

A “presunção jurídica de residência alternada” e a tutela do superior interesse da criança^[1]

Ricardo Jorge Bragança de Matos

Procurador da República

[1] O presente texto corresponde, no essencial, à comunicação apresentada no colóquio coorganizado pelo Conselho Regional do Porto da Ordem dos Advogados e pela Associação Jurídica do Porto, no dia 21-11-2018, no Porto, subordinado ao tema “Evolução e rupturas na fixação da residência das crianças”. Procedeu-se apenas ao desenvolvimento de algumas ideias que foram meramente abordadas naquela comunicação.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. A proposta da petição. III. A admissibilidade legal de fixação de residência alternada. 1. A evolução legislativa. 2. Os critérios para a fixação da residência da criança. 3. A expressa previsão legal da residência alternada. IV. O atual debate. V. Síntese conclusiva.

I. INTRODUÇÃO

O exercício da parentalidade envolve um conjunto alargado de motivações e de interesses que se refletem no estabelecimento de uma relação triangular entre a criança e cada um dos progenitores.

Essa relação triangulada, tal qual a sociedade, tem vindo a evoluir no seu conteúdo, na sua forma e no seu contexto, assim como têm vindo a sofrer idêntica evolução as concepções acerca do que é, afinal, ser progenitor e o sobre o que essa função envolve.

Tais concepções são prementemente colocadas sob tensão particularmente perante situações em que a relação familiar subjacente à parentalidade deixa de persistir ou não chega sequer a verificar-se.

A lei, enquanto ordenadora das relações sociais, ao regular o exercício da parentalidade em casos de rutura de um projeto de vida assente na conjugalidade (mais ou menos formalizada), surge, neste contexto, como o repositório dessas conceções, dela se esperando que forneça resposta pelo menos compatível com aquelas.

Em Portugal, foi desde o 25 de Abril de 1974 percorrido um caminho através do qual a legislação nacional veio paulatinamente a acolher as solicitações que a sociedade em evolução lhe foi endereçando, consagrando soluções cada vez mais próximas da concretização das linhas constitucionalmente definidas como fundamentais, como a dignidade da criança enquanto pessoa e sujeito de direitos, a igualdade parental ou a autonomia do núcleo familiar para definir a forma de realização pessoal de cada um dos seus componentes.

A proliferação de estudos na área das ciências que se dedicam à infância e à parentalidade tem vindo a sustentar, de forma cada vez mais assertiva, a necessidade de manutenção do envolvimento de ambos os progenitores no acompanhamento do desenvolvimento da criança, pese embora a rutura (ou inexistência) da vida em comum. Tem, além disso, impulsionado um movimento no sentido de aprofundar a igualdade entre mulheres e homens, ao recrutar para a área da parentalidade problemáticas relacionadas com a igualdade de género e ao afirmar a necessidade de reposicionar cada um deles naquela função, descartando estereótipos ultrapassados e desajustados à realidade.

A questão da fixação da residência da criança assume-se, neste contexto, como um plano em que os identificados vetores se apresentam com incisiva operacionalidade, já que a mesma se revela inexoravelmente definidora do grau de envolvimento de cada um dos progenitores com a vida daquela e do grau de paridade da relação parental em que cada um deles se insere.

Em julho de 2018, deu entrada na Assembleia da República uma petição cujo objeto é o estabelecimento da “presunção jurídica

de residência alternada para crianças cujos pais e mães se encontrem em processo de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ou seja, de partilha entre mãe(s) e pai(s) de 33% a 50% do tempo de residência e do envolvimento continuado nos cuidados, na educação e na vida quotidiana dos seus filhos e filhas”^[1].

A apresentação dessa petição no Parlamento veio convocar a atenção do legislador para a discussão que vem sendo alimentada acerca da admissibilidade face ao quadro normativo nacional de, em caso de rompimento da vida em comum pelos progenitores, ser fixada à criança residência de forma alternada entre cada um deles.

Esta discussão centrou-se, primeiramente, na questão da admissibilidade em termos genéricos da adoção dessa solução. Mais tarde, encontrada resposta mais ou menos unânime de sentido positivo, evoluiu para a definição das circunstâncias em que a residência alternada poderia ser decretada e daquelas que vivamente a desaconselhariam.

A postura que o legislador assumirá perante a petição apresentada redundará, seguramente, numa reconfiguração do espaço normativo em que se coloca a questão da fixação da residência da criança em caso de rutura de vida em comum dos seus progenitores.

II. A PROPOSTA DA PETIÇÃO

A petição apresentada à Assembleia da República, como justificação da pretensão nela vertida, assume como pressuposto que a residência alternada é a que “melhor atende às necessidades da criança (...), à igualdade entre mulheres e homens no envolvimento parental

[1] *Petição n.º 530/XIII/3.ª – Solicitam alteração legislativa com vista a estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças com*

pais separados, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetallePeticao.aspx?BID=13214> (acesso em 16-12-2018,

como todas as demais ligações indicadas neste texto).