

PARECER DA ORDEM DOS ADVOGADOS

Sobre o Supremo Interesse da Criança

Sobre as seguintes Iniciativas:

PJL 87/XIV/1.^a (PS) — Altera o Código Civil, estabelecendo o princípio da residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores.

PJL 107/XIV/1.^a (PSD) — 76.^a alteração ao Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro de 1966, alterando o regime do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, de forma a clarificar que o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores sempre que tal corresponda ao superior interesse do menor.

PJL 110/XIV/1.^a (CDS-PP) — Sobre o estabelecimento da residência alternada dos menores, em caso de divórcio separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

PJL 114/XIV/1.^a (BE) — Altera o Código Civil, prevendo o regime de residência alternada da criança na regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento.

PJL 52/XIV/1.^a (PAN) — Privilegia o modelo de residência alternada sempre que tal corresponda ao superior interesse da criança, excecionando-se o decretamento deste regime aos casos de abuso infantil, negligência e violência doméstica.

Quanto aos motivos expostos no preambulo de qualquer um dos projectos leis aos quais agora nos vimos pronunciar temos, na generalidade, que manifestar a nossa concordância. Mas, para a consagração dos mesmos, entendemos que não é necessária qualquer alteração legislativa, pois com o actual sistema de regulação das responsabilidades parentais os mesmos podem e devem ser cumpridos. Os projectos de lei agora apresentados poderão, como maior facilidade, não permitir que os mesmos se alcancem.

E entendemos que não há necessidade de qualquer alteração no sentido proposto pelos projectos lei por cogitarmos que qualquer um deles parte de princípio errado, ou seja, parte da posição dos progenitores perante a guarda de um menor aquando da fixação das responsabilidades parentais.

Ao se regularem as responsabilidades parentais o princípio que tem que estar presente é o Supremo Interesse da Criança. Sendo este princípio o ponto de partida e de chegada de qualquer ponderação de interesses subjacente a qualquer situação concreta, o que exige uma reflexão sobre os restantes valores do sistema para se obter uma decisão que concretize esse mesmo princípio, o que não permite que este seja visto como um critério rígido e absoluto na interpretação e julgamento da situação. Onde o Supremo Interesse da Criança é alcançado através do aprofundamento os direito de liberdade, de respeito e de dignidade da criança que o sistema garante com a individualidade expressa da manifestação de vontade de cada criança, da análise das concretas relações estabelecidas com os seus progenitores e com as famílias destes, com todas as envolventes do seu dia-a-dia. Tem que haver ponderação de todas as questões que directa ou indirectamente lhe digam respeito. A dignidade da Criança concretiza-se na liberdade, autonomia, promoção, protecção e participação que esta tem nas decisões que lhe digam respeito. Nesta ponderação o princípio do Supremo Interesse da Criança alcança a sua dupla vertente, como princípio básico a atingir e como regra adjectiva que permite a sua própria concretização.

Nesse processo a relação que a criança tem, em abstracto, com cada um dos progenitores tem exactamente o mesmo valor. Pois o desejável para um desenvolvimento saudável da criança e da formação da sua personalidade é que esta tenha com cada um dos progenitores e com as famílias destes as melhores das relações. Assim sendo, só será fixada a guarda partilhada sempre que tal se demonstre como sendo o melhor para a criança, depois de analisada e ponderada a sua situação em concreto. Daí que ter um regra fixa, seja ela qual for, predefinida para a generalidade das situações, quando cada situação tem a sua individualidade, e é nela que tem que

ser feito o preenchimento do Supremo Interesse da Criança para o poder alcançar, é, no nosso entendimento, um erro. Dizemos mais, é um perigo aprazar regras no âmbito da fixação do regime das responsabilidades parentais.

É um perigo uma vez que, apesar de não haver uma posição concreta nos projectos leis sobre o que é juridicamente “dar preferência ao regime da guarda partilhada”, pois não pode ser uma “chamada de atenção para os tribunais” ou uma “orientação dada aos magistrados”, o que seria de todo inadmissível, não pode ser a fixação da hierarquização dos princípios a ter em conta na ponderação dos interesses quando da regulação das responsabilidades parentais, pois o princípio dos princípios em causa é o do Supremo Interesse da Criança.

O que se pretende com os projectos leis, apesar de haver diferenças significativas entre eles, é que a guarda partilhada seja a regra e qualquer outro regime a excepção. E é esta regra que é extremamente perigosa para as crianças, nunca podemos esquecer que são estas o centro gravitacional de todos os interesses em jogo numa regulação das responsabilidades parentais e não os interesses dos progenitores. O problema não existe quando os progenitores estão de acordo e conseguem ter um entendimento, pois aí dúvidas não se põem. O problema está quando os progenitores não se entendem quanto ao regime a aplicar. Sendo a guarda partilhada a regra esta vai ser aplicada nos regimes provisórios até que em sede de audiência final seja possível provar qual o melhor regime a determinar. E durante o período que premeia entre a data da fixação do regime provisório e a sentença, muitas vezes decorrem muitos meses, a fixação de uma guarda partilhada pode trazer graves problemas para a criança. Por outro lado, fazer a prova para ilidir a presunção da guarda partilhada é muito difícil, pois tem que se fazer prova de um facto negativo. E como todos os que diariamente vestem toga sabem o quanto tal prova é muito difícil de produzir em tribunal. Ter que provar que a guarda partilhar não é o regime que protege a criança e “preenche o princípio” do seu superior interesse é muito tortuoso e complicado.

Quando não há acordo entre os progenitores sobre o regime a aplicar, normalmente, o grau de conflitualidade entre estes é elevado, ficar o ónus sobre um deles de carrear para o processo todos os factos, prova-los e explicar o motivo pelo qual, na sua convicção, não é benéfico para a criança ver fixada a residência partilhada irá, na grande maioria dos casos, contribuir para um aumento do grau de conflito entre as partes, conflito esse que, para além dos prejuízos directos com esse regime por si só tem para a criança, irá esta, também, directa e/ou indirectamente, sofrer com

esse grau de conflitualidade. Há unanimidade entre os investigadores sobre a ideia que o conflito entre os progenitores afecta muito negativamente o bem-estar e desenvolvimento da criança.

Se o projecto lei **PJL 87/XIV/1.^a (PS)** não admite qualquer excepção à regra que pretende impor, a da guarda partilhada, situação que é acautelada nos projectos lei do **PJL 52/XIV/1.^a (PAN)**, tal regra ainda é mais grave quando está a decorrer nos tribunais criminais processos de violência doméstica. E quanto a estas situações temos que ter presente as recomendações último relatório do Comité GREVIO (Grupo de Peritos/as independentes), que monitoriza a Convenção de Istambul, que, entre outras, instou 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 e para tomarem medidas, incluindo, as que garantam a disponibilidade e a aplicação eficaz das ordens restrição e/ou de protecção.

As recomendações do Comité GREVIO vêm reforçar as reservas que temos em relação aos projectos leis em causa no presente parecer uma vez que as pretensas alterações irão desproteger gravemente as vítimas de violência doméstica, correndo, com grande probabilidade, o risco, de contribuir para o aumento da violência intrafamiliar.

Pelos motivos expostos a Ordem dos Advogados entende que o Superior de Interesse da Criança está devidamente acautelado no sistema jurídico e as alterações propostas põem em risco, ou podem por, a concretização desse princípio sempre que tenha que ser fixado um regime de guarda a uma da criança em concreto, pelo que o nosso parecer não pode ser outro que não o de total rejeição das proposta de alterações legislativas, no mesmo sentido foi, também, o parecer anteriormente por nós dado ao projecto n.º 530/XIII/3.^a e em tempo enviado.

Lisboa, 4 de Dezembro de 2019

O Bastonário

GUILHERME FIGUEIREDO