

O art. 1906.º do Código Civil e a (in)admissibilidade do regime de guarda (e residência) alternadas dos menores^[1]

André Lamas Leite

Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto e da Universidade Europeia (Lisboa)

RESUMO: O artigo analisa a possibilidade legal de o art. 1906.º do CC admitir o regime de guarda e residência alternadas dos menores, em caso de qualquer das formas de ruptura da vida em conjunto dos seus progenitores, dialogando com as normas constitucionais pertinentes. Por outro lado, estuda-se igualmente a existência ou não de uma preferência legal do ordenamento jurídico quanto à dita guarda alternada.

PALAVRAS-CHAVE: guarda alternada; residência alternada de menores; princípio constitucional da igualdade dos progenitores; figura de referência; critério da preferência maternal.

I. OBJECTO

O presente trabalho visa ser um modesto contributo sobre um tema que, em nosso juízo, não tem merecido grande atenção da doutrina e que traz a jurisprudência dividida. Trata-se de saber se o art. 1906.º do Código Civil (doravante, CC), na sua actual redacção, consagra ou não a possibilidade de guarda alternada dos menores, no âmbito das responsabilidades parentais partilhadas e, em consequência, da admissibilidade ou não da sua residência também alternada. Em

[1] O autor agradece vivamente o auxílio do Sr. Dr. João FERNANDES MOREIRA

no trabalho de pesquisa jurisprudencial que esteve na base do presente artigo.

caso de resposta afirmativa a esta pergunta, surge uma outra: pode ou não retirar-se da Lei alguma preferência nesse sentido, ou seja, de o superior interesse da criança determinar essa residência alternada?

Depois de uma brevíssima caracterização dos traços fundamentais inaugurados em 2008 com a verdadeira «revolução copernicana» operada no domínio do exercício das responsabilidades parentais em caso de ruptura de casamento ou de relações jurídicas análogas, analisar-se-á o quadro constitucional ao qual as questões de partida se terão de ater e, por fim, ensaiar-se-á uma resposta às inquietações formuladas.

II. 2008: UM NOVO «PARADIGMA» NO EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS EM CASO DE RUPTURA DA VIDA EM COMUM DOS PROGENITORES

Como se sabe, a matéria do anterior «poder paternal», hoje «responsabilidades parentais», tem sido dos sectores normativos do Direito da Família e dos Menores (ou das Crianças, como é preferido por alguns sectores doutrinários) que mais modificações tem conhecido nos últimos anos, fruto de uma crescente e muito saudável sensibilização do menor como sujeito de direitos, sendo o seu interesse o paradigma decisório a erigir em pedra de toque em qualquer decisão judicial que a eles contenda. Esse movimento, muito por influxo da normação internacional, à cabeça da qual surge a Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada no seio da ONU, é de saudar num peregrinar civilizacional mais perfeito.

Por outro lado, não se pode perder de vista que os progenitores são, nos termos do art. 36.º, n.ºs 3 e 5, da CRP^[2], iguais entre si, o que

[2] Que, por comodidade analítica transcrevemos: «3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manu-

tenção e educação dos filhos. (...) 5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.».

implica, no que aqui diz respeito, que o Estado deva não só abster-se, mas também criar condições positivas no sentido de garantir, na medida do possível, uma intervenção paritária de ambos na condução da educação dos seus filhos, não sendo hoje admissível qualquer preferência de princípio por qualquer um deles. Sabe-se que, durante muito tempo, em virtude de concepções ideológicas, morais, religiosas, sociológicas e de outro jaez, as legislações e, em consequência, os Tribunais, afirmavam uma «preferência maternal» que, à luz do novo edifício constitucional saído da Revolução de 1974, passou a ser materialmente inconstitucional. Em igualdade de circunstâncias, qualquer um dos progenitores – pai ou mãe – deve exercer as responsabilidades parentais que lhe cabem e, portanto, decidir os destinos da vida dos seus filhos. E isto, em especial, em situações de crise na relação afectiva entre ambos, como ocorre no âmbito de um processo de divórcio sem consentimento do outro cônjuge, p. ex.. Regressaremos a este ponto.

Diga-se, por outro lado, que, mesmo a designação de «responsabilidades parentais» aponta, em sentido convergente, para uma consciencialização colectiva no sentido de que os menores, em situações de ruptura de casamento ou de outras uniões que lhe sejam equiparadas, tenham, quanto possível, um contacto regular com ambos os progenitores, de modo a que a sua personalidade se forme de maneira harmoniosa, segundo um contributo necessariamente distinto e multifacetado dos progenitores. Se dúvidas existissem quanto a este ponto, o legislador, nas suas vestes penais, deu-nos essa indicação ao incrementar, por via da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, com entrada em vigor a 1 de Dezembro do mesmo ano, o âmbito de tutela típica do crime de subtracção de menor nas hipóteses do art. 249.º, n.º 1, al. c), do Código Penal, sobre o qual já tivemos oportunidade de escrever ^[3].

[3] Veja-se o nosso «O crime de subtracção de menor – uma leitura do reformado art. 249.º do Código Penal»,

in: *Julgar*, 7 (2009), pp. 99-131, acessível também em [http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/05-Andre%C3%A9-](http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/05-Andre%C3%A9-Lamas-Leite-Subtrac%C3%A7%C3%A3o-de-menor-249-CP.pdf)

[Lamas-Leite-Subtrac%C3%A7%C3%A3o-de-menor-249-CP.pdf](http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/04/05-Andre%C3%A9-Lamas-Leite-Subtrac%C3%A7%C3%A3o-de-menor-249-CP.pdf) (consulta em 4/2/2017).