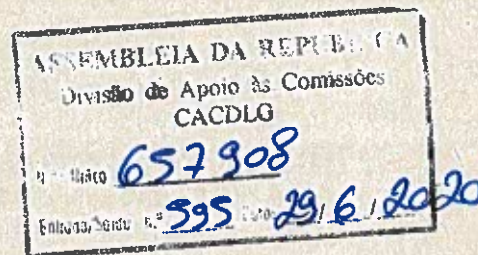


Parecer da UNICEF Portugal

Projetos de Lei – Residência alternada

29 de junho 2020



1. Objeto do parecer

A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou à UNICEF Portugal a emissão de parecer a respeito dos Projetos de Lei n.º 52/XIV/1.ª (PAN), n.º 87/XIV/1.ª (PS), n.º 107/XIV/1.ª (PSD), n.º 110/XIV/1.ª (CDS-PP) e n.º 114/XIV/1.ª (BE).

As iniciativas dos diversos grupos parlamentares apresentam o estabelecimento do princípio da residência alternada em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores, como presunção ou regime preferencial, sobre as quais importa analisar à luz da Convenção sobre os Direitos da Criança.

2. Análise dos Projetos de Lei

Em conformidade com o disposto nos números 1 e 3 do artigo 9.º da Convenção, na separação dos pais:

“1. Os Estados Partes garantem que a criança não é separada dos seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no **interesse superior da criança** (...).”

“3. Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de **manter regularmente relações pessoais** e contactos diretos com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior da criança”.

Nesta linha, qualquer medida ou opção que seja tomada para definição da guarda ou residência da criança deve basear-se no **princípio do interesse superior da criança**, procurando garantir-se a sua proteção e bem-estar, como previsto no artigo 3.º:

“1. **Todas as decisões relativas a crianças**, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, **terão primacialmente em conta o interesse superior da criança**”.

“2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a **proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar**, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a

seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas”.

Na ponderação do regime da residência alternada, a evidência empírica tem identificado vários fatores que influenciam a adaptação ao regime, bem como, a decisão dos juízes nestas situações¹, e que incluem a idade da criança, a fase de desenvolvimento, as capacidades de *coping* da criança ou as suas necessidades psicológicas, as competências parentais, entre outros.

Tendo em conta o princípio do interesse superior, como direito de cada criança, e reconhecendo a multiplicidade de fatores e condicionantes que devem ser tidos em conta na ponderação do regime da guarda, **a UNICEF Portugal reitera a importância de a análise ser casuística e a decisão de acordo com a natureza específica de cada situação.**

Face ao exposto, a UNICEF Portugal argumenta **que a presunção legal ou regime-regra do modelo de residência alternada pode não acautelar, devidamente, o referido princípio e os direitos da criança** e nesse sentido, rejeita as propostas de alterações legislativas em questão.

Reiterando as recomendações do Comité dos Direitos da Criança, importa, contudo, **estabelecer procedimentos claros** para auxiliar o juiz, ou especialistas a quem delegue essa função, **na determinação do interesse superior da criança** e assegurar que estão devidamente acautelados no artigo 1906.º do Código Civil.

2.1. A aplicação do princípio do interesse superior da criança

À luz de tal princípio, entende-se a necessidade de adotar medidas adequadas à criança que garantam que as especificidades do seu desenvolvimento – físico, intelectual e emocional – e dos seus progenitores, bem como das relações interpessoais que mantém, sejam, efetivamente, tidas em consideração aquando da tomada de decisão.

Segundo as Observações Finais ao 5.º e 6.º Relatórios de Portugal sobre a implementação da Convenção sobre os Direitos da Criança, do Comité dos Direitos da Criança (2019), o artigo 1906.º do Código Civil explicita tal necessidade, denotando, contudo, a escassez de informação sobre os mecanismos que definem o princípio do interesse superior da criança na legislação portuguesa, como pode ler-se abaixo:

“17. (...) It is concerned, however, at the continued absence of legislation on and guidelines for the determination and application of the best interests of the child in justice, health care, child protection, care placement, immigration, asylum procedures and education. The Committee is moreover concerned that this lack of guidance may result in contradicting interpretations of the law and decisions by different instances”.

No seguimento desta observação, o Comité dos Direitos da Criança recomenda que se desenvolvam procedimentos e metodologias específicas e criteriosas, que possibilitem a orientação a todas as pessoas e entidades com responsabilidade em matéria de

¹ Por exemplo, Wallace e Koerner (2003)

infância e juventude, possibilitando que se determine o princípio do interesse superior da criança. Reconhecendo a multiplicidade de fatores e a individualidade de cada criança, importa assegurar que as considerações tomadas garantem que o bem-estar da criança é condição primordial.

A existência de procedimentos e critérios possibilitará a equidade na tomada de decisão para cada criança, permitindo, por sua vez, um maior envolvimento da criança na tomada de qualquer decisão que afete a sua vida. Mais uma vez, é recomendado pelo Comité dos Direitos da Criança (2019) que os profissionais dos setores jurídico, educacional, social e da saúde, que trabalham com crianças, recebam sistematicamente formação adequada sobre participação e audição da criança, permitindo desta forma que se considerem os pontos de vista das crianças em todas as decisões que lhes digam respeito.

A participação e audição da criança são, então, aspetos importantes a considerar, pois, de acordo com a sua idade e maturidade, a criança deve ser ouvida durante todo o processo, conforme o nº 1 do artigo 12º da Convenção:

“1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade”.

Uma decisão deve ser baseada nos factos de cada caso, cuidadosamente refletidos, para a efetiva salvaguarda dos seus direitos (proteção, afeto, desenvolvimento, entre outras) e, sempre que possível, de acordo com a sua opinião. Desta forma, reforça-se a necessidade de manter os esforços para que a participação seja efetiva e plena durante todo o processo, conforme recomenda o Comité (2019) no suprarreferido relatório:

“20. a) Expand the right of the child to be heard in all civil, administrative and criminal judicial and administrative proceedings affecting the child;

b) Ensure the effective and consistent implementation of legislation and regulations recognizing the right of the child to be heard in all legal proceedings directly or indirectly impacting them (...).”

Acresce o facto de se denotar que a família como modelo organizacional também veja reconhecidas e ponderadas as suas especificidades na tomada de decisões. Por certo, o n.º 1 do artigo 18º da Convenção estipula que:

“Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais (...). O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.”

3. Em conclusão – proposta da UNICEF Portugal

De acordo com o exposto, considera-se ser de consagrar expressamente, no artigo 1906.º do Código Civil, os fatores a ponderar pelos juizes nas decisões relativas à residência de crianças, em conformidade com os sete elementos a ter em conta na avaliação do interesse superior da criança definidos pelo Comité dos Direitos da Criança no seu Comentário Geral n.º 14 (2013)³.

Com efeito, a **sugestão de alteração ao n.º 5 do artigo 1906.º do Código Civil** é a seguinte:

5 - O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita de acordo com o interesse superior deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente a opinião da criança, a sua identidade, a importância da preservação do ambiente familiar e da manutenção de relações, a necessidade de cuidados, proteção e segurança, a situação de vulnerabilidade da criança e os seus direitos à saúde e à educação, bem como o princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.

É fundamental que a criança seja olhada durante todo o processo de definição das responsabilidades parentais como um sujeito de direitos próprios e inalienáveis, cujos princípios do seu interesse superior e do respeito pelas suas opiniões devem ser centrais para a tomada de decisão.

À luz de tais princípios, a alteração da disposição 1906.º do Código Civil pode, pois, condicionar a adequabilidade e pertinência da decisão, não salvaguardando as características e dinâmicas próprias de cada criança e respetiva família. Mais se acrescenta a imperatividade de serem devidamente ponderados fatores como a ausência de suspeita e/ou indícios de violência doméstica e de abuso sexual de crianças intrafamiliar, capacidade de cooperação elevada entre os pais, ausência de conflitualidade entre os pais, entre outros, aquando da tomada de decisão, fundamento partilhado pela Resolução 2079 (2015) do Conselho da Europa:

"5.5. introduce into their laws the principle of shared residence following a separation, limiting any exceptions to cases of child abuse or neglect, or domestic violence, with the amount of time for which the child lives with each parent being adjusted according to the child's needs and interests".

Entende-se, a terminar, que a não concordância da UNICEF Portugal com a presunção ou regime preferencial do modelo de residência alternada não comportam uma rejeição do regime de residência alternada *per se*, previsto na lei portuguesa como uma opção desde 1955.

A UNICEF Portugal manifesta a sua concordância com a importância atribuída à regulação das responsabilidades parentais, considerando que a amplitude das opções

³ Committee on the Rights of the Children General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)* - *Elements to be taken into account when assessing the child's best interests (para. 52 to 79)*, disponível em: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>

legais atualmente existentes permite encontrar medidas e respostas adequadas à criança, tendo como consideração primordial, em todas as decisões que lhe dizem respeito, o seu interesse superior. É, assim, crucial garantir a existência de procedimentos de avaliação para a efetiva aplicação do princípio, para cada criança.

