residência de crianças filhas de pais separados contribui, a meu ver, de forma decisiva, para a efetivação dos direitos da criança que aqui sucintamente enumerei, garantindo-lhe que, não obstante a separação dos seus pais, poderá manter ambos implicados na sua vida, com o que, por outro lado, se retira ao guardião o domínio da relação com a criança, fazendo-o perder poder e terreno, se inviabilizam constantes situações de conflito de lealdade (contribuindo-se com isso para o bem-estar da criança) e se fomenta a partilha da afetividade entre progenitores e filhos, da mesma forma que se permite àqueles continuarem a partilhar a afetividade dos filhos em moldes próximos dos que existiam durante a vida em comum.

Finalmente, não posso deixar de referir que a concessão a cada um dos pais e mães de igual tempo de contacto ou residência com o filho e a atribuição da titularidade do exercício de todas as responsabilidades parentais a ambos, constitui a forma de organização familiar que melhor se perfila para criar uma autêntica cultura de partilha das responsabilidades, dando-se com isso adequada satisfação ao princípio da igualdade dos progenitores, constitucionalmente garantido no art.º 36.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa.

Poderá questionar-se a bondade da consagração legislativa de um regime preferencial para a residência das crianças e a sua compatibilização com a necessária consideração do seu superior interesse, que é por natureza concreto e individual.

¹ Efetivamente, entendo que o art.º 1906.º, do CC, já permite, na sua atual redação, a fixação de um regime de residência alternada à margem e independentemente do acordo dos progenitores – tive, aliás, oportunidade de o defender num artigo publicado na Revista Julgar, n.º 33, de 2017, já acessível na Revista Julgar *on line*.

Ora, quanto a esta questão entendo que, sendo a generalidade e a abstração notas características da norma legal e constituindo a decisão judicial a sua realização em cada situação concreta, dando vida e pulsar à letra da lei, não será a consagração de um regime preferencial de residência alternada que obstará ao seu afastamento sempre que o mesmo se mostrar desaconselhado na concretude do caso, por não salvaguardar o superior interesse da criança, que é o critério orientador e o limite último de qualquer decisão nesta matéria.

Tal preferência legal pela residência alternada, para além de dar adequada resposta à resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa, mostrar-se-ia, desde logo, plenamente conforme àquele que é o conceito de superior interesse da criança que o legislador expressamente acolheu, designadamente, no art.º 4.º, al. a), da Lei de Proteção e Crianças e Jovens em Perigo, aplicável à regulação das responsabilidades parentais, nos termos acima referidos, onde surge especialmente densificado pela necessidade de dar continuidade às relações de afeto de qualidade e significativas da criança.

Por outro lado, tratando-se apenas de um regime preferencial, ficará, por definição, reservada ao tribunal a possibilidade de afastar a sua aplicabilidade sempre que fique demonstrado que a base sobre a qual assentou a preferência do legislador, ou seja, a de que o regime de residência alternada é o que melhor salvaguarda o superior interesse da criança, se não verifica na situação concreta.

Estarão, sem dúvida, nesta situação todas as regulações das responsabilidades parentais que envolvam pais e mães negligentes, não responsáveis ou abusivos ou que, deliberadamente, não tiveram qualquer convivência com a criança antes da separação, sendo que, nos casos de abuso sexual ou violência doméstica/maus tratos, existe já um regime especial que, impedindo o exercício conjunto das responsabilidades parentais nestas situações, obsta, por maioria de razão, à fixação daquele modelo de residência (*cf.* art.º 1906.º-A, do Código Civil).

A consagração de tal regime preferencial não impede, pois, a análise casuística da situação concreta de cada criança. Apenas desloca a premissa-base dessa análise, impondo o abandono da aceitação acrítica e apriorística de um modelo de residência única e transferindo a discussão para o campo em que, face ao quadro legal já vigente, a mesma ganha pleno sentido: saber por que razão, em casos de separação ou divórcio ou ausência de vida em comum, um dos pais ou mães não dispõe de condições para assegurar a residência do filho. E, situada a questão neste plano, obsta-se a que, como tão frequentemente sucede na prática, se resvale para uma idealização das relações familiares pós divórcio/separação, como se elas não fossem, por

natureza, marcadas por inimizade ou, pelo menos, ausência de amizade entre os pais e mães, conflito e mesmo falta de cooperação entre ambos, ou em posições extremadas, sobrevalorizando aspetos, como o da propalada instabilidade, que são, no fundo, consequências da própria desagregação familiar, com as quais a criança terá de conviver, seja qual for o modelo de residência adotado.

Poderá, por fim, questionar-se a oportunidade desta iniciativa legislativa, o que nos impõe necessariamente o seu confronto com a realidade social em que vivemos e, conseqüentemente, com as ideologias e concepções de vida reinantes na sociedade que somos.

E, neste particular, não poderão deixar de ser consideradas as mudanças sociais verificadas na sociedade portuguesa nas últimas décadas, com reflexo direto no seio da instituição familiar, onde se destaca a emancipação da mulher e a redefinição do seu papel na sociedade e na família, com a subsequente crise dos tradicionais papéis de género no seio familiar.

Ora, no momento histórico que é o nosso, em que o pai deixou de ser o único a angariar o sustento da família e a mãe deixou de ser a cuidadora exclusiva dos filhos, parece-me existirem condições para que o legislador assuma que, nos casos de separação/divórcio ou de ausência de vida em comum, pais e mães deverão fazer parte da vida dos filhos em condições de igualdade, desempenhando o seu papel e funções e envolvendo-se na parentalidade nos mesmos termos em que nela estavam implicados durante a vida em comum, atribuindo-se preferência a um modelo de residência que o permita.

Dir-se-á que, na prática, ainda não existem condições de plena igualdade entre homens e mulheres no exercício da parentalidade. Reconhecendo-o, também me parece que esta iniciativa legislativa consubstancia um importante passo nesse sentido, reforçando a posição social da mulher e dando-lhe novos argumentos na luta contra as desigualdades subsistentes, concordando em absoluto com aqueles que defendem que muitas dessas desigualdades, desde as diferenças salariais às condições de acesso a cargos de liderança, são resultado das desigualdades parentais que ainda subsistem.

Por outro lado, face à multiplicidade de composições familiares hoje socialmente aceites e legalmente consentidas, a alteração legislativa ora em discussão não pode ser vista apenas sob o prisma da igualdade de género, definindo antes um princípio geral, aplicável a todas as crianças, sejam filhas de um pai e de uma mãe ou de dois pais ou de duas mães.

E, analisando a questão neste prisma, não encontro na atual estrutura da sociedade fundamento válido para afastar, nos casos de divórcio ou separação, a afirmação de uma verdadeira igualdade parental prosseguida com a divisão igualitária dos tempos parentais, nos casos de divórcio, separação ou ausência de vida em comum.

3. Apreciação das propostas de lei em discussão:

I. Face ao exposto, sou favorável a uma alteração legislativa que configure a residência alternada como modelo preferencial, se tal corresponder ao superior interesse da criança, mostrando-se adequada a tal fim a utilização de termos como “*privilegiar*” ou mesmo “*deve privilegiar*”, formulações constantes dos **Projetos 52/XIV e 87/XIV**.

II. Sendo função do legislador oferecer ao julgador os quadros legais a que a sua decisão se há de necessariamente conformar, parece-me excessiva a utilização de termos como “*deve decidir*”, formulação constante do **Projeto 114/XIV**, que se coadunam mal, a meu ver, com os princípios da separação de poderes e da independência dos tribunais e nenhuma valia acrescentam do ponto de vista do estabelecimento da residência alternada como modelo preferencial (não está equacionada a consagração de um regime regra ou presuntivamente aplicável aos casos de divórcio, separação ou de ausência de coabitação, mas de uma preferência necessariamente ancorada no superior interesse da criança, sendo este que, no fundo, ditará o sentido da decisão e dirá ao juiz como *deve decidir* em cada caso concreto).

III. Admitindo que a mera previsão legal da possibilidade de adoção de um regime de residência alternada, nas formulações constantes dos **Projetos 107/XIV e 110/XIV**, já traz algumas vantagens para a prática judiciária (clarificando, designadamente, a possibilidade de adoção de tal regime mesmo nos casos de ausência de acordo dos pais nesse sentido), parece-me uma proposta pouco audaciosa, que transmutaria o resultado desta iniciativa legislativa numa mera lei interpretativa, cuja virtualidade se resumiria no fundo ao esclarecimento das dúvidas anteriormente levantadas em torno do texto do art.º 1906.º, do CC, não cumprindo, a meu ver, cabalmente, a resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa.

IV. Por referência aos **Projetos 52/XIV e 114/XIV** e na decorrência do acima exposto, considero pertinente a alteração do texto do art.º 1906.º-A, do Código Civil, de forma a consignar no texto da norma que se considera que a fixação da residência alternada pode ser julgada contrária aos interesses do filho se:

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.

V. Entendo que as situações de violência doméstica (haja ou não processo pendente) cairão já na previsão da alínea b), deste art.º 1906.º-A, do Código Civil, não se mostrando necessário acrescentar a pendência de um processo de violência doméstica às hipóteses já previstas nesta norma.

Afigura-se-me que talvez se justifique, isso sim, a eliminação do adjetivo “grave” do texto da referida al. b), pois assim não restarão dúvidas a este respeito: a pendência de um processo de Violência Doméstica ou a sua denúncia comportam inequivocamente um risco para os direitos e a segurança das vítimas².

VI. Relativamente às formulações constantes dos **Projetos 87/XIV, 110/XIV e 114/XIV**, compreendendo a preocupação das Senhoras e dos Senhores Deputadas no sentido de evitar que a adoção de regimes de residência alternada possa contribuir para desonerar pais inconscientes da sua obrigação de manutenção dos filhos, não me parece, em termos de técnica legislativa, que a referência a alimentos tenha cabimento numa norma (a do art.º 1906.º, do Código Civil) onde se regulam o exercício das responsabilidades parentais, a fixação da residência da criança e os convívios com os seus progenitores.

Assim, entendo que seria preferível, em vista do objetivo prosseguido pelos referidos Projetos, que se aproveitasse esta iniciativa legislativa para suprir uma lacuna originária do art.º 1905.º, do Código Civil, onde se regula a matéria dos *Alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento*, inserindo-lhe um novo número onde se estatuisse que, na ausência de acordo, os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar são regulados por decisão do tribunal, independentemente do regime de residência acordado ou fixado.

² A posição vertida no texto principal foi por mim defendida, em artigo que, em coautoria com a Sra. Juíza Desembargadora Maria Perquilhas, escrevi e se encontra publicado no Ebook do CEJ sobre Violência Doméstica, onde se propugna que a mera denúncia da violência doméstica deve obstar ao estabelecimento deste regime de residência, devendo a investigação deste crime prevalecer sobre o argumento da alienação parental assente na falsa alegação da violência doméstica.

VII. Quanto à formulação constante dos **Projetos 52/XIV e 87/XIV**, compreendendo, também, a preocupação de que a implementação do regime de residência alterada seja precedida da audição da criança, trata-se de matéria que já não contende com o aspeto substantivo da residência da criança, regulado no Código Civil, mas com a tramitação processual a seguir para esse efeito, afigurando-se que o Regime Geral do Processo Tutelar Cível dá adequada satisfação àquela preocupação ao erigir a audição da criança em princípio orientador do processo tutelar cível (art.º 4.º, al. c), regulando no seu art.º 5.º, os termos em que essa audição deve ocorrer e impondo, no seu art.º 35.º, a obrigatoriedade da sua audição na Conferência de Pais (exceto se o seu superior interesse o desaconselhar).

Estas normas dão já plena aplicação ao princípio do respeito pelas opiniões da criança, contido no artigo 12.º, da Convenção sobre os Direitos da Criança, e ao princípio do superior interesse da criança consagrado no art.º 3.º da mesma Convenção (que, como foi salientado pelo Comité dos Direitos da Criança, tem uma tríplice dimensão: direito subjetivo; princípio jurídico interpretativo e regra processual), mostrando-se desnecessária e inadequada em termos de técnica legislativa a inclusão numa lei substantiva de aspetos que têm clara natureza processual.

VIII. Finalmente, por referência às formulações constantes do **Projeto 110/XIV**, estando sedimentada na doutrina e na jurisprudência a distinção entre questões de particular importância e atos da vida corrente e não havendo quaisquer dúvidas, face ao teor do art.º 1906.º, n.ºs 1 e 3, do Código Civil, sobre o seu exercício nas situações de residência alternada, não se mostra necessária qualquer alteração neste domínio, resultando claro do texto legal vigente que, residindo a criança, em alternância, com os dois progenitores, a ambos caberá o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho.

4. Propostas de redação:

Condensando em concretas propostas de redação todas as considerações acima tecidas a propósito das iniciativas legislativas em discussão, apresento, pois, com a devida vénia, as seguintes sugestões:

Artigo 1905.º

Alimentos devidos ao filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento

1 - Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação de casamento, os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar são, **qualquer que seja o regime de**

residência acordado ou fixado, regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação; a homologação é recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor.

2 – Na ausência de acordo, os alimentos devidos ao filho e a forma de os prestar são regulados por decisão do tribunal, nos termos gerais, independentemente do regime de residência acordado ou fixado.

3 – (Anterior n.º 2)

Artigo 1906.º

Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento

1 -

2 -

3 -

4 -

5 -

6 – O tribunal deve privilegiar a fixação da residência do filho com ambos os progenitores, em regime de alternância, independentemente de mútuo acordo nesse sentido, sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes, tal corresponda ao superior interesse daquele.

7 - (Anterior n.º 6)

8 - (Anterior n.º 7)

Artigo 1906.º-A

Residência do filho e regulação das responsabilidades parentais no âmbito de crimes de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar

Para efeitos dos n.ºs 2 e 6 do artigo anterior, considera-se que pode ser julgado contrário aos interesses do filho, respetivamente, o exercício em comum das responsabilidades parentais e a fixação de um regime de residência alternada se:

a) For decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores; ou

b) **Estiverem em 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.



**

Lisboa, Centro de Estudos Judiciários, 16 de setembro de 2020

Pedro Raposo de Figueiredo

Juiz de Direito

Docente do Centro de Estudos Judiciários