



Lea Fernandes Domingues

**A possibilidade de alternância residencial dos filhos no caso
de dissolução conjugal**

Relatório do Estágio realizado no Juízo de Família e Menores de Pombal

Relatório de Estágio com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Professora Doutora Ana Rita Gil

Abril de 2019



Lea Fernandes Domingues

**A possibilidade de alternância residencial dos filhos no caso
de dissolução conjugal**

Relatório do Estágio realizado no Juízo de Família e Menores de Pombal

Relatório de Estágio com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem

Orientadora:

Professora Doutora Ana Rita Gil

Abril de 2019

*“A criança que é despojada da sua riqueza de convivencialidade
incrementa a frustração do adulto de amanhã.”*

(BESSA-LUÍS, 2008)

Agradecimentos

À minha família, pelo orgulho imensurável que me transmite constantemente, pelo acompanhamento e ajuda que me proporcionaram ao longo de todo o percurso e por terem sempre acreditado que era possível.

Ao David, por ter feito parte desta jornada desde o princípio, pela compreensão e paciência, pela presença constante nos melhores e piores momentos e, principalmente, por ser sempre o meu pilar.

Às minhas amigas, que sem dúvida irão para todo o lado comigo, por nunca duvidarem, por sempre encorajarem e por serem o ‘escape’ que tantas vezes necessito.

À minha orientadora de tese, Doutora Ana Rita Gil, pela constante disponibilidade e responsividade, pelas correções essenciais, pelo brio e cuidado e, acima de tudo, por me ter feito apaixonar, *ab initio*, por esta jurisdição.

E por fim, à minha orientadora de estágio, Dr.^a Maria João, por me ter ensinado e transmitido os seus admiráveis valores e conhecimentos, pela amizade, por me ter tratado como uma ‘filha’ e por me ter guiado como ninguém na construção deste trabalho. Certamente que ficará para sempre no recanto dos privilegiados da minha vida.

Declaração de compromisso antiplágio

Declaro por minha honra, que o trabalho que apresento é original e que todas as citações estão corretamente identificadas. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui grave falta ética e disciplinar.

Lisboa, abril de 2019.

Lea Fernandes Domingues

Modo de citar e convenções

- I. As citações realizadas no texto são feitas através da indicação do último apelido do autor, data de publicação da obra e as respetivas páginas, entre parênteses. No caso de pluralidade de autores, são colocados os últimos nomes de todos os autores no mesmo espaço. Caso se verifique a existência de mais do que um autor com o mesmo apelido, a citação será ainda feita com as iniciais dos restantes nomes do autor, a fim de proceder à devida distinção. As referências bibliográficas completas encontram-se na lista bibliográfica final com os demais elementos de identificação.
- II. Os acórdãos referidos no corpo do texto estão disponíveis em www.dgsi.pt e www.pgdlisboa.pt.
- III. As abreviaturas estão identificadas por ordem alfabética na Lista de Abreviaturas que se segue.
- IV. As expressões em latim ou língua estrangeira são apresentadas em itálico.
- V. Os artigos referidos sem indicação do diploma pertencem ao Código Civil.
- VI. O corpo deste trabalho, incluindo espaços e notas de rodapé, contém **173 245** caracteres.

Lista de Abreviaturas

APIPDF	Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos
Cfr.	Confira
Coord.	Coordenação
CPCJ	Comissão de Proteção de Crianças e Jovens
Ed.	Edição
GNR	Guarda Nacional Republicana
I.e.	Isto é
MP	Ministério Público
N.º / N.ºs	Número / Números
P. / Pp.	Página / Páginas
Proc.	Processo
Rel.	Relator
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível
Vol.	Volume

Legislação Citada

Código Civil

Código de Processo Civil

Constituição da República Portuguesa

Lei n.º 84/95, de 31 de agosto

Lei n.º 59/99, de 30 de junho

Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro

Projeto de lei n.º 475/VI

Regime Geral do Processo Tutelar Cível

Outras fontes de Direito citadas

Comentário Geral n.º 12 (2009) do Comité dos Direitos da Criança

Comentário Geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança

Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança

Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança

Recomendação n.º R (84) 4 do Conselho da Europa

Resolução n.º 2079 (2015) do Conselho da Europa

Resumo

O trabalho em questão incide, essencialmente, na problemática da fixação da residência das crianças ou jovens, aquando da não coabitação dos seus progenitores e, em particular, na possibilidade de alternância residencial entre as casas de ambos os pais, por tempos equiparados.

Iniciámos a nossa dissertação com uma análise da evolução sociológica e cultural do instituto da família nas últimas décadas, dando especial atenção à posição da criança ao longo dos tempos, de forma a alcançarmos a influência das mutações percecionadas nas atuais regulações das Responsabilidades Parentais.

Depois de enquadradas estas ideias, entrámos, em particular, na questão das Responsabilidades Parentais. Abordámos as principais alterações legais das últimas décadas, que advieram, fundamentalmente, em consequência das transformações sociais que demos conta, e demonstrámos as importantes modificações conceituais e terminológicas provindas da Lei n.º 61/2008 – o tendencial abandono dos conceitos de “Poder Paternal” e “Guarda” em benefício dos de “Responsabilidades Parentais” e “Residência”.

Por sua vez, iniciámos a temática da possibilidade de fixação de regimes com alternância residencial, questão central do nosso trabalho. Aqui, o nosso principal objetivo foi o de demonstrar a admissão legal de um regime neste sentido, os benefícios e perniciosidades da sua aplicação e a necessidade de um determinado contexto parental para a sua implementação. Esmiuçámos os critérios que influenciam os decisores aquando de uma regulação das responsabilidades parentais, de forma a chegar ao ‘critério dos critérios’ – o superior interesse da criança. Nesta sede, ainda tivemos oportunidade de percorrer a jurisprudência dos tribunais superiores, a fim de darmos a conhecer a forma como se posicionam quanto à matéria.

Por fim, olhámos à necessidade e aos benefícios do ‘acompanhamento pós-decisão’, principalmente aquando da implementação de uma Residência Alternada.

PALAVRAS CHAVE: Evolução sociológica – Responsabilidades Parentais – Superior interesse da criança – Residência Alternada – ‘Acompanhamento pós-decisão’.

Abstract

The present work focuses, essentially, on the issue of the residence of children or young people, when their parents live apart and, in particular, on the possibility of alternation of residence between both parents' homes for similar periods.

We begin our dissertation with an analysis of the sociological and cultural evolution of the family institution in the last decades, giving special attention to the status of the child throughout the ages, in order to understand the influence of such evolutions in the current regulations of Parental Responsibilities.

Having these ideas framed, we have, dealt, in particular, with the issue of Parental Responsibilities. We have approached the main legal changes of the last decades, which mainly resulted about as a consequence of the social transformations that we referred to, and we have demonstrated the important conceptual and terminological changes deriving from Law no 61/2008 – the abandonment of the concepts of 'Parental Authority' and 'Custody' for the benefit of 'Parental Responsibilities' and 'Residence'.

Then, questioned the possibility of establishing regimes with residential alternation, which is the central question of our work. Here, our main objective was to demonstrate the legal admission of a regime like this, the benefits and harms of its application and the need of a certain parental context for its implementation. We have explored the criteria that influence judges when regulating parental responsibilities, so as to arrive at the main criterion – the best interest of the child. Here, we still had the opportunity to go through the jurisprudence of the higher courts, in order to perceive how they stand on the matter.

Finally, we looked at the need and benefits of 'post-decision monitoring', especially when implementing an Alternate Residency.

KEY WORDS: Sociological evolution – Parental Responsibilities – Best interest of the child – Alternate Residence – ‘Post-decision monitoring’.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como principal propósito o de escrutinar e densificar conteúdos acerca da possível implementação de um regime de responsabilidades parentais com residências alternadas, nas situações em que o Tribunal é chamado a decidir ou, tão-só a homologar acordos prévios, sobre a fixação da residência de uma criança, no âmbito de um processo de regulação das responsabilidades parentais.

A ideia que antecedeu e originou o presente relatório de estágio surgiu na cidade de Pombal, no gabinete da Excelentíssima Senhora Juiz Maria João Roxo Velez, com quem tivemos o deleite de compartilhar quatro meses de trabalho.

Em setembro de 2018 iniciámos o estágio curricular no Tribunal Judicial da Comarca Leiria, designadamente no Juízo de Família e Menores de Pombal. Desde então, fomos assistindo e acompanhando de perto grande parte das diligências deste juízo, tomámos conta dos processos em questão, debatemos hipóteses e possíveis soluções com os magistrados e, acima de tudo, aprendemos muito.

Aqui, constatámos de forma indubitável a transformação sociológica que se fez sentir nas últimas décadas. A ideia de um exclusivo modelo de família, baseada na família nuclear, assente no vínculo matrimonial e formada pelo pai, a mãe e os filhos, faz agora parte do passado. Nos dias de hoje, emergem diferentes constelações familiares, bem como situações em que os dois progenitores de uma criança decidem, à partida ou posteriormente, não partilhar uma vida marital. Nestas situações, urge a necessidade de regular de forma concreta o exercício das responsabilidades parentais referentes aos filhos menores.

Sempre tivemos consciência que, após uma rutura conjugal, tendo ou não os progenitores coabitado, um regime que contemplasse o exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância de residências, seria o que, a princípio, melhor assistia aos interesses das crianças envolvidas. Desta forma,

garantir-se-ia a igualdade parental; os filhos poderiam estabelecer contactos, em quantidade e de qualidade, com os dois pais em situações de paridade, mantendo, assim, relações de proximidade estreita com ambos; e, por sua vez, preservariam as vinculações seguras criadas na constância da relação dos pais, ou simplesmente teriam a mesma oportunidade de as vir a criar com ambos os progenitores.

Todavia, não caímos na ilusão de que este regime se afigura perfeito e livre de desafios. Perfeito seria os pais não se separarem, as famílias viverem sempre de forma harmoniosa e responsável, todas as crianças serem desejadas e só o amor comandar as ações dos membros familiares. Mas este registo é totalmente utópico e, mesmo que aconteça, nada garante que a criança se vá desenvolver de forma feliz e livre de problemas ou perturbações emocionais.

Atrevo-me a dizer que esta é a jurisdição mais peculiar e casuística de todas. Dificilmente alguma vez vai ser possível encontrar um modelo de guarda perfeito, visto que “os casos de guarda são como impressões digitais, não há dois exatamente iguais”¹. Também não há duas crianças iguais e, muito menos, haverá duas famílias iguais.

Durante o estágio, tivemos a oportunidade de lidar com situações muito díspares. A maior parte das famílias que até nós chegaram apresentavam uma evolução sociocultural muito diminuta, com escassos níveis de escolaridade e com ‘bagagens’ muito árduas. Rapidamente nos apercebemos que, embora ideal, uma regulação que previsse a alternância residencial não era aplicável à generalidade dos contextos familiares. Infelizmente, este regime, nos casos com que lidámos, seria passível de implementação em poucas situações. Isto porque, para além de todos os benefícios advindos de uma organização neste sentido, por vezes a sua aplicação seria contraproducente, visto que o principal objetivo aquando duma regulação das responsabilidades parentais será sempre o de garantir o superior interesse das crianças envolvidas.

¹ ESTER, John W. (1982). “*Maryland Custody Law - Fully Committed to the Child’s Best Interest?*”, *Maryland Law Review*, Vol. 41, n.º 2, p. 225.

Consideramos que, embora com alguns progressos, a jurisprudência e doutrina em Portugal, quando explanam os critérios a utilizar aquando da fixação do regime de exercício das responsabilidades parentais e de residência de uma criança com os pais separados, ainda tendem a enveredar por parâmetros de certa forma estereotipados, entre os quais: a presunção judicial da figura primária de referência; a preferência maternal para crianças de tenra idade; a teoria da vinculação segura. No entanto, o único critério que deveria nortear a decisão de um magistrado, quando homologa um acordo que vise regular as responsabilidades parentais ou quando decida sobre o assunto por sentença, deve ser unicamente, ou pelo menos primordialmente, o do superior interesse da criança.

Destarte, propomo-nos, nesta sede, a iniciar o caminho por um breve trilho sobre a evolução da estrutura familiar nas últimas décadas, a fim de nos inteirmos acerca das influências que as mutações ocorridas tiveram nas dinâmicas sociais dos dias que correm.

Posteriormente, mas no seguimento, analisaremos os largos passos dados no sentido da dignificação e valorização da criança como um sujeito titular de direitos. Esmiuçaremos, neste contexto, o conceito indeterminado do superior interesse da criança, de forma a preenchê-lo com ações e não, apenas, com formalismos teóricos. Far-se-á ainda uma breve alusão ao direito à audição e à valoração da opinião da criança, nos processos judiciais que a envolvem, que nos parece, sem dúvida, a melhor forma de fazer cumprir o seu superior interesse.

De seguida, entraremos, em concreto, no âmbito das responsabilidades parentais, esclarecendo, *a priori*, alguns conteúdos e conceitos essenciais para entender o tema em questão. Este é o tópico central do nosso trabalho, pelo que analisaremos cuidadosamente a evolução do regime legal em Portugal, designadamente a alteração terminológica, advinda com a Lei n.º 61/2008, de ‘poder paternal’ para ‘responsabilidades parentais’ e de ‘guarda’ para ‘residência’.

Por sua vez, mas dentro deste âmbito, iniciaremos o estudo do modelo da residência alternada. Para além da explanação acerca da pertinência, em sede de processo que vise regular as responsabilidades parentais de um menor, de fixar a

sua residência, demonstraremos a possível admissão, em termos legais, de um regime com partilha dos tempos de estadia da criança, em termos equivalentes, na casa dos dois progenitores. Neste contexto, elucidaremos ainda quanto aos critérios que a doutrina e jurisprudência, influenciados por paradigmas sociais e culturais, têm lançado mão, a fim de regular as responsabilidades parentais de uma criança após uma dissolução conjugal. Aqui, procuraremos demonstrar a nossa posição quanto à viabilidade dos critérios mencionados, bem como balanceá-los com ‘o critério dos critérios’: o superior interesse da criança.

Posto isto, daremos conta do contexto necessário para uma possível implementação de um regime de residência alternada e ainda dos argumentos contra e a favor que têm sido esgrimidos sobre a solução em causa.

Visitaremos ainda o percurso jurisprudencial que tem sido feito sobre a implementação deste modelo de guarda nas famílias chegadas a Tribunal e, nesta oportunidade, faremos uma breve análise dos recentes pareceres da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Superior da Magistratura sobre o assunto.

Ainda em sede de jurisprudência, daremos conta de trechos da nossa enriquecedora experiência aquando do estágio no Juízo de Família e Menores de Pombal.

Encerraremos, fazendo uma breve análise, partindo de uma opinião essencialmente pessoal e oriunda de ideias debatidas com a Excelentíssima Senhora Juiz Maria João Roxo Velez, dos benefícios que se poderão atingir, abrindo-se mão do ‘acompanhamento pós-decisão’, nos termos expressamente previstos no Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC), nomeadamente quando é implementada uma residência alternada.

1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA OCIDENTAL

1.1. Da ‘Família’ às ‘Famílias’

Escrever sobre a evolução da família é cada vez mais complexo. A noção de família já há muito tempo que extravasou o elencado no artigo 1576.º do Código Civil visto que, neste momento, as fontes familiares jurídicas vão muito para além do configurado no preceito. A definição de família foi sendo reconstruída pela evolução social, política, demográfica e económica que se fez sentir ao longo dos anos (CRUZ, 2017, p. 129).

Como legado do século XIX, e nascida da Revolução Industrial, generalizou-se na Europa do século XX o designado modelo da ‘família nuclear’ ou ‘tradicional’, i.e., pai, mãe e filhos, assente na cultura da família, da igreja e, essencialmente, do matrimónio. Neste contexto, a formação da família estava, necessariamente, associada ao casamento, tal como este era concebido pelas orientações religiosas e sociais da época. As ruturas familiares, com ou sem divórcio, eram raras, só ocorrendo em casos muito excepcionais (LEANDRO, 2006, p. 67). Neste modelo cada cônjuge teria um papel, papel esse que estaria sujeito a normas rígidas, com estatutos desiguais e hierarquizados para homens e mulheres. Assim, a mulher teria a obrigação de permanecer em casa, a providenciar todas as comodidades domésticas e afetivas à sua família, ocupando-se da educação dos filhos e correndo às necessidades do seu marido, sob autoridade deste, o “*pater familias*”. Já o homem, teria o direito e até o dever de realizar um percurso individual fora de casa, provendo pelo sustento da sua família. Este tipo familiar tinha como base um código de valores, incutidos na burguesia industrial da época, principalmente pela Igreja Católica. A ‘família nuclear’ corresponderia assim a um só projeto individual – “uma biografia do marido” (OLIVEIRA, 2001, p. 334).

Desta forma, até à segunda metade do século XX, os comportamentos familiares encontravam-se, de certa forma, institucionalizados e limitados a um quadro de valores impostos em função de interesses de uma coletividade que se tinha como inócua. Estes valores assentavam na defesa da estabilidade do instituto da família e do casamento, no estatuto desigual do homem – o ‘chefe de família’ – e da mulher – a responsável pelas funções domésticas e maternas e, naturalmente, na repressão de qualquer ato sexual fora dos vínculos matrimoniais (ALMEIDA, 2009, p. 156).

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, e, essencialmente, nos últimos 30 anos, assiste-se na Europa a grandes mutações nas relações familiares (PEDROSO & BRANCO, 2008, p. 53).

Sociólogos e historiadores da área da família apontam, como ponto de rutura com este cenário, o final do século XX². Este momento é apelidado de ‘desinstitucionalização’ ou ‘democratização’ da vida familiar e levou, finalmente, à libertação da mulher do estatuto desigual a que estava confinada, proporcionando-lhe um estatuto de progressiva igualdade perante a sociedade e a lei. Esta Europa transformada apregoava pelo respeito da individualidade de cada pessoa e pela responsabilidade dos indivíduos sobre a sua própria vida sexual, afetiva e familiar (ALMEIDA, 2009, p. 156).

A esta altura, temos dois parceiros conjugais sujeitos ao mesmo estatuto³, mas onde cada um busca a sua diferença, formulando as suas próprias pretensões. Esta ideia de igualdade, aliada à privatização da relação amorosa e ao enfraquecimento de certos ordenamentos tradicionais, como a religião, os costumes e a vizinhança, têm conduzido à desmistificação do imperativo do casamento (OLIVEIRA, 2001, p. 338).

Recorrendo às prudentes palavras de GUILHERME DE OLIVEIRA, foi progressivamente (e ainda é) implementada “a ideia de que o amor é assunto

² É de notar que, no caso português, esta alteração se torna mais evidente apenas a partir de abril de 1974.

³ Naturalmente, e olhando em nosso redor, facilmente entendemos que a caminhada para a igualdade de géneros ainda será um longo trilho a percorrer. Quem sabe no século XXII?

exclusivo dos amantes e de que cada casal é o seu próprio legislador”. Para o autor, e indo ao encontro da nossa opinião, o objetivo seria que “os sistemas jurídicos eliminassem progressivamente da pauta matrimonial os conteúdos que outrora serviam a todos indiscutivelmente”.

Impõe-se assim, nesta fase, um conceito que me parece muito adequado: ‘família líquida’. Este novo modelo de família foi mencionado por ZYGMUNT BAUMAN em diversas obras⁴. O conceito de “liquidez” está diretamente relacionado com dinâmica, fluidez e leveza, remetendo assim para uma relação familiar descomprometida, sem valores rígidos pré-estabelecidos, adaptável, baseada na harmonia e realização individual de cada membro, sem ditames impostos por terceiros (PEDROSO & BRANCO, 2008, p. 54).

Consequentemente vislumbram-se, nos dias que correm, novos cenários familiares, dando o outrora hirto instituto da família, progressivamente, lugar “às famílias” (CRUZ, 2017, p. 130). Não obstante, é de notar que o modelo prevaemente continua a ser o da família tradicional, fundada no matrimónio e composta por pai, mãe e filhos, embora agora esta se oriente por uma lógica distinta daquela que se denotava no modelo de família do início do século XX. Assim, mais do que uma crise da família, podemos falar sim em uma ‘crise de certo modelo familiar’, ou seja, aquela família aparentemente harmoniosa e orientada por regras e valores institucionalizados, assente numa hierarquia entre homem e mulher, pais e filhos é que entrou, de facto, em crise.

No início do século XXI, nos países ocidentais, em média um terço dos casamentos terminou em divórcio, seguido ou não de uma recombinação familiar. Destarte, a família predominante, herdada do século XIX, aparece hoje, aos olhos de muitos, como obsoleta e devoluta. As formas de família estabelecem-se e desfazem-se agora com referência a um conjunto de afinidades partilhadas pelos membros que as compõem. Aquela família vertical e hierárquica da primeira metade do século XX deu agora lugar a uma família relacional, onde primam as

⁴ BAUMAN, Zygmunt. (2001). *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
———. (2003). *Amor líquido*. Lisboa: Relógio d’Água.

relações democráticas horizontais e um ideal moderno de respetiva autonomia e paridade dos membros (LEANDRO, 2006, p. 70). Neste novo quadro da vida familiar, homens e mulheres procuram uma *relação pura*, assente num panorama de igualdade entre sexos, na comunicação emocional, na confidência, na confiança e na abertura do “eu íntimo” ao parceiro.

Aqui chegados, denotamos duas colossais mutações: a procura insaciável da qualidade da relação conjugal, em função das expectativas de realização pessoal de cada um e a cimentação da ideia do progressivo desenvolvimento de relações íntimas e democráticas com as crianças, configurador de uma autoridade parental atenta à subjetividade da criança como indivíduo (MARINHO, 2017, p. 14).

1.2. As diferentes constelações familiares

Surgem assim, a par do modelo da ‘família nuclear’, novas realidades familiares, entre as quais se podem referir: as famílias resultantes das uniões de facto; as famílias resultantes das uniões livres; as famílias monoparentais; as famílias recombinaadas ou recompostas; as famílias homossexuais. O traço comum a todas estas novas constelações familiares é a predominância dos laços afetivos⁵.

Os diferentes tipos de famílias podem surgir pela consanguinidade, a afetividade ou a convenção e definem-se pelo convívio prolongado dos seus membros, durante determinado tempo e num determinado espaço, com ampla complexidade de relações interpessoais (DIAS, 2011, p. 143).

Concetualizando,

A família nuclear ou tradicional, como já referimos *supra*, será constituída por dois adultos de sexos diferentes e os respetivos filhos biológicos ou adotados.

⁵ Também o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos evoluiu na interpretação que dá ao artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“Direito ao respeito pela vida privada e familiar”) não se referindo somente à família matrimonializada (artigo 12.º da mesma Convenção), mas também a outras formas de viver em comum, com assento na ideia de laços afetivos efetivos e duradouros.

As uniões de facto são uma realidade muito semelhante ao casamento sem, contudo, pressuporem a existência de qualquer contrato escrito.

As uniões livres, em regra, não pressupõem a ideia de formar família com institutos jurídicos, acontecendo, assim, quando um casal decide partilhar a convivência de forma, tendencialmente, mais ‘descomprometida’. Assemelham-se às uniões de facto, no entanto não assumem o estatuto de instituto jurídico que necessita de ser provado e do qual advém um conjunto de efeitos e garantias.

As famílias monoparentais são constituídas pela mãe ou pelo pai e pelos filhos. Em princípio, serão famílias resultantes de divórcios, separações ou viuvez. Não obstante, também podem resultar da própria ação dos progenitores, i.e., através da adoção, do recurso a técnicas de reprodução medicamente assistidas, ou logo *ab initio*, fruto de pai ou mãe desconhecido ou ausente.

As famílias designadas de recombinações ou recompostas, são constituídas por laços conjugais subsequentes a divórcios ou separações. Nestas famílias, é frequente a existência dos comumente designados ‘meios-irmãos’. Surgem assim na sequência de uma “composição, decomposição e recomposição” familiar (ALMEIDA, 2009, p. 217). Este contexto remete-nos para a comum expressão: “os meus, os teus e os nossos”.

Por fim, temos ainda a possibilidade das famílias homossexuais. Estas famílias são constituídas por duas pessoas do mesmo sexo com ou sem filhos.

Para além das enunciadas, HELENA BOLIEIRO faz ainda alusão aos seguintes tipos de famílias, que, a nosso ver, não serão necessariamente modelos familiares diferenciados, tendo em conta a arbitrariedade dos critérios: famílias adotivas; famílias de acolhimento (*foster families*); famílias em processo de divórcio, famílias multirraciais; famílias unidas pela doença ou pela morte; famílias interconfessionais; famílias multigeracionais; famílias imigrantes; famílias que enfrentam problemas físicos; e famílias que enfrentam problemas de saúde mental (BOLIEIRO, 2010, p. 107). São estas as famílias que estão em nosso redor, em que o afeto supera a função biológica e em que a diversidade deixou de ser sinónima apenas da diferenciação de sexos.

Como fatores preponderantes destas mutações podemos enumerar, entre outros: a diminuição da taxa de natalidade; o aumento do número de crianças nascidas fora do casamento; o decréscimo da taxa de nupcialidade e dos casamentos católicos; o aumento significativo do número de divórcios; o crescimento das taxas de atividade profissional feminina; o incremento das uniões de facto; o aumento de famílias monoparentais e recompostas; os processos migratórios (ALMEIDA, 2009, pp. 158-160). Estes fatores, e mais concretamente o aumento do número de divórcios, advieram das transformações sociais que se fizeram sentir entre a década de sessenta do século passado e a viragem do século. Mitigaram-se os constrangimentos sociais que dissuadiam o acesso ao divórcio dos indivíduos que realmente o ansiavam; melhoraram as condições económicas, o que permitiu a separação de pessoas que anteriormente não o viam como uma possibilidade; e essencialmente, alterou-se a situação das mulheres, com o seu acesso generalizado à formação, ao trabalho remunerado e aos espaços públicos, anteriormente exclusivos aos homens. Assim, as novas formas de vida também expuseram os casais a outros fatores de risco, desencadeando vulnerabilidades nas famílias e uma certa tendência para o desencanto com as relações conjugais (GERSÃO, 2010, p. 229).

Pese embora seja de conhecimento geral a taxa de fracasso do casamento, isto “não afasta as vítimas da reincidência”. GUILHERME DE OLIVEIRA explica, e nós não poderíamos estar mais de acordo, que “o casamento perdeu a estabilidade, mas não perdeu a atração” (OLIVEIRA, 2001, p. 341). Após um casamento malsucedido é notória a necessidade de novas tentativas, isto porque a maioria dos indivíduos é invadido por uma esperança renovada de sucesso, crescendo as aspirações pessoais de felicidade (fala-se até num “direito à felicidade”) e tornando-se mais intensas as expetativas postas nas relações amorosas (GERSÃO, 2010, p. 229).

É de facto neste contexto que proliferam no Ocidente as famílias pluriparentais, advindas da multiplicidade das relações parentais, decorrentes dos divórcios, separações e sucessivas uniões (matrimoniais ou não).

Perante esta instabilidade recorrente, e como defesa e reação à conjuntura depressiva, atualmente denota-se também uma hipervalorização da relação com os filhos, na esperança que esta relação assuma a estabilidade não encontrada de outra forma. Neste contexto, aponta-se ainda o facto de que o exercício das responsabilidades parentais se orienta hoje, mormente, pelo respeito da pessoa do filho e das suas inclinações (OLIVEIRA, 2001, p. 342).

Em suma, e atendendo à explanação de SOFIA ABOIM, “as formas de constituição e de organização da conjugalidade (...) apresentam sinais de reforço da informalização do laço conjugal e de pluralização do leque de transições possíveis nos percursos familiares, acrescendo-os de momentos de rutura e de recomposição, em conformidade com uma visão menos institucional da relação a dois e da própria família” (ABOIM, 2006, p. 69).

Assim, o Direito da Família tem de acompanhar esta evolução e ser igualmente capaz de acompanhar a progressão dos conceitos. O conceito de família tem de ser encarado como uma instituição que ultrapassa a soma dos seus elementos. Nas palavras de ROSSANA CRUZ, o Direito da Família “não poderá ser um ramo do Direito estático e resistente à mudança” (CRUZ, 2017, p. 132).

2. O LUGAR DA CRIANÇA NA JUSTIÇA DO SÉCULO XXI

2.1. *Child-friendly justice*

A história e a concepção da infância parecem estar indissolúvelmente ligadas. Partindo de um total desconhecimento e desqualificação das crianças, encaradas como seres inferiores aos adultos, reduzidos à categoria de propriedade dos mais velhos e objeto de violências várias, passou-se a uma valorização da criança como ser humano em formação, despertando sentimentos de afeto, compaixão e carecendo de cuidados especiais, o que levou ao (contemporâneo) reconhecimento e respeito pela criança como sujeito com a mesma dignidade e direitos que os adultos, e outros mais, devido às suas características, fragilidades e necessidades. É de notar que, apenas a partir do século XX, se começou a valorizar mais a defesa e proteção da criança ao ponto de se dar forma a um conjunto de direitos básicos que a esta estariam inerentes (AMARAL, 2010, p. 163).

Também a concepção da criança como um ser ‘menor’, indefeso, totalmente dependente da proteção dos seus pais ou outros adultos, que, com toda a certeza, fariam sempre e em qualquer circunstância tudo o que fosse preciso em seu benefício, está a ser, e bem, progressivamente abandonada no nosso ordenamento jurídico (RIBEIRO, 2015, p. 139). O grande marco destas mutações foi, sem dúvida, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, adotada a 20 de novembro de 1989 e ratificada por Portugal a 21 de setembro de 1990⁶, visto que este documento, de certa forma, converteu as necessidades de proteção sentidas pela criança num conjunto de direitos próprios das mesmas, tanto civis como políticos (AMARAL, 2010, p. 165).

O novo modelo de justiça acolhe, assim, a concepção da criança como uma pessoa em desenvolvimento, com progressiva autonomia, um verdadeiro sujeito

⁶ Disponível em https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf.

titular de direitos. É neste contexto que surge a “cultura da criança enquanto sujeito de direitos” em perfeita sintonia com o conceito de “*child-friendly justice*”. O conceito de “*child-friendly justice*”, ou em português, “justiça amiga das crianças”, surgiu na sequência de algumas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que condenaram alguns Estados Parte da União Europeia por violação do direito a um processo equitativo (artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos) quando estavam em causa crianças.

A 17 de novembro de 2010 foram adotadas, pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, as Diretrizes sobre a justiça adaptada às crianças⁷. A criança deixou de ser vista como o “semi-sujeito processual” que se tinha de moldar a um processo exclusivamente criado para os adultos, para passar a ser o “processo a moldar-se” quando nele interviessem crianças.

De forma a cumprir estas Diretrizes, a justiça terá de possuir algumas características essenciais, entre as quais: ser acessível, compreensível, adequada à idade, diligente, expedita, previsível, orientada para a criança, não lhe trazendo sofrimento desnecessário e evitável (GIL, 2017, p. 250). Todavia, apenas associando estas características à afirmação, ao respeito e à concretização dos direitos da criança, se alcançará uma verdadeira justiça amiga das crianças.

2.2. Do superior interesse da criança

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança veio fixar um quadro jurídico completo para a proteção dos direitos da criança. Esta Convenção assenta em quatro princípios fundamentais, a saber: o princípio da não discriminação (contemplado no artigo 2.º); o princípio de que a criança tem o direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (contemplado no artigo 6.º); o princípio do respeito pelas opiniões da criança (contemplado no artigo 12.º) e o

⁷ Disponível em <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804b2cf3>.

princípio que nesta sede nos cabe explorar, do superior interesse da criança (contemplado no artigo 3.º).

“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**⁸.”*

Assim, em concordância com a Convenção, é indispensável ter-se em conta o superior interesse da criança em todas as decisões que a esta digam respeito. Este interesse tem de predominar, necessariamente, quando se estiver perante interesses conflitantes. Assim, mais do que considerar o superior interesse da criança, “deve-se prosseguir ativamente o mesmo” (GIL, 2017, p. 251).

Este princípio surge, necessariamente, como consequência de uma “cultura da criança enquanto sujeito de direitos”. Esta cultura impõe-se ao próprio direito, obrigando, tanto na fase de criação deste como na da sua interpretação e aplicação, a uma atenção e cuidado permanentes (LÚCIO, 2010, p. 180). Só desta forma se contribuirá para a densificação do conceito do superior interesse da criança, que, quando não explorado e atendido devidamente, pode fracassar na sua missão de proteger as crianças, acabando por refletir, ao invés, os interesses dos adultos (SILVA J. M., 2016, p. 54).

Daqui podemos retirar que, na fase da criação dos direitos próprios da criança, de que ela será sujeito e titular, é o seu superior interesse que os vai determinar, i.e., não são os direitos da criança que pré-definem aquilo que virá a ser o seu superior interesse, mas o contrário. Só com esta ideia totalmente incutida se conseguirá atingir a transformação da figura da “criança objeto de direitos, na criança sujeito de direitos” (LÚCIO, 2010, p. 184).

⁸ Negrito nosso.

Nesta sede, importa ainda perceber a diferença entre o princípio do superior interesse da criança enquanto objetivo, por um lado, e enquanto limite à intervenção e ao sentido da decisão, por outro. Quanto ao primeiro domínio, nem sempre é possível atingi-lo, já quanto ao segundo, esse há sempre que se respeitar integralmente. Com isto, cabe dizer que, embora se possa atuar sem realizar na íntegra este princípio, jamais se poderá decidir contra ele (LÚCIO, 2010, p. 192).

Esclarecidos estes pontos, interessa agora tentar preencher a “bandeira” do superior interesse da criança, de forma a impedir que se materialize numa expressão oca, vazia ou meramente formal. Este princípio terá necessariamente de ser concretizado perante um caso concreto, implicando assim a apreciação de um variado número de fatores. É nesta apreciação que se aconselha que, a par do magistrado do processo, intervenham profissionais de outras áreas, como psicólogos, pedopsiquiatras ou assistentes sociais. Contudo, mesmo fazendo uma análise essencialmente casuística, os nossos juízes não olham, naturalmente, para cada caso isolado dos seus precedentes, i.e., este princípio, tal como outros conceitos indeterminados, é suscetível de ser densificado pela doutrina e jurisprudência. Destarte, surgem certas presunções judiciais que, em certas situações, acabam por restringir a discricionariedade do juiz.

Os fatores que têm sido, por vezes, tidos em conta nas decisões de alguns dos magistrados, designadamente em matéria de regulação das responsabilidades parentais, são, entre outros: a igualdade do sexo entre o progenitor e a criança ou jovem; a continuidade do registo educacional; a necessidade que uma criança de tenra idade tem da presença maternal (RODRIGUES H. M., 2011, p. 73 e 74). Contudo, hoje em dia estes fatores não serão tão “decisivos” quanto outrora, como iremos ver adiante, e estas presunções judiciais vão sendo, e bem, suplantadas pelas especificidades do caso concreto.

O Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, em maio de 2013, adotou o Comentário Geral n.º 14⁹, dedicado especificamente ao superior interesse

⁹ Disponível em <https://www.cnpdpj.gov.pt/direitos-das-criancas/covencao-sobre-os-direitos-da-crianca/interesse-superior-da-crianca-pdf.aspx>.

da criança. Antes de mais, o Comité sublinhou que, não existindo na Convenção qualquer hierarquia de direitos, todos os direitos nela consagrados respondem ao superior interesse da criança, não devendo nenhum direito ser relegado para segundo plano. Acrescentou ainda que a aplicação plena do conceito do superior interesse da criança, requer uma abordagem assente em direitos, de modo a garantir a integridade física, psicológica, moral e espiritual da criança e a promover a sua dignidade humana.

Assim, no Comentário, o Comité tripartiu a natureza do princípio, esclarecendo que se trata de um direito substantivo, de um princípio jurídico fundamental de interpretação e de uma regra processual. Será então um direito substantivo porque corresponderá a um “direito das crianças a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será implementado sempre que esteja a ser adotada uma decisão que afete uma criança, um grupo de crianças ou as crianças em geral”. Será também um princípio de interpretação porque “se uma disposição legal permitir mais de uma interpretação, aquela que mais efetivamente atender o interesse superior da criança deve ser eleita”. Será ainda uma regra processual na medida em que, “sempre que seja tomada uma decisão que afeta uma criança em particular, um determinado grupo de crianças ou as crianças em geral, o processo de tomada de decisão deve incluir uma estimativa do potencial impacto (positivo ou negativo) da decisão na criança ou crianças em causa. A avaliação e determinação do interesse superior da criança exigem garantias processuais”. Além disso, a fundamentação de uma decisão deve deixar claro que este direito foi explicitamente tido em consideração. Neste sentido, os Estados Partes devem explicar como este direito foi respeitado na decisão, ou seja, aquilo que foi considerado como prosseguindo o interesse superior da criança (ALBUQUERQUE, 2014, p. 196 e 197).

Como elementos essenciais para avaliar e determinar o superior interesse da criança, o Comité, no mesmo Comentário, elencou os seguintes: a opinião da criança; a sua identidade; a preservação do ambiente familiar e dos

relacionamentos da criança; o cuidado, proteção e segurança da mesma; o seu estado de vulnerabilidade; e o direito da criança à saúde e à educação.

O superior interesse da criança é, assim, necessariamente um conceito indeterminado que corresponde ao conjunto de interesses associados aos bens prioritários da mesma – vida, integridade, liberdade e desenvolvimento pessoal (PIRES, 2016, p. 68). Este conceito deve funcionar, em qualquer circunstância, como fim a prosseguir por todos aqueles que possam colaborar no desenvolvimento harmonioso e saudável de qualquer criança, i.e., os pais, as instituições e o Estado.

Deixamos este ponto com uma referência chegada a nós através de CATARINA DE ALBUQUERQUE, remetendo para as sábias palavras de um antigo juiz belga num Tribunal de Família, Guy Blodel (ALBUQUERQUE, 2014, p. 217):

“A lei é uma ferramenta. O que conta é o artesão e, se possível, o artista. Com excelentes leis, um juiz pode causar catástrofes. E, com leis medíocres, se o juiz tiver ouvidos, um pouco de coração e uma certa imaginação, pode salvaguardar o essencial. E o essencial, no caso concreto, é o interesse superior da criança”.

Cabe a nós, possíveis ‘artesões e artistas’ fazer valer o princípio do superior interesse da criança!

2.3. Da audição da criança/jovem nos processos de Regulação das Responsabilidades Parentais

Como vimos, o superior interesse das crianças surge como o pilar de todas as decisões que a estas digam respeito e, nesta ordem, o direito à audição e participação da criança (que abrange o direito da criança se exprimir livremente e

o direito de ver valorada a sua opinião) constitui um dos melhores meios para concretizar aquele (RIBEIRO, 2015, p. 108).

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 12.º, consagra, que:

“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**¹⁰, de acordo com a sua idade e maturidade. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”

Assim, pode dizer-se que este direito concretiza o princípio do superior interesse da criança, na medida em que a oportunidade de participação ativa nos processos que lhe digam respeito é o caminho necessário para afirmar a “criança enquanto sujeito de direitos”.

Está aqui em causa um direito composto – audição e participação – cujas vertentes se complementam e se concretizam mutuamente com vista ao desenvolvimento integral da criança e à promoção da sua autonomia.

A criança deverá ser ouvida sempre que a sua idade, maturidade e discernimento o permitam, sendo que se poderá afirmar como regra a necessidade legal da sua audição nos processos de regulação das responsabilidades parentais a partir, pelo menos, dos 12 anos de idade, a não ser que razões ponderosas o desaconselhem (PEREIRA, 2015, p. 4). Caso não se proceda à audição, o juiz deve fundamentar expressamente os seus motivos.

Não obstante, a criança pode ser ouvida com idade inferior se o magistrado do processo entender que a mesma tem maturidade e discernimento suficiente. Com isto, queremos dizer que uma criança não deve ser impedida de ser ouvida

¹⁰ Negrito nosso.

apenas em razão da sua idade. Sempre que uma criança tome a iniciativa de “depor” num caso que lhe diga respeito, o juiz, não deve, a não ser para salvaguardar o seu superior interesse, recusar-se a ouvi-la.

A este respeito, cabe ainda aclarar o conceito de maturidade. A ideia de maturidade corresponde à capacidade de a criança formar os seus próprios pontos de vista e uma opinião autónoma, de forma razoável e independente, sendo, por vezes, avançada a idade escolar como critério para avaliar da sua capacidade, mas sempre recorrendo a factos instrumentais que indiquem a aludida maturidade (PIRES, 2016, p. 68).

De qualquer forma, a avaliação da capacidade depende sempre de uma análise casuística da maturidade. É assim necessário ponderar a informação, a experiência, o ambiente, as expectativas sociais e culturais e os níveis de apoio, enquanto circunstâncias que contribuem para a capacidade de formar uma opinião livre e esclarecida.

Neste contexto, importa ainda sublinhar que a audição consiste num direito da criança, e não num dever. Assim, se se revelar que a audição pode ser prejudicial ao seu bem-estar, o interesse da criança deve prevalecer sempre e o juiz deve evitar que esta testemunhe. Ademais, constituindo tal direito uma oportunidade, a criança tem ainda a possibilidade de recusar tal audição. A sua vontade e opinião terão sempre como limite, máximo e intransponível, o seu superior interesse (expressamente previsto no artigo 35.º, n.º 3 do RGPTC¹¹).

É de notar que, no contexto de um processo de regulação das responsabilidades parentais, há sempre mágoas e desilusões inerentes, pelo que as crianças, quando envolvidas no processo judicial, devem ser protegidas contra uma ‘segunda vitimação’. Ou seja, o processo em questão não deve configurar um sofrimento acrescido ao sofrimento que decorre da própria situação em causa (‘vitimação primária’) (FERREIRA, 2013, p. 263 e 264). Assim, ambientes

¹¹ “A criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, nos termos previstos na alínea c) do artigo 4.º e no artigo 5.º, **salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.**”

intimidatórios, espaços muito formais, ou até a necessidade de a criança se repetir (revivendo desta forma momentos que possivelmente lhe causaram sofrimento) devem ser evitados. Por conseguinte, surgem uma série de cuidados a tomar aquando da audição, entre eles: não utilização de trajo profissional; providenciar um espaço físico favorável ao atendimento e às diversas “entrevistas” a realizar no processo; recurso a perguntas adaptadas a cada criança; promover a interdisciplinaridade e formação adequada dos profissionais intervenientes; proceder à preparação prévia da criança para o encontro com o magistrado. Por outro lado, este sofrimento acrescido pode também advir do facto de a criança sentir que está a “escolher” um progenitor em detrimento do outro, situação que deve ser terminantemente evitada¹².

Todas as precauções enunciadas estão em direta ligação com o paradigma abordado no início do capítulo – “*child-friendly justice*”. A audição da criança deverá ser sempre ‘amiga’ da mesma, i.e., transparente, informativa, fundamentada, descritiva, direcionada, voluntária, respeitosa, inclusiva, confiante, assente em formação adequada, segura, atenta aos riscos resultantes da participação, e sempre tendo em conta as circunstâncias pessoais da criança e a sua idade.

É com estes parâmetros que deve ser exercido o direito à audição da criança nos processos de regulação das responsabilidades parentais. Não obstante, e reforçando, se a audição se revelar prejudicial para a criança, o superior interesse da mesma deve prevalecer, devendo o juiz optar por não ouvir a criança.

¹² Questão aclarada *infra*.

2.3.1. Da valoração da opinião da criança/jovem

Aqui chegados, impõe-se, imperativamente, a resposta negativa à seguinte questão, em sede de regulação das responsabilidades parentais: a criança pode decidir com quem fica?

O Comité dos Direitos da Criança das Nações Unidas, no seu Comentário Geral n.º 12¹³ veio considerar que “as opiniões das crianças podem acrescentar perspetivas e experiências importantes e, por isso, devem ser consideradas nas tomadas de decisões”. Ademais, deve inclusive a criança ser avisada, da forma como a sua opinião foi ou poderá ser considerada no contexto decisório global, permitindo, desta forma, que a mesma se consciencialize de que as suas opiniões não são apenas ouvidas, mas também tidas em consideração (Manual da Audição da Criança – Direito a ser ouvida, 2017, p. 13).

Ademais, considerar a opinião da criança significa que não basta permitir-lhe que exprima a sua opinião, mas importa ainda levá-la a sério. Contudo, naturalmente esse direito não investirá a criança no poder de controlar as decisões que a afetam, sendo que a sua opinião não determina necessariamente o sentido da decisão. Ou seja, considerar a opinião da criança não significa “fazer-lhe a vontade” ou transferir para esta a responsabilidade da decisão. Esta decisão é do julgador, pelo que competirá a este apurar o relacionamento da criança com cada um dos progenitores e a importância de cada um deles na sua vida.

Por conseguinte, uma vez exprimida de forma livre a opinião da criança, a decisão do julgador deixa de se basear num só critério, o do adulto, para tomar em conta, também, a perspetiva da criança. Só ouvindo a criança e percecionando o seu ponto de vista, o magistrado terá ao seu dispor informações únicas e, de certa forma, privilegiadas, porque vividas e experienciadas pela mesma.

Neste sentido, deve ser explicado à criança que o direito a ser ouvida e a ter em conta os seus pontos de vista não condicionará, necessariamente, a decisão

¹³ Disponível em <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>.

final, visto que o peso que é dado à sua opinião varia de acordo com vários fatores, designadamente, o desenvolvimento das suas capacidades naturais, manifestado através da sua idade e maturidade¹⁴ (RIBEIRO, 2015, p. 112).

¹⁴ Para além de que, naturalmente, nesta sede há outros fatores que o julgador terá de ponderar.

3. DA REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS

3.1. Conteúdos e concetualização

Durante o casamento ou união vigoram certas regras que são estabelecidas de forma espontânea pelos membros da família. Porém, após as ruturas conjugais, há famílias que não conseguem manter a autorregulação da constância do casamento ou união e apresentam uma conflitualidade elevada, onde prima a falta de diálogo e de consenso quanto aos variados assuntos. É neste contexto que surge a necessidade de regulação das responsabilidades parentais, com o objetivo de apaziguar a conflitualidade entre ex-cônjuges e criar soluções apazíveis para os progenitores que, concomitantemente, promovam a continuidade da relação da criança com ambos os pais (SOTTOMAYOR, 2014, p. 66 e 67).

Assim, mediante acordo (preferencialmente) ou por decisão do juiz, após uma rutura, e quando existem filhos menores, é regulado o exercício das responsabilidades parentais quanto a três questões essenciais: a residência; o regime de visitas quanto ao progenitor não residente; e a obrigação de alimentos a pagar pelo mesmo.

O regime do exercício das responsabilidades parentais quanto à pessoa dos filhos vem contemplado, em geral, nos artigos 1885.º a 1887.º e, especificamente quanto às responsabilidades parentais, nos artigos 1901.º e seguintes do Código Civil. Em casos de rutura da convivência dos progenitores, situação sobre a qual nos estamos a debruçar, encontramos suporte legal nos artigos 1905.º a 1908.º do mesmo diploma.

Enquadrando, as responsabilidades parentais são um direito, um direito familiar pessoal. Sendo um direito familiar pessoal, não serão um direito subjetivo propriamente dito, pelo que a natureza jurídica das responsabilidades parentais remete para um poder funcional, destinado a promover o desenvolvimento,

educação e proteção dos filhos, bem como a realização das suas necessidades emocionais, materiais, físicas e intelectuais. Assim é, porque os titulares deste direito têm de exercê-lo de um certo modo, do modo que é exigido pela sua função. Sendo um poder funcional, i.e., um poder-dever, as responsabilidades parentais são irrenunciáveis, intransponíveis e o seu exercício é controlado legalmente (COELHO & OLIVEIRA, 2016, p. 179 e 180). Para sedimentar o explanado, o legislador estabeleceu esta irrenunciabilidade das responsabilidades parentais no artigo 1882.º do Código Civil.

As responsabilidades parentais são, assim, um “conjunto de direitos/deveres que cabem a cada um dos progenitores, e que deverão ser exercidas por ambos quer estes coabitem quer não, quanto a todos os aspetos de particular importância na vida dos filhos, até à maioridade ou emancipação destes, e exercidos por aquele com quem os filhos estão quanto aos assuntos da vida corrente” (CABRITA, 2015, p. 15). Estes direitos são, por sua vez, direitos relativos a outras pessoas que não os seus titulares, em regra os progenitores. São direitos em que aqueles são investidos, independentemente da sua vontade, por mero efeito da filiação. Quanto aos deveres, podemos decompô-los em três grupos diferentes: as responsabilidades pessoais – que abrangem os deveres de respeito, guarda, segurança, educação, correção e saúde; as responsabilidades patrimoniais – onde se inserem o direito a alimentos e a administração de bens; e a responsabilidade de representação – que diz respeito ao dever de representação dos filhos menores pelos pais, em substituição daqueles, na realização de atos, designadamente no plano patrimonial e jurídico, em relação aos quais os primeiros não têm capacidade de agir (CARVALHO, 2011, p. 30).

Continuando a concetualização, é notória tanto na doutrina como na jurisprudência, alguma confusão na definição das modalidades/regimes de ‘guarda’. Antes de mais, cabe esclarecer que a ‘guarda’, embora se interpenetre, não é análoga às responsabilidades parentais, correspondendo assim à ‘residência’, i.e., com quem os filhos vivem. A título de definição, podemos adiantar a teoria exposta por JOAQUIM MANUEL DA SILVA:

- Guarda única ou exclusiva: residência exclusiva junto de um dos progenitores com exercício exclusivo das responsabilidades parentais, tendo o progenitor não residente, ou não, o dever/direito de estar com os filhos, por períodos em regra curtos e coincidentes com fins de semana e férias;
- Guarda conjunta: residência exclusiva junto de um dos progenitores e com um regime de visitas estabelecido (o mais comum), mas com exercício conjunto das responsabilidades parentais, de forma simultânea;
- Guarda alternada: residência alternada com exercício exclusivo das responsabilidades parentais nos respetivos períodos de residência com cada um dos pais, i.e., a guarda é exercida por ambos os progenitores, mas de forma alternada. Esta modalidade obedece a uma regra pré-estabelecida;
- Guarda compartilhada: residência alternada com exercício conjunto das responsabilidades parentais, de forma simultânea (SILVA J. M., 2016, p. 45).

Os dois últimos conceitos aclarados são ambos possíveis regimes de residência alternada, com distribuição de tempos entre as casas dos progenitores, com consistência e regularidade (diária, semanal, quinzenal, mensal, etc.). Ou seja, o regime de residência alternada pode abarcar duas modalidades de exercício das responsabilidades parentais – exclusivo ou conjunto.

A par destes modelos, surge ainda um terceiro, em que o exercício conjunto das responsabilidades parentais pode ocorrer – *Bird's Nest Arrangement* ou “fazer ninho”. Esta modalidade consiste em os pais trocarem de residência e os filhos permanecerem na mesma, a casa de morada de família. Desta forma, os filhos mantêm-se a viver no mesmo local da constância do casamento ou união, sendo os pais que se deslocam alternadamente para esse espaço. Esta modalidade foi adotada por algumas famílias norte-americanas, porém a sua execução é muito parca, tendendo a aplicar-se apenas durante uma fase inicial e transitória, não

sendo muito exequível, naturalmente, nos casos de segundo casamento ou união de facto de um ou de ambos os pais. (SOTTOMAYOR, 2014, p. 71).

3.1.1. Da Residência Alternada

A emergência da residência alternada, bem como a sua evolução, remonta, necessariamente, às complexas relações sociais advindas do desenvolvimento e modernidade alcançados nas últimas décadas. É, assim, expressão das mutações ocorridas, e ainda em curso, a nível da igualdade de género e das práticas conjugais, bem como das transformações culturais, sociais, económicas e políticas que com as primeiras se interpenetram.

A introdução, nos diplomas legais portugueses, de normas alusivas à parentalidade partilhada, iniciou-se em 1995, com a Lei n.º 84/95 de 31 de agosto, dando-se assim a possibilidade aos progenitores de exercerem o “*poder paternal conjunto*”, num quadro em que o regime-regra era o “*poder paternal único*”, tendencialmente materno, associado, naturalmente, à residência da criança. Este progresso culminou na Lei n.º 61/2008 de 31 de outubro, ao estabelecer como regime-regra o exercício conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância para o interesse da criança. Com esta reforma, institui-se como princípio a partilha das responsabilidades parentais, mas não ainda, explicitamente, a possibilidade de a criança residir alternadamente com os dois progenitores¹⁵.

O regime da residência alternada, após dissolução conjugal, pressupõe a partilha entre a mãe e o pai, de 33% a 50%, do tempo de residência e do envolvimento continuado nos cuidados e educação dos filhos. Com efeito, cada vez mais esta partilha faz sentido, remetendo-nos mais uma vez à evolução social das últimas décadas. A crescente e sólida dedicação das mulheres ao aumento dos

¹⁵ Trataremos as transformações alcançadas com esta reforma legislativa com mais afinco *infra*.

seus níveis de escolaridade e o trabalho das mesmas a tempo inteiro, modificou necessariamente a organização da vida familiar em Portugal. Hoje em dia, a maioria dos casais portugueses trabalham ambos a tempo inteiro, sendo os dois membros economicamente ativos. É neste contexto que, cada vez mais, se convocam os homens para práticas e papéis que outrora estariam, em exclusivo, reservados às mulheres, designadamente, o cuidado dos filhos e as tarefas domésticas (MARINHO, 2017, pp. 13-25).

Desta forma, a residência alternada prima por ser um modalidade singular de coparentalidade, caracterizando-se pela possibilidade de cada um dos progenitores ter os filhos a residir consigo, alternadamente, segundo um ritmo temporal que pode ser de um ano escolar ou civil, um semestre, um trimestre, um mês, uma quinzena¹⁶, uma semana, uma parte da semana, de forma diária ('dia sim, dia não') ou com outra periodicidade considerada adequada. Durante esse período de tempo, um dos progenitores exerce, de forma exclusiva (ou não) os cuidados que integram o exercício das responsabilidades parentais. Finalizado esse período, os papéis invertem-se e a criança vai para casa do outro progenitor.

“Em suma, a residência alternada consiste numa divisão rotativa e tendencialmente simétrica dos tempos da criança com os progenitores por forma a possibilitar a produção de um quotidiano familiar e social com o filho durante os períodos em que se encontra com cada um deles” (FIALHO, 2014, p. 269).

3.2. Da Lei n.º 61/2008

A 31 de Outubro de 2008 foi publicada a Lei n.º 61/2008, que introduziu pertinentes alterações no nosso ordenamento jurídico quanto ao regime do divórcio e das responsabilidades parentais. Estas modificações foram relativas às crianças

¹⁶ É de notar que se tem por conveniente que em períodos mais longos de residência (igual ou superior a 15 dias), se fixem convívios com o outro progenitor e que, na altura de férias escolares da criança, se fixe também um período de férias com cada um dos progenitores.

e aos progenitores, designadamente quanto aos conceitos, noções e terminologia adotados.

As alterações efetuadas nestes regimes ocorreram, fundamentalmente, porque a sociedade portuguesa já vinha demonstrando a necessidade de ver esplanadas na lei as conquistas da “guerra social” que se travava há cerca de trinta anos (GERSÃO, 2010, p. 223 e 224). Reportando-nos ao primeiro capítulo deste trabalho, se pensarmos nas transformações sociais que ocorreram nas últimas décadas – designadamente, a entrada das mulheres no mundo do trabalho e o respetivo afastamento dos homens do papel de único sustento económico da família, a luta pela igualdade parental e a cultura da criança enquanto sujeito de direitos em desenvolvimento, em detrimento da ideia da criança como propriedade dos progenitores – facilmente se conclui que a sociedade portuguesa tinha o sustentáculo necessário para uma reforma legislativa neste sentido (GERSÃO, 2010, p. 232).

Duas das alterações, e as mais relacionadas com o assunto que nesta sede se trata, consistiram na substituição da expressão “poder paternal” por “responsabilidades parentais”, e “guarda” por “residência habitual” (PEREIRA, 2015, p. 3).

3.2.1. Entre o Poder Paternal e as Responsabilidades Parentais

O artigo 3.º da Lei n.º 61/2008, substituiu a designação de “poder paternal” por “responsabilidades parentais”. O fenómeno da personalização do estatuto dos filhos levou os legisladores a “temperar”, ao longo do tempo, as fórmulas tradicionais que se referiam ao poder paternal. Assim, tornava-se evidente a consideração dos menores de 18 anos como sujeitos de direitos, bem como a responsabilidade dos progenitores relativamente ao cuidado das crianças (XAVIER, 2010, p. 64).

Desta forma, a designação foi alterada porque, para além de o adjetivo “paternal” colocar a mãe em plano secundário, o substantivo “poder” exprimia uma relação demasiado hierárquica e autoritária para o tipo de comportamentos que se esperam das relações entre pais e filhos, visto que a tendência é a de abandonar as relações verticais dentro do seio familiar. É de salientar também que, onde antes se vislumbrava o dever de obediência dos filhos, hoje evidencia-se o dever de respeito mútuo, bem como o dever dos pais respeitarem a autonomia dos filhos (OLIVEIRA, 2001, p. 343 e 344).

As alterações em análise terão sido, principalmente, motivadas pela Recomendação n.º R (84) 4 sobre as Responsabilidades Parentais, aprovada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, a 28 de fevereiro de 1984, bem como pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Na Recomendação Europeia o conceito de “Responsabilidades Parentais” aparece como o “conjunto dos poderes-deveres destinados a assegurar o bem-estar moral e material do filho, designadamente tomando conta da sua pessoa, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e administração dos seus bens”. Raciocínio análogo resulta da Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança, ao referir-se e utilizar a expressão “Responsabilidades Parentais”.

Daqui se percebe que os progenitores estão investidos nos poderes-deveres que a lei determina, sendo o seu exercício uma responsabilidade e já não um direito ou um “poder” conferido àqueles no seu próprio interesse. O foco ficou assim direcionado exclusivamente para o desenvolvimento da personalidade da criança e para o seu bem-estar material e moral e, já não para o adulto que sobre ela detinha o poder. Esta ideia remete necessariamente para a nova conceção da criança como um sujeito de direitos em evolução e com progressiva autonomia (PEREIRA, 2015, p. 3).

Agora examinemos, em concreto, as profundas alterações feitas ao artigo 1906.º do Código Civil, que diz respeito ao exercício das responsabilidades

parentais em caso de divórcio, separação, nulidade ou anulação do casamento (XAVIER, 2010, p. 65):

- Imposição do exercício conjunto das responsabilidades parentais em relação às “questões de particular importância para a vida do filho”, “salvo nos casos de urgência manifesta” (n.º 1), a não ser que o Tribunal decida, fundamentadamente, que tal é contrário ao superior interesse da criança (n.º 2);
- Distinção quanto às “questões de particular importância” (n.º 1 e 2) e decisões relativas a atos da vida corrente da criança¹⁷ (n.º 3);
- Definição das “orientações educativas mais relevantes” pelo progenitor com o qual a criança resida habitualmente (n.º 3);
- Quanto à determinação da residência da criança e aos direitos de visita do progenitor não residente (n.º 5), foi reforçada a responsabilidade decisória do Tribunal, não sendo, assim, o acordo dos pais, imprescindível;
- Imposição do dever de prestar informações ao outro progenitor por aquele que exerce as responsabilidades parentais, ou que atue sozinho, por qualquer motivo (n.º 1 e 6);
- Reforço dos critérios decisórios pelos quais se deve reger o Tribunal: superior interesse da criança; conservação de uma relação de proximidade com ambos os pais; e preferência por responsabilidades partilhadas (n.º 7).

A ideia que está por detrás destes novos preceitos será, sem dúvida, a de que, no interesse da criança, ambos os progenitores devem manter-se envolvidos e relacionados com o seu desenvolvimento, de forma a não esmorecer o relacionamento entre os progenitores e os filhos, posteriormente a uma separação conjugal.

¹⁷ Quanto a estes, o exercício das responsabilidades parentais é atribuído também a ambos os progenitores, mas de forma “singular e exclusiva”. Ou seja, quanto às “questões banais” do dia a dia, pode intervir um só progenitor, sem pedir o consentimento ao outro. Nestas situações nem sequer se presume o consentimento do outro, pelo que aquele não poderá depois impugnar o resultado da presunção (OLIVEIRA, 2017, p. 153).

Assim, esta lei distribuiu a totalidade do exercício pleno das responsabilidades parentais pelos dois progenitores, independentemente do regime de “guarda física” do filho (OLIVEIRA, 2017, p. 153). Com esta reforma, sedimentou-se uma situação que há muito se queria evitada: crianças “órfãos de pais vivos”. O objetivo seria evitar que os pais, em particular, fossem remetidos, tão-só, à posição de meros “visitantes” e, conseqüentemente, fomentar a integração paterna, pós-separação, na vida normal dos seus filhos, de forma a que, com eles, estes estabelecessem ligações e relações de proximidade e qualidade (GERSÃO, 2010, p. 228 e 229).

Esta partilha de responsabilidades, tem subjacente uma continuidade do registo de consensualidade que, na maioria dos casos, já existiria na constância do casamento, quanto ao projeto de vida dos filhos. É de salientar ainda que, ao princípio do exercício conjunto das responsabilidades foi atribuído carácter de “interesse público” (XAVIER, 2010, p. 66).

As transformações de 2008 inscrevem-se numa linha que desvaloriza o vínculo matrimonial no Direito da Filiação, aceitando que o divórcio possa ser benéfico para a criança, por a separação conferir aos pais a esperança de serem ou voltarem a ser felizes. Esta conceção tenta, desta forma, desdramatizar a rutura conjugal, afirmando que a dissolução do casamento não muda em nada a matéria de exercício das responsabilidades parentais.

Esta lei foi inspirada nos Princípios de Direito da Família Europeus, assinalando assim o triunfo da Comissão de Direito da Família Europeu¹⁸ (PINHEIRO, 2011, pp. 483-485).

¹⁸ Cfr. Princípio 3:10 dos “*Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*”: “*Parental responsibilities should neither be affected by the dissolution or annulment of the marriage or other formal relationship nor by the legal or factual separation between the Parents*”. Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/GuiaDivorcioRespParent/anexos/anexo37.pdf>.

3.2.2. Entre a Guarda e a Residência

Cumpra ainda nesta sede destacar a alteração feita pela Lei n.º 61/2008, a nível concetual, relativamente à expressão “guarda”, prevista na anterior redação do artigo 1905.º, n.º 2 do Código Civil, e a sua substituição pela noção de “residência” utilizada no artigo 1906.º. Estranhamente, esta alteração não foi acompanhada no artigo 1907.º, preceito que se refere à confiança dos cuidados da criança a terceiras pessoas.

Acreditamos que esta substituição foi levada a cabo para demonstrar que efetivamente teria havido uma alteração relativamente ao sistema anterior da “guarda única”, utilizando assim um conceito mais “assético e vazio” (SOTTOMAYOR, 2016, p. 26). Todavia, esta mutação legislativa não terá sido tão ‘acarinhada’ quanto a explanada no ponto anterior. Os termos “residência” e “guarda” serão muito semelhantes a nível de significado, na medida em que a determinação da residência junto de um dos progenitores não prevê, exclusivamente, o mero estabelecimento do local e da pessoa com quem a criança viverá o seu dia-a-dia. Certamente, o termo residência englobará também o cuidado parental, i.e., a prestação dos cuidados básicos na vida corrente do filho, o exercício dos deveres de educação e de proteção da criança no seu quotidiano, entre outros. Desta forma, o progenitor residente acaba por assumir uma posição equivalente à do progenitor que tem a *guarda física*.

Fixar a residência da criança, significará fixar o seu regime de convivência com os progenitores. A presença da criança em casa de um progenitor não terá o alcance da “guarda” da reforma legislativa de 1977, não atribuindo àquele o exercício exclusivo das responsabilidades parentais, mas demonstrando, tão-só, qual dos progenitores está no seu período de tomar as decisões singulares e exclusivas sobre os atos da vida corrente dos filhos.

É de salientar ainda que, mesmo na prática judiciária e em contextos académicos, o termo “guarda” continua a ser comumente utilizado, sem daí advir qualquer sentido menos positivo. Deve-se, contudo, tomar a precaução de utilizar

o termo apenas com o sentido de “guarda física”, que tanto pode ser uma “guarda habitual”, quando se trata do progenitor que reside com a criança habitualmente, como uma “guarda temporária”, quando se trata do progenitor que exerça direitos de visita (OLIVEIRA, 2017, p. 154).

Com isto queremos dizer que, ao contrário da expressão “poder paternal”, a expressão “guarda” não transmitirá qualquer significado de posse ou hierarquia sobre os filhos, pelo que a substituição em causa perdeu, de certa forma, o seu efeito útil, visto que o significado prático da “determinação da guarda” será idêntico ao da “fixação da residência” (LEAL, 2014, p. 373).

Contudo, da mesma forma não pensa a psicóloga ISOLINA RICCI, que afirma que a palavra “guarda é muitas vezes assustadora, principalmente se quem a ouve são crianças, confusas e magoadas com a separação dos pais”. Mas o “susto” não terá as mesmas proporções se a palavra usada for “residência”? O que assusta as crianças, na verdade, é a separação dos pais e não tanto a nomenclatura utilizada para regular a sua vida daí em diante. A autora entende que muitas vezes se confunde “guarda” com “propriedade”, havendo quem entenda que todas as decisões cabem ao progenitor ‘guardião’, enquanto o outro terá direito de visitas, cuja realização de forma positiva ficará dependente do primeiro (RICCI, 2004, p. 232). Acreditamos, destarte, que a palavra “guarda”, a causar quesitos, os causará aos pais e não tanto aos filhos.

Posto isto, e atendendo ao explanado *supra*, consideramos mais esclarecedora a utilização das expressões “residência” e “exercício das responsabilidades parentais”, pelo que será esta a terminologia preferencialmente utilizada nos seguintes capítulos deste trabalho.

3.3. A Residência Alternada: com exercício exclusivo ou conjunto das responsabilidades parentais

3.3.1. A importância da fixação da residência

Todas as mutações sociais que se manifestaram ao longo das últimas décadas caminharam no sentido de autorresponsabilizar o progenitor-pai nas tarefas domésticas e familiares. Como vimos *supra*, hoje em dia, na maioria dos casais, ambos os membros são economicamente ativos e até independentes, financeiramente, um do outro. O papel da mãe como cuidadora e educadora, em exclusividade, dos filhos foi posto de lado, dando lugar a uma igual dedicação de ambos os pais na execução das tarefas de casa e das relacionadas com as crianças.

Nos dias que correm, raramente as mães abdicam da sua atividade e carreira profissional para cuidar dos filhos, recorrendo sim à entreeajuda no seio conjugal ou até ao auxílio da família alargada (avós, tios, padrinhos, entre outros) e amigos. Desta forma, denota-se, necessariamente, uma maior aproximação do progenitor-pai aos filhos, ao invés do que acontecia outrora. É neste contexto que surge a problemática da fixação da residência após uma rutura conjugal.

Logo a seguir à questão da pensão de alimentos, nos Tribunais, a fixação da residência, é o assunto que mais levanta quezílias no decorrer dos processos de regulação das responsabilidades parentais. A determinação do progenitor a quem é atribuída a residência da criança pode ser feita mediante acordo dos pais ou, não tão desejadamente, por decisão judicial.

Facilmente se depreende a enorme relevância da fixação da residência da criança. Vejamos: o progenitor ao qual é atribuída, nos termos do artigo 1906.º, a residência habitual do menor, terá uma relação mais estreita com este; àquele ficarão atribuídas, segundo o mesmo preceito, as decisões quanto aos atos da vida corrente dos filhos; é o progenitor que reside habitualmente com a criança que define, em princípio, as orientações educativas mais relevantes desta. Será,

destarte, o progenitor residente que ficará incumbido também de todos os cuidados diários, entre os quais: alimentar, vestir, ir às consultas médicas, incutir sentido de disciplina e hábitos rotineiros. Situação diferente ocorrerá, naturalmente, se a criança residir alternadamente, por tempos iguais ou aproximadamente equiparados, com ambos os progenitores.

Assim, a residência é um meio indispensável para o exercício completo, por parte dos progenitores, do “direito e dever de educação e manutenção dos filhos”, expressamente previsto no artigo 36.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe – “Família, Casamento e Filiação”.

Ademais, cabe ainda abordar a necessidade de a criança ter um “lugar físico”. Um dos argumentos mais comumente lançados contra a fixação de regimes que prevejam residências alternadas, é o facto de a criança necessitar de ter um ‘lugar’, pelo que se considera que se esta viver alternadamente em duas casas, sentirá que não pertence a lugar nenhum. Não concordamos necessariamente com esta posição.

Claro que cada criança é uma criança, e cada família é uma família, e se há jurisdição onde não cabem generalizações é naquela sobre a qual versa este trabalho.

Todavia, quanto a esta temática, acompanhamos a posição de JOAQUIM MANUEL DA SILVA. O autor considera que a convicção explicitada acima, resulta de uma incorreta deslocação da importância que é dada ao ‘lugar’ pelos adultos, para a realidade das crianças. Esta questão colocar-se-á, a nosso ver, de maneira diferente tendo em conta a idade da criança em questão. Crianças mais novas não têm a autonomia e a confiança que lhes possibilitam viver em segurança consigo próprias. Com isto queremos dizer que as crianças necessitam das relações que as vinculam aos seus cuidadores, com o objetivo de progredirem num processo de autonomização. São os vinculadores principais que transmitem a segurança necessária aos menores, pelo que o ‘lugar’ destes é junto àqueles, independentemente do(s) lugar(es) físico(s) que isso implique.

O autor acrescenta ainda que, ao reduzir drasticamente os contactos da criança com um dos progenitores, com o qual esta tem uma relação vinculada, o que se faz é “tirar-lhe o lugar”, visto que se enfraquecerão as relações de vinculação que lhe conferem confiança (SILVA J. M., 2016, p. 123).

3.3.2. A admissão legal do regime de Residência Alternada

Na verdade, a lei portuguesa não utiliza expressão “residência alternada”, nem dedica nenhum dos seus preceitos a esta forma de organização da rotina das crianças, após as ruturas conjugais.

No âmbito do processo legislativo que deu origem à Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, o Grupo Parlamentar do Partido Socialista, apresentou o Projeto de Lei n.º 475/VI¹⁹ que conjeturava o aditamento de um n.º 1 no artigo 1905.º-B do Código Civil. O objetivo seria o de a norma consagrar que, nas situações de exercício conjunto das responsabilidades parentais, “*a residência do filho [poderia] ser a de um dos pais, ou alternadamente, a de ambos*”. Porém, esta introdução não foi aprovada outrora e o legislador também não consagrou esta hipótese em momento posterior, quer na reforma legislativa da Lei n.º 59/99, de 30 de junho, quer, como já vimos, na alteração legislativa introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro (FIALHO, 2014, p. 269).

Embora a Lei n.º 61/2008 se refira explicitamente ao modelo tradicional, em que a criança vive habitualmente com um progenitor e o outro exerce direitos de visita (artigo 1906.º, n.º 3 e 5), consideramos que o texto legal apresenta uma certa flexibilidade. Perante a enorme variedade de situações familiares que chegam todos os dias aos Tribunais, é necessário que a lei admita soluções finais à medida do caso concreto.

¹⁹ Publicado no Diário da Assembleia da República, II.ª série-A, n.º 11, pp. 124-126.

Olhemos o n.º 7 do artigo 1906.º:

7 - “O tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor, incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores, **promovendo e aceitando acordos ou tomando decisões que favoreçam amplas oportunidades de contacto com ambos e de partilha de responsabilidades entre eles**²⁰.”

Atendendo ao teor da norma, consideramos que o Tribunal poderá homologar ou decidir um regime que preveja tempos de convivência reduzidos com um dos progenitores ou, pelo contrário, poderá chegar a soluções que, alargando os direitos de visita, prevejam uma repartição dos tempos de convivência entre ambos os pais. Ou seja, apesar de face às circunstâncias do caso e atendendo, sempre, ao superior interesse da criança, o decisor poder ter de se ver obrigado a reduzir os contactos com um dos progenitores, o Tribunal deve promover e aceitar os acordos que privilegiam amplos contactos entre as crianças, a mãe e o pai.

Contudo, temos de atender também aos n.ºs 3 e 5 do mesmo artigo:

3 - “O exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho cabe ao progenitor com quem ele **reside habitualmente**, ou ao progenitor **com quem ele se encontra temporariamente**; porém, este último, ao exercer as suas responsabilidades, não deve contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem o filho **reside habitualmente**²¹.”

²⁰ Negrito nosso.

²¹ Negrito nosso.

5 - “O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita²² de acordo com o interesse deste, tendo em atenção todas as circunstâncias relevantes, designadamente o eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais do filho com o outro.”

O texto da lei refere a fixação de uma residência habitual junto de um progenitor e prevê os direitos de visita do outro (encontros temporários com, ou sem, pernoita). Todavia, acreditamos que nada obsta a que estes direitos sejam de tal forma ampliados, ao ponto de se fixar um verdadeiro regime de residência alternada. De facto, consideramos que o conceito de “residência” abordado nestes preceitos, se aproxima do conceito legal de “domicílio”, previsto no artigo 85.º do Código Civil²³. Por conseguinte, os normativos em causa não serão um impedimento à fixação de um regime, na prática, de residência alternada, visto que apenas se denota a necessidade de ser fixada uma residência legal à criança para efeitos fiscais, escolares, de atribuição de benefícios sociais, entre outros. Conjugando esta norma com as alterações ao regime das responsabilidades, designadamente quanto à preferência no favorecimento dos contactos com ambos os progenitores, parece, de facto, estar implícita, a possibilidade de a criança ter mais do que uma residência, nomeadamente nos regimes de residência alternada (SILVA J. M., 2016, p. 52).

Por um lado, como qualquer pessoa, nada impede que a criança “[resida alternadamente] em diversos lugares, [tendo-se] por domiciliada em qualquer deles”²⁴, por outro lado, atentando ao teor do n.º 1 do artigo 85.º, se a criança “tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver”, nada obsta também a que, sendo a residência daquela alternada nas duas casas dos seus progenitores, o menor se tenha por domiciliado nestes dois lugares (OLIVEIRA, 2017, p. 160).

²² Negrinho nosso.

²³ “1. O menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver.”

²⁴ Vide artigo 82.º do Código Civil.

A corroborar estes argumentos, há que ter em consideração que estamos perante um processo de jurisdição voluntária, pelo que o Tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, mas a critérios de conveniência e de oportunidade, devendo sim, adotar a solução mais favorável ao caso, tal como está previsto no artigo 987.º do Código de Processo Civil (LEAL, 2014, p. 374). Com isto queremos dizer que, se o superior interesse da criança assim o impuser, os magistrados devem aceitar o acordo que preveja um regime de residência alternada, mesmo que se considere que este não tem consagração expressa na lei.

Percebemos que o sistema de 2008 primou por honrar a realidade da época ao conjecturar, de forma expressa, o hábito de “entregar a criança à guarda habitual de um dos progenitores, atribuindo direito de visita ao outro”. Porém, a reforma deu também espaço “ao caminho da partilha da convivência”, deixando brechas que permitem aos Tribunais aceitar acordos neste sentido ou promover, inclusive, regimes de residência alternada. Seria até contraproducente que a lei que pretendeu evoluir no sentido da parentalidade conjunta, impedisse acordos de residência alternada que os magistrados entendessem homologar (OLIVEIRA, 2017, p. 158 e 159).

Ademais, salvo melhor opinião e reforçando a nossa linha de pensamento, em nenhum preceito a lei afirma expressa e indubitavelmente qual o regime eleito. O n.º 5 da norma em estudo refere-se à fixação da residência (no singular) e não à fixação de “uma residência”, não afirmando, destarte, que apenas será possível estabelecer uma residência exclusiva (RODRIGUES, 2011, p. 104). Aliás, em tese, nada impede que a residência alternada seja fixada por imposição judicial, embora não consideremos que seja a opção mais viável e exequível.

Neste ponto importa ainda tratar de uma questão controversa. *Será que um regime de residência alternada, com exercício exclusivo das responsabilidades parentais, ou seja, uma “guarda alternada”²⁵, se compadece com as intenções da Lei n.º 61/2008?*

²⁵ Na lógica das definições enunciadas *supra* por JOAQUIM MANUEL DA SILVA.

PAMPLONA CORTE REAL (CORTE-REAL & PEREIRA, 2011, p. 26 e 27) e DUARTE PINHEIRO (PINHEIRO, 2013, p. 307 e 314), defenderam a implementação deste sistema como regime-regra, denominando-o de “exercício unilateral alternado, com repartição paritária do tempo de exercício entre cada um dos progenitores”. DUARTE PINHEIRO enuncia o respeito pelo princípio constitucional da igualdade dos progenitores (consagrado no artigo 36.º, n.º 5 da CRP) e o facto de ser criada uma autêntica cultura de partilha de responsabilidades, como vantagens deste regime. Os autores, contrariamente à nossa opinião, consideram que a solução apresentada no artigo 1906.º, n.º 1, ao exigir a participação dos dois progenitores nas questões de particular importância da vida da criança, só excepcionalmente poderá ser exequível, visto que será geradora de mais conflitualidade. Ademais, consideram que a hipótese que garante os interesses de todos é, assim, o regime da residência alternada com exercício integral, por cada um dos pais, das responsabilidades parentais, aquando da permanência dos filhos em sua casa.

Este regime conduz à dispensabilidade da coparentalidade e da existência do “casal parental”, ideias base da reforma legislativa de 2008. No nosso entender, e na linha de pensamento de GUILHERME DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, 2017, p. 160 e 161) e CLARA SOTTOMAYOR (SOTTOMAYOR, 2016, p. 307 e 308), esta hipótese aumenta os riscos de conflito e de as decisões de um dos pais frustrarem, e até anularem, as decisões do outro. A residência alternada com exercício exclusivo das responsabilidades parentais amplia, assim, a instabilidade e insegurança na vida das crianças e contraria, indubitavelmente, a imposição legal de exercício conjunto das responsabilidades parentais nas “questões de particular importância” (artigo 1906.º, n.º 1 do Código Civil), sendo, por sua vez, ilegal.

Porém, CLARA SOTTOMAYOR vai mais longe. Considera que, embora não seja proibida por lei, o exercício conjunto das responsabilidades parentais não pretende promover a residência alternada. A seu ver, a partilha da parentalidade, implica e intenciona, tão-só, “igualizar os direitos e deveres dos pais” e não “dividir a criança entre a residência de ambos”.

Por fim, concluímos que, face ao exposto, a ser aceite, a lei acolherá o regime da residência alternada com o respetivo exercício conjunto e simultâneo das responsabilidades parentais, pelo menos quanto às questões de particular importância da vida da criança. Só esta hipótese, quando alinhada com o superior interesse do menor, irá ao encontro do preceituado no artigo 1906.º.

3.3.3. Critérios doutrinários, sociais e culturais para a atribuição da residência

Ao longo dos anos, a jurisprudência e a doutrina têm vindo a enunciar alguns critérios que orientam os decisores aquando da fixação da residência das crianças, após uma dissolução conjugal. Estes raciocínios foram criados com base em alicerces maioritariamente sociais e culturais, porém, e tendo em conta as mutações sociológicas das últimas décadas, consideramos que alguns destes critérios já não acompanham as necessidades da sociedade atual.

Neste contexto, esmiuçaremos e aferiremos da aplicabilidade do critério da figura primária de referência e da preferência maternal, em sede de fixação da residência das crianças, olharemos ainda à teoria da vinculação segura e balancearemos o critério da igualdade parental com o do superior interesse das crianças.

Vejamos,

A) A figura primária de referência e a preferência maternal como presunções judiciais na fixação da residência

“Na regulação das responsabilidades parentais há interferência de estereótipos no nosso pensamento quanto ao papel de pai e mãe no cuidar dos filhos?” (SILVA J. M., 2018, p. 51).

A nossa resposta será: infelizmente, ainda há, mas, felizmente, cada vez menos! A sociedade em que vivemos permanece bastante arreigada à ideia generalizada de que a mãe será, por razões biológicas e sociais, a melhor pessoa para cuidar de um filho. Acontece que nem sempre assim é, e quando é, muitas vezes num polo oposto, há um pai igualmente capaz e disposto a providenciar este cuidado. A progenitora é, comumente, vista como a figura de referência das crianças, pressupondo-se que o laço afetivo que as une à mãe é mais forte que aquele que as une ao pai. A preferência maternal, aquando da fixação da residência das crianças, após uma rutura da vida familiar, era, e para certas pessoas ainda é, como que um silogismo aristotélico.

A figura primária de referência, ou “*primary caretaker*”, foi definida numa decisão do Supremo Tribunal de West Virgínia, *Garska vs McCoy*, em 1981, no sentido de se traduzir em averiguar quem cuida de facto da criança, a fim de fixar a sua residência, após uma separação. Nesta decisão, este cuidado aparecia remetido, necessariamente, para a mãe, tendo em conta os fatores sociais e biológicos (SILVA J. M., 2018, p. 54).

CLARA SOTTOMAYOR, tem uma posição muito vincada acerca destas presunções judiciais, demonstrando que uma nasceu para substituir a outra, i.e., que foi criado o princípio da pessoa de referência em sub-rogação do critério da preferência maternal para cuidar das crianças de tenra idade (SOTTOMAYOR, 2014, p. 62). Esta nova presunção deixou, e bem, de assentar na mera condição de ser mãe, para passar a estar relacionada com o cuidado prestado à criança, pelo que seria com o progenitor que presta maioritariamente este cuidado que a criança ficaria a residir após a rutura familiar. Porém, este critério está longe de ser perfeito.

A autora considera que a pessoa de referência é aquela que cuida da criança no dia a dia, ou seja, que prepara e planeia as refeições; que trata da higiene; que compra, cuida e limpa o vestuário; que providencia pelos cuidados médicos básicos e transporta para o médico; que intervém nos planos de interação social da criança com os amigos; que planeia os cuidados alternativos, como *babysitting* ou

infantários; que deita a criança, atende às suas necessidades noturnas e a acorda de manhã; que a disciplina e lhe ensina as boas maneiras e cuidados pessoais; que ajuda no ensino das atividades complementares, como ler, escrever e contar; entre outras tarefas (SOTTOMAYOR, 2016, p. 59).

GUILHERME DE OLIVEIRA também esclareceu a sua opinião, que acompanhamos de perto, quanto a estes critérios controversos. Ora, vejamos:

- O autor considera que as rotinas e hábitos praticados na constância da união dos progenitores não terão, necessariamente, de determinar a realidade da criança após a separação dos pais. Pode, inclusivamente, o cuidado maioritariamente maternal ter sido acordado pelo casal por motivos profissionais ou outros e nada obsta a que, após a separação, o progenitor outrora mais ausente, pretenda reformular as suas rotinas de forma a fomentar as relações afetivas com a criança e encabeçar todas aquelas tarefas com dedicação²⁶.

- Por outro lado, o autor questiona se será razoável preferir um progenitor em relação ao outro, por o primeiro ser o “cuidador principal”, quando este impossibilita as relações e contactos da criança com o outro, i.e., quando a pessoa de referência para a criança apresente um comportamento contrário ao previsto na parte final do n.º 5 do artigo 1906.º.

- Nesta sede surge ainda outra questão extremamente relevante. E se quem satisfaz todas estas necessidades da criança for, não um progenitor, mas ambos, de forma igualitária e partilhada? E se os dois progenitores forem os “de referência”, mas em diferentes alturas da vida dos filhos?

- O autor também coloca, pertinentemente, a questão de a pessoa de referência para a criança, por qualquer motivo, não puder ou não quiser assumir a residência. Esta situação acontecerá a maioria das vezes por motivos profissionais, mas não necessariamente.

²⁶ No estágio que realizámos no Juízo de Família e Menores de Pombal, deparámo-nos com uma situação que ilustra perfeitamente esta questão. Um pai que, durante o casamento, sempre esteve muito afastado da rotina dos filhos, por se dedicar quase em exclusividade ao trabalho, relegando, na totalidade, todo o cuidado parental para a mãe, após o divórcio, procurou ajuda de um psicólogo para, nas suas palavras, “aprender a ser pai”. A evolução da postura deste indivíduo foi notável e, naturalmente, reconhecida pelos três filhos que se demonstraram orgulhosos pela dedicação do pai.

- Por fim, e remetendo para o ponto onde tratámos o tema da audição da criança nestes processos, e se, atendendo à vontade por si demonstrada, esta não quiser residir com a figura que o Tribunal definiu como o seu “cuidador principal” (OLIVEIRA, 2011, p. 5 e 6)?

Assim, embora se considere o critério da pessoa de referência como neutro, a sua aplicação depende muito do caso concreto, visto que nenhuma condição é inalterável, cada criança é uma criança e há inúmeras razões que podem levar os adultos a tomar determinadas opções. Quando o Tribunal intervém ou decide, num processo de regulação das responsabilidades parentais, designadamente quando fixa a residência da criança, o único critério que deve aplicar é o do superior interesse da criança, e esse, é tudo menos neutro, mas extremamente casuístico.

Por outro lado, consideramos não ser minimamente razoável, equiparar, como faz CLARA SOTTOMAYOR, o cuidado parental a um “sacrifício” ou “investimento”, que será ressarcido com a “devoção” da criança. As relações entre pais e filhos querem-se descomprometidas e sem cobranças recíprocas, não fazendo sentido, aos nossos olhos, estas igualações. Acreditamos que a tese da autora, quando considera que a atribuição da residência é uma “compensação pelo investimento feito no cuidado e na educação da criança” (SOTTOMAYOR, 2016, p. 60), será, salvo melhor opinião, dissentânea do poder/dever de cuidado parental constitucionalmente previsto.

Ainda sobre as presunções, entendemos que uma criança ou um jovem não terá apenas uma figura de referência, aliás, dificilmente isso acontecerá. Advém muitas vezes, inclusive, que a figura de referência, i.e., a pessoa com quem a criança tem mais ligação emocional e dependência, não corresponde àquela que por si faz todos os “sacrifícios” elencados, ou que a figura de referência seja outra que não os progenitores. Ademais, como vimos, em determinadas fases da vida, pode suceder que um dos progenitores se destaque em relação ao outro, não sendo este acontecimento suficiente para tornar um progenitor a referência para a criança, em prejuízo do outro (CABRITA, 2015, p. 108).

É de notar que, pese embora as transformações sociais no sentido da partilha das responsabilidades parentais se façam sentir consideravelmente, ainda persistem estereótipos de género a delimitar os papéis do pai e da mãe na família ocidental. Todavia, também não consideramos viável que os pais e mães aspirem ter papéis iguais na vida das crianças, porque cada progenitor tem uma relação exclusiva com os seus filhos, que não deve ser comparável, substituível nem dimensível. Daqui decorre a importância da presença dos dois na vida da criança, ainda que separados como casal, e a pertinência da fixação da residência das crianças com ambos os pais (CABRITA, 2015, p. 109).

B) A teoria da vinculação

A noção de vinculação corresponde, juridicamente, aos “vínculos afetivos próprios da filiação”, como estão previstos no artigo 1978.º, n.º 1. Em termos abstratos, a teoria da vinculação parte de um pressuposto biológico, i.e., da conjectura de que o ser humano tem uma necessidade inata para desenvolver relações afetivas, de forma profunda, com um ou mais cuidadores. Sendo as crianças seres humanos em construção, com especial vulnerabilidade, os laços afetivos criados com os seus progenitores visam exatamente o seu próprio desenvolvimento (SILVA J. M., 2016, p. 85 e 86).

Nas palavras de MADALENA ALARCÃO, “a construção de um modelo de vinculação segura exige mais do que apenas gostar de alguém; exige a presença de ligações emocionais duradouras e estáveis, a partir das quais o elemento vinculado possa criar conhecimento sobre si próprio, sobre a figura de vinculação, sobre outras relações e sobre o próprio mundo”. Assim, para se ser a figura de vinculação de uma criança, será necessário para além de “gostar-se do outro”, “estar-se disponível e ser-se responsivo”, o que é designado na teoria da vinculação como ‘base segura’ (ALARCÃO, 2014, p. 73 e 74). Só há vinculação com presença em quantidade e em qualidade, com cuidados e afetos.

A teoria da vinculação, ou “*attachment theory*”, foi estudada, de forma exímia, por JOHN BOWLBY (psicólogo e psicanalista inglês) e MARY AINSWORTH (psicóloga americana). Estes dois autores procuraram demonstrar a importância das vinculações existentes entre as crianças e os progenitores, em particular com a mãe, e as consequências dessas vinculações no desenvolvimento dos filhos.

Os psicólogos vêem os comportamentos afetuosos, que realçam na relação entre a mãe e a criança, como maneiras de alcançar a proximidade, de forma a conseguir a segurança desejada. Alcançam, assim, a figura materna como a base segura, de onde o bebé parte para explorar o mundo, mas onde regressa para encontrar o conforto quando se sente ameaçado. Consideram que há uma propensão natural para uma maior vinculação das crianças à mãe, pelo que qualquer interrupção desta vinculação pode causar danos psicológicos na criança (BREHERTON, 1992).

Porém, consideramos que esta vinculação pode e deve acontecer em relação a ambos os progenitores. Salvaguardando o período normal do aleitamento, em que a criança está necessariamente mais vinculada à figura materna, por força do cuidar, à medida que a criança cresce, vão-se estabelecendo vinculações seguras com ambos os progenitores (SILVA J. M., 2016, p. 61). A gestação e a amamentação não são, destarte, determinantes da futura vinculação. São, naturalmente, momentos importantes no processo, visto que a eles se aliam sentimentos relacionados com o conforto e o carinho, ou seja, que remetem para a ‘base segura’.

Contudo, acreditamos que será de extrema relevância as crianças terem duas ‘bases seguras’ que se complementem. Aliás, é um direito da criança que as relações de afeto e vinculação sejam profundas em relação a ambos os progenitores, tal como vem previsto no artigo 36.º, n.º 6 da CRP²⁷. Por conseguinte, devem os Tribunais criar circunstâncias que possibilitem o máximo número de

²⁷ “6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.”

contactos entre os filhos e ambos os pais, dando ao progenitor-pai certos apoios para que a criança possa manter, ou até desenvolver com ele uma vinculação segura.

Na psicologia mais contemporânea já não é, como outrora, cegamente aceite a tese de que as necessidades de vinculação segura das crianças exigem mais a presença da mãe que a do pai (SILVA J. M., 2016, p. 65).

CLARA SOTTOMAYOR, ao invés, considera que, pese embora a criança possa estabelecer uma vinculação precoce com o pai (ou até com outros cuidadores), haverá sempre uma hierarquia entre esta vinculação e a que existe em relação à mãe (SOTTOMAYOR, 2014, p. 167 e 168). Claro que, como já esclarecemos, os dois progenitores não são iguais no registo emocional e comportamental da criança, nem significam os dois o mesmo para esta, porém isto não implica que esta os veja de forma hierarquizada.

A criança só atingirá uma ‘base segura’ que garanta as necessidades do seu desenvolvimento se, na separação dos pais, estes conseguirem criar uma relação tripartida de qualidade, entre pai-filho, mãe-filho e mãe-pai (SILVA J. M., 2016, p. 136).

Com o crescimento, esta vinculação de que falamos, deixa de ser progressivamente tão acentuada, pois a criança vai ganhando autonomia e independência da sua ‘base segura’. Nos bebés, esta vinculação será quase que “umbilical”, visto que estes, pela sua imaturidade funcional, são extremamente dependentes dos adultos; já nos jovens, com a capacidade de autonomia progressivamente desenvolvida, denota-se menos. É por isto que se estabelecem três grandes estágios de desenvolvimento infantil – a infância (até aos 7 anos), a pré-adolescência (entre os 7 e os 14 anos) e a adolescência (entre os 14 e os 18 anos) – que têm, necessariamente, diferente tratamento tanto a nível afetivo como jurídico (MARTINS R. , 2008, p. 128).

Os efeitos da vinculação nestes estádios verificam-se também de maneira diferente: na infância as crianças são autênticas ‘esponjas’ dos vinculadores; na pré-adolescência começam a ganhar uma certa distância e autonomia, vendo os

progenitores como modelos comportamentais; já na adolescência, a autonomia que adquiriram incita-as à exploração de novas relações, transferindo a vinculação para terceiros, como amigos e namorados.

Gostaríamos ainda de reforçar que a vinculação só ganha forma através de relações de qualidade e quantidade, i.e., contactos e interações repetidas e prolongadas no tempo com os vinculadores. Abraços, beijos, conversas, cuidados e presenças com regularidade e proximidade, nos termos do artigo 1906.º, são indispensáveis para não haver quebra das vinculações principais e a consequente insegurança sentida pelas crianças. Práticas parentais coercivas, desprovidas de afetividade, desapegadas, pouco investidas ou até maltratantes poderão afetar a criança de forma muito negativa, tornando-a pouco empática, insegura e incapaz de interiorizar regras de conduta (MARTINS N. , 2010, p. 204).

Sendo, em regra, os progenitores os vinculadores principais das crianças, separações prolongadas de qualquer um deles não serão saudáveis para estas. Assim, quando se reduz drasticamente os contactos destas com algum dos pais, regulando as responsabilidades parentais com a fixação de um regime de visitas, as relações de vinculação que lhes conferem a segurança, sairão enfraquecidas (SILVA J. M., 2016, p. 124).

C) A igualdade parental vs. O superior interesse da criança

Como já vimos *supra*, a determinação do superior interesse da criança depende de uma análise casuística e individualizada. Só no caso em apreço se pode definir o que é melhor para determinada criança, em concreto. Esta é, por excelência, a jurisdição onde menos cabem generalizações, onde as matérias são menos jurídicas e mais interdisciplinares e onde, na verdade, o direito menos importa.

De acordo com a doutrina e jurisprudência maioritária, os critérios determinantes para o preenchimento deste princípio devem ser o respeito pela

dignidade da criança e a prossecução ativa dos seus direitos, nomeadamente, do direito a ser ouvida e a ver a sua opinião valorada, quanto aos assuntos que lhe digam respeito (MONTEIRO, 2010, p. 80).

Tendo isto como assente, importa nesta sede refletir sobre outra questão. Após a revolução de abril de 1974, a Constituição de 1976 passou a consagrar princípios de igualdade, quanto ao género e no seio das relações familiares. A família começou a ser objetivada como uma instituição que, acima de qualquer coisa, deveria alcançar o bem-estar e o interesse pessoal, mas conjunto, dos seus membros²⁸. Estava, destarte, postergada a ideia de garantir os interesses “supra-individuais” da família, própria do Estado Novo.

Também no já mencionado artigo 36.º da CRP, designadamente nos seus n.ºs 3 e 5, está expressamente prevista a igualdade dos progenitores quanto à manutenção e educação dos filhos²⁹, tanto na constância de um casamento ou união, como após uma rutura conjugal.

A ‘bandeira’ da igualdade parental chegou até nós, principalmente, após a entrada das mulheres no mundo do trabalho. Simultaneamente, também se iniciaram movimentos de reivindicação por parte dos homens, a fim de serem incluídos na parentalidade e na responsabilidade de cuidar dos filhos. No entanto, apenas na última década, a aclamação por posições iguais a nível da parentalidade se fez sentir com mais afinco. Hoje em dia, consideramos que, teoricamente, o legislador, tanto nacional como internacional, se socorre de uma posição neutral quanto à divisão das responsabilidades parentais, após uma separação, entre o pai e a mãe. Pugna-se, essencialmente, por um direito da família que garanta a proximidade da criança a ambos os progenitores, com responsabilidades partilhadas entre eles.

Em Portugal foi criada, em 2009, a Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos (APIPDF) que tem como principal missão apoiar

²⁸ Artigo n.º 67 da CRP: “1. A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à proteção da sociedade e do Estado e à efetivação de todas as condições que permitam a **realização pessoal dos seus membros.**”

²⁹ “**3.** Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.”; “**5.** Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.”

“pais, mães, filhos/as, avós e famílias das crianças, em especial nas situações de divórcio/separação conjugal, na promoção da Residência Alternada, Parentalidade Positiva, da Mediação Familiar, na prevenção de conflitos parentais e no estímulo à formação e investigação nas matérias ligadas às crianças e sua família”³⁰.

Os objetivos desta associação, sem fins lucrativos, são: “promover a Igualdade Parental junto de pais, mães e profissionais que lidam com matérias das crianças e famílias; difundir os valores da Igualdade Parental como fundamentais para a promoção da Igualdade de Género, através da educação e informação; promover a conciliação entre a vida profissional, familiar e pessoal, bem como a igualdade entre homens e mulheres no trabalho e no emprego, junto das entidades públicas e privadas, com vista à promoção de políticas que favoreçam o aumento dos tempos de convívio das crianças com os seus progenitores; promover a Residência Alternada e a Parentalidade Positiva junto de pais, mães, profissionais de diferentes áreas (Direito, Psicologia, Sociologia, Mediadores Familiares, entre outros), académicos e entidades públicas com responsabilidades em matérias de políticas públicas na área da infância, juventude e famílias; promover os Direitos Humanos, em particular os Direitos das Crianças; contribuir para a prevenção de todo o tipo de violência em relação às crianças e respetiva família, incluindo a violência doméstica, em particular nas situações de conflito parental; promover a Licença de Parentalidade como um dos instrumentos de promoção do Direito à Parentalidade e Igualdade de Género; e promover a adequação da legislação referente às responsabilidades parentais e pensão de alimentos às novas realidades sociais e familiares da sociedade portuguesa”.

Porém, mesmo que esta seja a tendência, muitas vezes o exercício conjunto das responsabilidades parentais ocorre apenas na decisão e não na vida real da criança. A nossa sociedade mantém, ainda, estereótipos possantes quanto à parentalidade, o que levou também o Conselho da Europa a emanar uma resolução em matéria de igualdade e responsabilidade parental partilhada, aprovada por

³⁰ Informação disponível nos estatutos da associação, em <https://igualdadeparental.org/associados-2/estatutos/>.

unanimidade, em outubro de 2015. Esta resolução³¹ visou requerer aos Estados Membros que retirassem das suas legislações internas quaisquer elementos discriminatórios de género e, ainda, que promovessem regimes de exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância de residências (SILVA J. M., 2016, p. 76 e 77). Pese embora o direito legislado na nossa sociedade aponte, indubitavelmente, para a neutralidade em termos de género, se considerarmos a aplicação jurídica em si, a desigualdade ainda é óbvia (PEDROSO, CASALEIRO, & BRANCO, 2014, p. 82).

Mas vejamos, será que este direito à igualdade entre os dois progenitores assegura o interesse mais relevante no direito da família ocidental, i.e., o superior interesse das crianças? Será que o primeiro é uma forma de fazer cumprir e assegurar o segundo ou haverá casos em que até o pode contrariar? A todas estas questões a resposta será, necessariamente, afirmativa.

A igualdade entre os dois progenitores, no que tange ao cuidado parental, é uma forma de preservar a relação entre a criança e ambos os pais, diminuindo o conflito parental. Isto acontecerá porque uma atuação tendencialmente igualitária implica, em princípio, uma reflexão dos esquemas de cuidados praticados antes da separação, respeitando as preferências dos pais e a opinião dos mesmos acerca das necessidades da criança. Desta forma, a atenção parental deixa de estar “matematizada” e controlada temporalmente, diminuindo a litigância entre os progenitores.

Se os pais estiverem em maior concordância sobre os seus papéis, mais facilmente se atingirão acordos quanto ao exercício das responsabilidades parentais, o que também facilita a tomada de decisão judicial. Em consequência, um regime igualitário para os dois progenitores reduzirá o risco de alienação parental, bem como permitirá a execução favorável dos regimes de exercício das responsabilidades parentais, pela maior probabilidade de cumprimento voluntário (BOLIEIRO & GUERRA, 2014, p. 210). Estes e outros argumentos foram

³¹ Resolução n.º 2079 (2015) do Conselho da Europa. Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=22220&lang=en>.

apresentados por Edward Kruk, no ano de 2012, em “*Arguments for an Equal Parental Responsibility Presumption in Contested Child Custody*”.

Ademais, a isto se acrescenta o facto de as crianças terem o direito, constitucionalmente previsto, de manter uma estreita relação com ambos os progenitores, de forma igualitária, pelo que não devem ser separadas destes salvo por razões ponderosas e quando os mesmos não cumpram os seus deveres fundamentais.

A própria Convenção sobre os Direitos da Criança, prevê esta parentalidade igualitária, senão vejamos: a Convenção reconhece às crianças o direito a uma família (artigo 7.º, n.º 1); consagra o princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e desenvolvimento da criança (artigo 18.º, n.º 1); dispõe que a criança não pode ser separada dos pais contra a vontade destes, salvo por motivos consideráveis (artigo 9.º, n.º 1); e conjectura que, caso por algum motivo a criança se veja separada de um ou ambos os progenitores, esta mantenha relações pessoais e contactos regulares diretos com ambos, exceto se isto contrariar o seu superior interesse (artigo 9.º, n.º 3 e 10.º, n.º 2).

Face ao exposto, facilmente se conclui que o trilho da igualdade na parentalidade garante e faz cumprir o superior interesse da criança. É notório que um regime de residência alternada com exercício conjunto das responsabilidades parentais, que permita à criança relacionar-se com os dois pais com grande proximidade física e emocional será, teoricamente, aquele que corresponde ao melhor interesse da criança.

Todavia, nem sempre estes dois princípios convergem na perfeição. Situações há em que, regular as responsabilidades parentais de forma equitativa pelos dois progenitores, pode ser muito prejudicial para o desenvolvimento da criança. Um historial conhecido de violência doméstica, consumos aditivos, abusos sexuais, maus tratos, recusa da criança em estar com um dos progenitores (quando fundamentada), uma demissão do exercício do cuidado parental, prisão de um dos progenitores, emigração, ausência em parte incerta de um dos progenitores ou o abandono parental, influenciam necessariamente as decisões

judiciais aquando das regulações das responsabilidades parentais, impedindo que se siga o princípio da igualdade parental. Na verdade, nestes casos, é evidente que os progenitores não estarão, em princípio, num patamar igualitário. Daqui se revela a importância de ouvir as crianças e valorar as suas opiniões, mas também de fazer perícias e averiguar qual o fundamento de uma possível rejeição.

É de notar que a igualdade parental não se atinge, somente, pela igual divisão de tempos de “estadia” da criança, com cada um dos progenitores. Uma atuação tendencialmente igualitária quanto à qualidade dos cuidados e afetos potenciados aos filhos será, certamente, um meio para a paridade entre progenitores (SOTTOMAYOR, 2014, p. 175). Não caberá ao magistrado impor sentimentos e afetos às partes, muito menos “exigir a perfeição moral dos cidadãos” (SOTTOMAYOR, 2016, p. 203), mas deverá passar por si um ‘trabalho de sala’ árduo no sentido de, se necessário, alterar mentalidades e comportamentos parentais, de forma a garantir o superior interesse da criança.

Assim, consideramos que a igualdade na parentalidade deve, sem dúvida, ser um ponto de partida para os magistrados aquando duma regulação das responsabilidades. *A priori*, o pai é tão capaz quanto a mãe para exercer todas as funções e tarefas inseridas no cuidado parental. Ambos os progenitores têm o mesmo direito de partilhar com os filhos instantes de intimidade, “interação, partilha, risos e mimos de forma rotineira e habitual”.

O estabelecimento de uma residência única com um progenitor e dos habituais direitos de visita do outro progenitor implica, forçosamente, uma limitação de momentos para ambos os progenitores, designadamente: tratar das refeições e dos banhos, escolher a roupa, ler uma história para adormecer, ir ao parque ou ao cinema nos dias livres, conhecer os colegas e os professores, cuidar quando está doente, fazer os trabalhos da escola, ir ao supermercado e ao centro comercial, entre outros (FIALHO, 2014, p. 287). Neste sentido, a residência alternada com exercício conjunto das responsabilidades parentais será o regime que mais se concerta com a igualdade parental.

3.3.4. O contexto necessário para a implementação de uma Residência Alternada

A aplicação de um regime com alternância de residências implica, forçosamente, uma avaliação cuidada e muito ponderada por parte dos decisores, até porque não será aplicada em todas as situações a mesma periodicidade de alternâncias. Consideramos que para se concretizar positivamente um regime neste sentido, de forma a garantir o superior interesse da criança, são necessárias estar preenchidas algumas circunstâncias. A maioria destas circunstâncias passam, necessariamente, pelos progenitores, estando ao alcance dos mesmos criar o contexto necessário para a aplicação da residência alternada.

Ora, na definição do regime de contactos há que ter então em conta diversas variáveis, essencialmente no que diz respeito aos pais, aos filhos e à distância geográfica entre as duas casas.

Vejamos, quanto aos **pais**:

- Os progenitores deverão ter uma especial capacidade para comunicar de forma ajustada e funcional;
- Devem manter posições conciliadas³², a fim de estarem aptos e com vontade de cooperar;
- Devem ter capacidade de avaliar os interesses dos filhos, pondo as diferenças pessoais de lado e dando prioridade às necessidades daqueles;
- A relação dos progenitores deve primar pelo respeito e confiança mútuos;
- Devem ter capacidade de acordar um programa educativo, de saúde, de ensino e religião para os seus filhos;
- Os progenitores deverão ter estilos de vida e valores relativamente idênticos³³;

³² Entendemos que em situações limite de conflitualidade este regime pode ser contraproducente, na medida em que exporá a criança a um litígio acentuado, o que vai, evidentemente, contra o seu superior interesse.

³³ Embora, como é óbvio, não seja um contexto necessário para a implementação deste regime, consideramos que uma das características que mais se destaca nos progenitores das famílias com residência alternada é terem níveis de escolaridade superiores, i.e., frequentarem ou terem frequentado a universidade (FLAQUER, ESCOBEDO, GARRIGA, & MORENO, 2017, p. 97).

- Há a necessidade de os progenitores terem uma certa flexibilidade quanto aos horários ou então terem família alargada que os substitua quando tiverem impedimentos;

- Ambos os pais devem possuir adequadas condições de habitabilidade, razoavelmente análogas;

- E por fim, uma relação afetiva sólida com os filhos também será, forçosamente, uma variável influenciadora.

Quanto aos **filhos**:

- A idade³⁴ e o grau de desenvolvimento físico e psicológico são parâmetros que motivam as decisões quanto à fixação da residência das crianças, após uma separação familiar;

- A vontade das crianças, verbalizada, quando esclarecida e livre de pressões, ou intuída pelos magistrados;

- A continuidade das relações afetivas da criança;

- E ainda as suas necessidades físicas, religiosas, intelectuais e materiais.

Por fim, quanto à **distância geográfica entre as casas**, percebe-se facilmente que esta variável é de extrema importância neste contexto. Uma alternância frequente entre as residências dos progenitores pressupõe que estas se localizem suficientemente perto para permitir à criança manter as suas rotinas diárias, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento de ensino³⁵.

Mesmo quando falamos em idades mais reduzidas e, conseqüentemente, em creches ou jardins-de-infância (não correspondendo ao ensino obrigatório), não é

³⁴ As crianças mais novas, até cerca dos três anos de idade, têm uma noção temporal muito limitada, pelo que alternâncias com intervalos de tempo que a criança não compreende podem ter um impacto negativo na relação que esta estabelece com os progenitores. Por outro lado, na primeira infância, as necessidades de convivência com permanência com os vinculadores seguros, com os quais as crianças têm uma relação 'umbilical', desaconselham que sejam fixados regimes com alternância de residências por intervalos superiores a 3 dias, sob pena de as crianças se sentirem abandonadas (SILVA J. M., 2016, p. 113).

³⁵ Em situações de maior distância geográfica há pais que equacionam a possibilidade de ocorrer uma alternância anual. Todavia, esta solução não nos parece minimamente razoável nem refletida na lei, tendo em conta a perspectiva de fomentar o máximo número de contactos estreitos de qualidade com ambos os pais.

favorável sujeitar a criança a constantes mudanças e adaptações ou a períodos sem frequentar qualquer estabelecimento. Esta circunstância será, necessariamente, perturbadora para a criança, visto que influenciará a sua relação com o grupo de pares, o seu percurso educacional e, conseqüentemente, o seu desenvolvimento emocional e intelectual (AGULHAS & ANCIÃES, 2017, p. 220 e 221; BOLIEIRO & GUERRA, 2014, pp. 205-209).

3.3.5. Argumentos contra e a favor à implementação de uma Residência Alternada

Como já temos vindo a demonstrar até aqui, a modalidade de residência e de exercício das responsabilidades parentais visada neste trabalho pressupõe e ‘promete’ uma pacificação do quotidiano familiar após uma rutura familiar. O objetivo será sempre, através de concessões recíprocas, atender às necessidades das crianças. Todavia, nenhum regime que vise regular as responsabilidades parentais consegue ser perfeito. O melhor seria os pais não se separarem, principalmente quando os filhos ainda são pequenos, mas é óbvio que nem sempre isto é possível.

Perante uma separação conjugal, quando há crianças, designadamente na fase da infância, estas saem sempre, inevitavelmente, prejudicadas. Ao regular as responsabilidades parentais, a missão da justiça é atenuar e tentar diminuir os danos que advêm para as crianças com a separação dos pais.

O discurso que constantemente ouvimos no sentido de “a criança andar sempre de malas às costas” ou “não ter um espaço próprio” tem, naturalmente, os seus fundamentos, porém, deverá ser pesado e contrabalançado com os objetivos de assegurar uma estreita relação da criança com ambos os progenitores e de promover a cooperação parental que existia, em princípio, antes da rutura. É de notar que, independentemente do modelo de regulação acordado ou decidido, o

facto de os progenitores se separarem conduz sempre a este movimento entre as residências de ambos.

Aqui chegados, cumpre agora, em jeito de síntese, ponderar as vantagens e desvantagens que têm sido erguidas quanto ao regime da alternância residencial, após uma dissensão e rutura familiar.

Ora, certa doutrina e jurisprudência indica alguns possíveis **argumentos contra** a aplicação deste regime de parentalidade partilhada. Vejamos (FIALHO, 2014, p. 270; SILVA J. M., 2016, p. 114):

- a) Consideram que a alternância de residências atende mais aos interesses dos pais do que dos filhos, dizendo que o que se faz nestes casos é “dividir a criança ao meio (...) para respeitar a igualdade formal entre os adultos” (SOTTOMAYOR, 2014, p. 181);
- b) Percecionam a alternância de residências como prejudicial à preservação dos hábitos, rotinas, valores e desenvolvimento da personalidade da criança;
- c) Acreditam que este regime é suscetível de provocar na criança instabilidade emocional e psíquica, visto que esta necessita de um ‘lugar’. A instabilidade das consecutivas alterações de residência, levaria a criança a sentir que não pertencia a lugar nenhum;
- d) Discorrem que a residência alternada obriga a contactos permanentes entre os pais, na presença da criança, o que pode conduzir à agudização do conflito já existente;
- e) Creem que quando os dois progenitores têm estilos educativos diferentes, isto apresentar-se-á muito prejudicial ao desenvolvimento da criança, visto que gerará, necessariamente, confusão na sua estruturação;
- f) Ademais, conjeturam que o tempo de separação da criança em relação a cada um dos progenitores pode ser demasiado longo para algumas crianças, em função da sua idade, maturidade e discernimento;
- g) Por fim, alertam ainda para o facto de que, naturalmente, em cada casa, e principalmente se os progenitores já tiverem reconstruído a sua vida e estiverem na constância, por exemplo, de uma outra relação amorosa, haverá

estilos emocionais e códigos comportamentais diferentes. Isto pode ser prejudicial para o desenvolvimento psíquico da criança caso esta sinta dificuldade em se adaptar às diferentes realidades.

Quanto aos **argumentos a favor** do exercício conjunto das responsabilidades parentais, com residência alternada, surgem os seguintes:

- a) A residência alternada contribui para o estreitamento da relação afetiva entre a criança e aquele progenitor que, à partida, seria o ‘não residente’, visto que possibilita a inclusão dos filhos nos agregados familiares dos pais³⁶;
- b) Este regime preserva o relacionamento dos filhos com ambos progenitores em termos igualitários, procurando dar uma continuidade ao registo praticado na constância da relação conjugal, minimizando os efeitos negativos da separação;
- c) A residência alternada cumpre os ditames constitucionais quanto ao princípio da igualdade entre cônjuges (ou ex-cônjuges) e também o direito fundamental dos filhos não serem separados dos pais;
- d) Garantindo uma distribuição tendencialmente igualitária dos tempos da criança com cada progenitor, esta modalidade permite que os encargos, principalmente a nível económico, também sejam assumidos por ambos os pais de forma equiparada³⁷;
- e) A residência alternada é um regime, em princípio, eficaz na prevenção das situações de alienação parental dolosa ou apenas negligente, na medida em que, colocando os dois progenitores numa situação de paridade no que diz respeito ao convívio com os filhos, promove o cumprimento voluntário do acordo ou decisão que regulou as responsabilidades parentais. Assim, “as crianças deixam de ser consideradas como um objeto ou meio para atingir o

³⁶ Este ponto releva ainda mais quando existem famílias recompostas. Dificilmente acontece esta inclusão total na nova realidade familiar do ‘progenitor não residente’ nos modelos tradicionais de guarda em que a criança é vista como “um mero visitante da casa do pai ou da mãe”.

³⁷ Hoje em dia, as pensões de alimentos pagas pelo progenitor não residente, embora cautelosamente ajustadas, são tendencialmente baixas, pelo que, por vezes, o progenitor que reside habitualmente com a criança terá que arcar com algumas despesas de forma não repartida, contribuindo, destarte, para a denominada “feminização da pobreza nas famílias monoparentais” (FIALHO, 2014, p. 270).

outro progenitor (...) e os pais tendem a atuar com maior zelo protegendo o filho, evitando conflitos e procurando plataformas de entendimento.” (SILVA J. M., 2017, p. 186);

- f) Por outro lado, este modelo de guarda permite que cada um dos progenitores tenha tempo para prover à sua realização pessoal, estabelecendo novos contactos, refazendo a sua vida amorosa ou, simplesmente, podendo ter mais momentos de descanso³⁸ (os denominados “*child-free moments*”);
- g) Enfim, é de prever que a parentalidade partilhada reflita as preferências e vontades das crianças, por ser o modelo que, ao permitir contactos em quantidade e qualidade com ambos os progenitores, mais se assemelha, em princípio, ao *status quo* da constância da relação conjugal.

Há autores que consideram, inclusivamente, que as residências únicas ou exclusivas (com o estabelecimento dos devidos direitos de visita do ‘progenitor não residente’) tendem a manter ou acentuar os conflitos que conduziram à cisão conjugal. Isto acontecerá porque o ‘progenitor visitante’, normalmente o pai, se sente frustrado por, não se revendo nessa qualidade, não partilhar com os filhos os momentos que desejaria; o ‘progenitor guardião’, normalmente a mãe, acaba por se fechar sobre a criança, ignorando o papel do pai e olhando para a posição que a residência exclusiva lhe dá como a uma libertação do relacionamento anterior; as crianças estarão, por força da vinculação, expostas aos estados emotivos dos pais, o que as leva a sofrer “maus tratos por ricochete”.

Desta forma, entendemos que, de facto, uma modalidade com alternância de residências poderá evitar os permanentes incidentes de incumprimento que chegam aos Tribunais, bem como atenuar os desequilíbrios emocionais, advindos das eventuais hostilidades, isto porque diminui o sentimento de perda que vem na sequência da separação. As crianças não experienciam, assim, sentimentos de

³⁸ Ser pai/mãe de crianças pequenas, como sabemos, é uma ‘profissão’ a tempo inteiro, sendo escassos os momentos em que os progenitores conseguem ter tempo para eles próprios.

abandono nem vêm destruídas as vinculações seguras antecedentes³⁹, fomentando uma interligação afetiva real com os seus progenitores (SILVA J. M., 2017, p. 185).

3.4. Posição jurisprudencial acerca da Residência Alternada

Quando são reguladas as responsabilidades parentais após a separação dos progenitores, nas decisões proferidas pelos Tribunais portugueses ainda sobressai a fixação de uma residência única para as crianças, com um dos progenitores, que, como se sabe, em princípio será a mãe. Todavia, tem-se visto esta situação a alterar-se, na medida em que, cada vez mais, são fixados regimes de responsabilidades parentais com alternância de residências, inclusive em instâncias superiores.

Os nossos Tribunais superiores, nos últimos anos, foram chamados a pronunciar-se sobre estas questões diversas vezes. Vejamos o sentido em que se posicionam:

- A **23 de janeiro de 2018**, o **Tribunal da Relação de Lisboa**⁴⁰ julgou improcedente um recurso, confirmando a decisão de 1.^a instância, que requeria que esta decisão fosse substituída por outra que fixasse provisoriamente as responsabilidades parentais dos menores da seguinte forma: residência alternada dos menores com ambos os progenitores, com uma periodicidade semanal. O Tribunal *ad quem* considerou que “atendendo à tenra idade dos menores – atualmente com apenas quatro anos e dois anos de idade –, é adequada, em sede de decisão provisória, proferida nos termos do artigo 28.º do Regime Geral do Processo Tutelar Civil, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 8 de Setembro, que determina que os menores ficam à guarda da mãe, residindo com ela,

³⁹ Ou mesmo a possibilidade de as construírem, quando a separação acontece nos primeiros meses de vida das crianças.

⁴⁰ Nas diversas secções deste subcapítulo, a jurisprudência citada aparecerá ordenada em função da data, ou seja, do acórdão mais recente para o mais antigo (dentro do respetivo assunto que se aborda).

possibilitando ao pai um regime de visitas, regime este que melhor assegura o regular e tranquilo desenvolvimento e bem-estar daqueles”.

- Também no acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa**, de **12 de novembro de 2015**, foi decidido no sentido de se mostrar “preferível, no tocante a menor de três anos de idade, cujos pais estão divorciados, estabelecer um regime que atribua a guarda da menor a um dos progenitores com quem a menor residirá habitualmente”. O relator acrescentou ainda no sumário que “um regime de residência alternada, ora na casa da mãe ora na casa do pai, gera necessariamente uma situação de instabilidade e constantes alterações na vida da criança que, na ausência de motivos excepcionais, deve ser evitada”.

- O **Tribunal da Relação do Porto**, tem seguido a mesma ordem de pensamento. A **13 de maio de 2014**, o Tribunal *ad quem* julgou improcedente o recurso que requeria o estabelecimento de uma “guarda alternada”. Fundamentou demonstrando que a “solução da «guarda alternada» (...) apresenta inconvenientes relacionados com a instabilidade que cria nas condições de vida do menor, motivadas pelas constantes mudanças de residência”. Porém, acrescentou que este regime poderá ser adotado “se os pais, acordando nesse sentido, mostrarem uma inequívoca vontade de cooperar e de pôr de parte os seus diferendos pessoais”. Este Tribunal também não considerou razoável seguir esta solução “num caso em que o menor tem cinco anos de idade e existe um clima de animosidade entre os pais”.

Com fé na ideia de que não deve ser aplicado um regime com alternância de residências a crianças de tenra idade (sensivelmente até aos cinco anos de idade), principalmente quando os progenitores não se mostram capazes de afastar as suas posições extremadas e não se acordam quando à solução em causa, orientação que acompanhamos de perto, surgem ainda outras decisões dos Tribunais superiores: acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa**, de **14 de fevereiro de 2015**; acórdão do **Tribunal da Relação do Porto**, de **28 de junho**

de 2016; acórdão do **Tribunal da Relação de Coimbra**, de **11 de dezembro de 2018**; entre outros.

Por outro lado, mas ainda quanto à admissibilidade do regime da residência alternada, as opiniões continuam-se a dividir, vejamos:

- O **Tribunal da Relação de Coimbra**, a **12 de junho de 2018**, embora tenha julgado o recurso improcedente, mantendo a decisão do Tribunal *a quo*, que fixou a residência habitual da criança com a mãe, demonstrou que “desde que haja uma relação de boa colaboração e compromisso entre os pais no que respeita aos assuntos da vida do filho, e vinculação afetiva forte entre este e os seus progenitores, a guarda compartilhada (com residências alternadas) configura-se como a solução «ideal»”.

- Por sua vez, no acórdão de **12 de abril de 2018**, o **Tribunal da Relação de Lisboa** pronunciou-se no sentido de “o manifesto desacordo entre os progenitores e o seu difícil relacionamento não constituir um pressuposto para a não fixação do regime de residência alternada, já que a fixação deste regime terá, segundo se supõe, a virtualidade de pacificar a situação de conflitualidade existente entre os progenitores, que decorre da guarda exclusiva atribuída à mãe, atenuando esse antagonismo, na medida em que nenhum deles se sente preterido ou com o seu papel desvalorizado no que respeita ao filho”. Este Tribunal considerou então que, sendo o interesse da criança o de manter uma relação próxima com ambos os pais, o desacordo destes quanto à fixação do regime em questão não será, em princípio, um impedimento para tal.

- Já o **Tribunal da Relação de Évora**, num acórdão proferido a **22 de março de 2018**, entendeu que a aplicabilidade da residência alternada dependerá, necessariamente de uma panóplia de condições. É, desta feita, considerado que “nada impede que os progenitores, por acordo, e desde que satisfaça os superiores interesses do filho, estabeleçam a residência alternada no âmbito do exercício conjunto das responsabilidades parentais, regime que pressupõe, e não pode prescindir, da existência de capacidade de diálogo, entendimento, cooperação e

respeito mútuo por banda dos pais, da partilha de um projeto de vida e de educação comuns em relação ao filho, para além de residirem em área geográfica próxima, que não implique alteração constante do estabelecimento de ensino do filho, beneficiem ambos de adequadas condições habitabilidade e que a criança manifeste opinião concordante, tendo em conta a sua idade e maturidade, entre outros elementos relevantes”.

- A **30 de janeiro de 2018**, a **Relação de Lisboa**, sustentou que é admissível regular o exercício das responsabilidades parentais de forma conjunta e com residências alternadas, “desde que se faça um juízo de prognose favorável quanto ao que será a vida do menor, suportada em elementos de facto evidenciados no processo”. O Tribunal de recurso considera que “em regra, a fixação desse regime só é compatível com uma situação em que se verifica uma particular interação entre os progenitores, um relacionamento amistoso entre ambos, bem como uma razoável proximidade entre os locais onde os progenitores habitam”.

- Por fim, o **Tribunal da Relação do Porto**, a **24 de janeiro de 2018**, considerou que não deve ser aplicado um regime de residência alternada a uma criança de treze anos de idade quando, perante uma conflitualidade intensa, “os progenitores que assumem modelos educativos não convergentes, se mostram incapazes de dialogar e assim assegurar a estabilidade emocional do menor”.

Do exposto se percebe que, atualmente, os Tribunais superiores, embora a favor e conscientes dos benefícios decorrentes do exercício conjunto das responsabilidades parentais e, nomeadamente, da alternância residencial, têm assumido uma posição cautelosa na matéria. Na generalidade, recusam a aplicação desta modalidade na falta de acordo dos progenitores e quando o conflito parental está de tal forma solidificado, que impede os pais de afastarem os seus desígnios em benefício do superior interesse dos filhos.

É notório que a residência alternada, nos últimos anos, tem-se incutido paulatinamente nas decisões dos Tribunais superiores. Os conhecimentos trazidos pela psicologia, psiquiatria e sociologia no sentido de este regime ser o que melhor salvaguarda os interesses das crianças filhas de pais separados (LEAL, 2014, p.

384), têm transformado mentalidades. Os arestos apresentados *supra* demonstram esta transformação, principalmente se os compararmos a outros de anos transatos. Senão vejamos:

- O **Tribunal da Relação de Coimbra, a 18 de outubro de 2011**⁴¹, proferiu um acórdão com o seguinte teor: “a proposta do recorrente, sem dúvida bem-intencionada, de a filha residir alternadamente com cada um dos progenitores iria criar certamente uma instabilidade na vida da criança e aumentar o conflito parental. (...) Pese embora o facto de ser um pai carinhoso, participativo e empenhado, não poderá dispensar a mesma atenção, os mesmos cuidados à filha como faz a mãe, pois estará mais absorvido com os gémeos recentemente nascidos. Ao invés de se atender a critérios de igualdade formal, importa, sim, ter consideração pelo critério da figura primária de referência: a criança deve ser confiada à pessoa que cuida dela no dia-a-dia. (...) O superior interesse da menor, em função do qual o Tribunal terá de decidir, aconselha que se invista num projeto de vida junto da mãe e família materna, na qual se sente integrada e apoiada”.

- Por sua vez, a **25 de outubro de 2012, a Relação de Lisboa**, pronunciou-se no sentido de não admitir a residência alternada, por ser do superior interesse da criança manter-se a residir na casa onde morava antes da separação dos pais. Ademais, acrescentou que “na normalidade das situações, e nada permite considerar que se verifiquem a esse título circunstâncias excepcionais, a qualidade de convívio no tempo livre do fim de semana [que passa mais frequentemente com o pai] é superior à possível nos tempos dos afazeres quotidianos. Neste contexto, que é o conhecido nos autos, não se vê que a decisão ponha em causa o convívio da menor com o pai. Seguramente será um convívio diferente daquele que existia quando viviam na mesma casa, mas nada obriga que se conclua, que terá menor qualidade ou que apenas a partilha da residência possibilita um convívio adequado”.

- Enfim, no acórdão do **Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 9 de maio de 2013**, embora tenha sido confirmada a decisão recorrida, no sentido de

⁴¹ Nesta sede, os arestos são enunciados do mais antigo para o mais recente.

admitir o acordo dos pais que visava que a filha vivesse alternadamente com ambos, pode ler-se: “na realidade, a situação de a menor viver com cada um dos progenitores alternadamente, não parece ser a melhor em termos de estabilidade de vida, da possibilidade da menor organizar o seu espaço pessoal, da preservação das referências e rotinas quotidianas”. Neste caso, o recorrente foi o Ministério Público, por discordar da decisão do Tribunal *a quo* que homologou um acordo onde era fixado um regime com alternância residencial, que aquele considerou “não ter em conta os interesses da menor e violar a lei”.

Facilmente se compreende a evolução de que falamos. Porém, partilhamos da opinião de muitos magistrados: é necessário ter cautela na aplicação de uma residência alternada, principalmente quando de crianças de tenra idade falamos. Os fatores preponderantes da sua fixação devem estar preenchidos e o superior interesse das crianças envolvidas deve guiar toda a decisão.

3.4.1. Os recentes pareceres da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Superior da Magistratura

Em 2018, a APIPDF promoveu uma petição em prol da presunção jurídica da residência alternada de crianças de pais e mães divorciados ou separados, com o argumento de que assim se permitiria uma partilha mais igualitária do tempo da criança com os progenitores. A associação pretendia ver consagrada na lei o direito de as crianças conviverem com ambos os pais numa verdadeira situação de coparentalidade, defendendo que, por defeito, i.e., como regime-regra, fosse aplicado pelos Tribunais o exercício conjunto das responsabilidades parentais com alternância residencial numa *ratio* de 33% a 50% do tempo.

Esta petição, em quatro meses, foi assinada por mais de quatro mil pessoas⁴² e deu entrada na Assembleia a 17 de julho de 2018⁴³. Logo de seguida, dezassete associações de defesa dos direitos das mulheres e das crianças, através de uma carta aberta, pediram ao Parlamento que não impusesse a residência alternada para as crianças filhas de pais separados.

A 10 de outubro de 2018, a Procuradoria-Geral da República enviou um parecer⁴⁴ à Assembleia da República de forma a posicionar-se acerca da petição em questão. Neste parecer demonstrou que, embora considere que a residência alternada dos filhos de pais e mães separados deva estar prevista na lei portuguesa, até como primeira opção, não se mostra favorável quanto à instituição desta solução como regime-regra⁴⁵. Opina ainda que esta alteração “poderia introduzir inusitada turbulência no relacionamento entre os progenitores e outros familiares e entre aqueles e os filhos pela imposição de um regime que, não correspondendo ao tradicionalmente adotado na sociedade portuguesa, não parece ainda corresponder no presente a um anseio generalizado”.

Ainda assim, a Procuradoria reconhece efetivamente a vantagem de ajustar o normativo, na linha da recomendação constante do ponto 5.5 da Resolução n.º 2079 (2015) do Conselho da Europa. Propôs, destarte, que o Código Civil passasse a incluir um novo número no seu artigo 1906.º com a seguinte redação:

⁴² Atualmente, segundo os dados do *web site* da associação em causa, já conta com quatro mil setecentas e cinquenta assinaturas.

⁴³ Disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a557a4d47466b5a6d4a6b4c54566c4f4745744e4759794f5331684e6d526b4c54426c4d54637a4e446b344e5759354f4335775a47593d&fich=530adfbf-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>.

⁴⁴ Disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738764d5445774e7a6c6a5a5467745a6a45314e5330304d7a64684c546c6a595759744d7a426b4e5451795a54466c5a5464684c6e426b5a673d3d&fich=11079ce8-f155-437a-9caf-30d542e1ee7a.pdf&Inline=true>.

⁴⁵ "Não se antolhe necessidade, nem sequer vantagem, na introdução no ordenamento jurídico vigente da pretendida alteração, elevando cegamente a fixação da residência alternada à categoria de regime-regra".

“O tribunal privilegiará a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de acordo e sempre que, ponderadas todas as circunstâncias relevantes atendíveis, tal corresponda ao superior interesse daquele”.

A 30 de outubro do mesmo ano, o Conselho Superior da Magistratura, em sessão plenária, deliberou acerca do peticionado pela a APIPDF, o seguinte⁴⁶:

“O princípio de que, salvo motivos ponderosos, a residência dos filhos de pais separados deve ser com ambos os progenitores, de forma alternada e com possível adequação ao caso concreto pelo juiz, é de prever legalmente”.

Consideramos que o Conselho, na sua breve apreciação, acompanhou, de certa forma, a equilibrada posição da Procuradoria, ao pronunciar-se a favor da inclusão da residência alternada na lei portuguesa, mas colocando-se à margem quanto à possibilidade de introduzir esta solução como regime-regra, aquando das regulações das responsabilidades parentais.

Como já vimos, embora não o proíba, a lei portuguesa é omissa quanto a este regime de residência, pelo que acreditamos que a sua consagração explícita no Código Civil dignificará a modalidade. Julgamos que a alteração da lei poderá, de facto, contribuir para a evolução das mentalidades e para o progressivo abandono das posições estereotipadas em relação à parentalidade.

⁴⁶ Disponível em

<http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738765a4449795a6a41324f4451744d6a49775a5330304e6a64684c574668597a51744d4445344d446b335a4755794f4449784c6e426b5a673d3d&fich=d22f0684-220e-467a-aac4-018097de2821.pdf&Inline=true&fbclid=IwAR1dg5WJLihbeR0BLljqPZaCmg1cIWJjrvpcu01jk1Sags352iExsi2dI3E>

3.5. A nossa experiência jurisprudencial no Tribunal de Família e Menores de Pombal

Durante quatro meses tivemos o privilégio de acompanhar de perto o dia-a-dia num Tribunal de Família e Menores. Costuma-se dizer que há oportunidades que só aparecem uma vez na vida, porém, acabámos este estágio com a certeza de que faremos os possíveis e impossíveis para aqui regressar e para esta oportunidade nos voltar a chegar.

Vínhamos com uma ideia pré-concebida do que seria a realidade nestes Tribunais, mas deparámo-nos com algo completamente diferente. No Tribunal de Pombal ajuda-se! Ajudam-se as crianças, os pais, os avós, a família! Todos os casos merecem uma atenção especial e todos levam horas de ‘sala’, não com o objetivo de, tão-só, alcançar um acordo a fim melhorar as estatísticas, mas sim para ajudar.

Aqui encontrámos magistrados que encarnam eles próprios o conceito de interdisciplinaridade. Embora a equipa de técnicos da Segurança Social que acompanha este Tribunal seja incansável e tenha todo o mérito, os magistrados com quem trabalhamos são eles próprios mediadores, assistentes sociais e psicólogos, tudo numa só pessoa.

Quanto ao tema que nesta sede tratamos, durante o estágio não surgiram muitos casos em que o regime perspectivado fosse a residência alternada. Acreditamos que o meio sociológico e a comunidade em que estávamos inseridos influenciou muito este contexto. A maioria dos progenitores que nos chegavam, a fim de regular as responsabilidades parentais quanto aos seus filhos menores, socorriam-se do apoio judiciário, auferiam o salário mínimo nacional ou viviam com os subsídios da Segurança Social e tinham níveis de escolaridade muito baixa. Claro é que também conhecemos progenitores com níveis de escolaridade superior e com algum desafogo económico, mas foram tão escassos, que nos conseguimos lembrar de cada um deles.

Chegámos à conclusão que, infelizmente, estes são parâmetros influenciadores. Grande parte das pessoas com quem nos deparámos ou estavam totalmente irredutíveis quanto à possibilidade de praticar este regime, ou não tinham conhecimento de como funcionava um sistema de residência alternada, ou simplesmente não estavam minimamente preparados para o executar. A realidade sociológica com que convivemos mantém-se muito agarrada aos papéis fixos e divididos da mulher e do homem, estereotipando o cuidado parental.

Por outro lado, chegaram-nos outros pais que, pelas suas características, considerámos possível o estabelecimento de uma residência alternada, mas essa não era a sua vontade. No Tribunal de Pombal um regime neste sentido apenas é admitido quando, mesmo que seja mediante sugestão do magistrado, este se erguer por esclarecido acordo dos pais. Assim sendo, exclui-se, ao contrário do que perspetivam outros magistrados, a imposição judicial da residência alternada, visto que um regime com estes parâmetros pressuporia que os conflitos entre os progenitores fossem arredados, em benefício do superior interesse da criança.

Surgiram-nos ainda situações em que, de facto, um dos progenitores peticionava ao Tribunal o estabelecimento de um regime com alternância de residências, contudo, ao longo do processo percebeu-se que a única intenção do progenitor era não pagar a pensão de alimentos. De facto, muitos pais consideram que gastarão menos dinheiro se os filhos residirem alternadamente consigo, porque assim não terão de pagar o valor da pensão mensalmente ao ‘progenitor residente’.

Todavia, há soluções para combater esta problemática, nomeadamente: a criação de uma conta bancária comum, destinada ao pagamento dos encargos com o sustento da criança, com uma contribuição periódica de cada progenitor, na proporção do respetivo rendimento; a divisão de todas ou de certas despesas da criança, como por exemplo, as despesas da vida corrente ficariam a cargo do progenitor que tenha a criança consigo e as despesas extraordinárias – como as escolares, com vestuário, médicas e medicamentosas – ficariam a cargo de ambos (BOLIEIRO & GUERRA, 2014, p. 211); há ainda a solução de ambos os

progenitores pagarem reciprocamente um valor igual, a título de pensão de alimentos, que necessariamente se anulará⁴⁷.

De seguida vamos expor os cinco casos a que tivemos acesso durante o período de estágio, demonstrando algumas questões que surgem muitas vezes quando se regulam as responsabilidades parentais.

1. “Quando a distância importa, e muito!”

Chegou até nós, já na fase final, um processo cujo os progenitores viveram juntos, em união de facto, durante cerca de 5 anos. Porém, o decurso do relacionamento foi pautado por sucessivas separações. Desta relação, em 2012 nasceu um filho, L⁴⁸, hoje com 7 anos de idade.

Importa explicitar que o pai tem mais dois filhos, provindos de um relacionamento anterior, que após a respetiva separação, ficaram a residir com a mãe, mas, posteriormente, alegadamente, começou a ser praticado um regime de residência alternada. Segundo o progenitor, esta suposta residência alternada, consistia em os menores passarem cerca de 3 a 4 dias com o pai, semanalmente, porém, quando por algum motivo as crianças não iam para casa daquele, nos dias acordados, o pai pagava uma quantia a título de pensão de alimentos, referente aos dias “a mais” que as crianças ficaram em casa da mãe. Toda esta explanação, muito pouco detalhada, nos deixou reticentes quanto à postura adotada pelo progenitor, no entanto, não eram estas as crianças do nosso processo, mas sim L.

A mãe de L só tem 1 filho, mas estava grávida de 2 meses aquando da conferência que acompanhámos.

⁴⁷ Naturalmente que, se um dos progenitores gozar de uma situação económica substancialmente inferior à do outro, não o permitindo, assim, abarcar as despesas diárias com a criança, haverá que ser fixado o pagamento por parte daquele de um montante complementar a título de pensão de alimentos, adequada às necessidades da criança.

⁴⁸ Por razões de proteção da intimidade e reserva da vida privada, não explanaremos os nomes dos intervenientes.

Quando se separaram, a mãe de L foi viver para casa de um irmão e o pai para casa de uma tia avó, na Amora. L, ficou a viver com o pai em casa da tia avó porque a mãe não teria, naquela altura, condições para ter o filho consigo em casa do irmão. A decisão sobre onde iria viver L foi tomada esclarecidamente pelos dois progenitores, ficando acordado que a mãe poderia ir buscar o filho sempre que quisesse.

Meses mais tarde, a mãe foi viver para Pombal, porque começou a namorar com um indivíduo da zona e decidiu ir viver com ele. Já L, continuava a viver com o pai, na Amora⁴⁹.

Acontece que L, a esta altura com 5 anos e em vésperas de entrar para o 1.º ciclo, durante este período, não frequentou nenhum estabelecimento de ensino⁵⁰, devido às circunstâncias e ao litígio presente entre os progenitores.

Meses depois de se mudar para Pombal, a progenitora foi buscar o seu filho a casa do pai e levou-o para a cidade referida. Desde então o pai não estabeleceu qualquer contacto físico com o filho (durante cerca de 2 meses).

Face ao explicitado, na conferência de pais, em novembro de 2017, o Procurador do MP promoveu a fixação de um regime provisório de regulação das responsabilidades parentais nos seguintes termos: o exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância ficariam ao encargo dos dois progenitores; o menor deveria ficar a residir alternadamente por períodos de 15 dias com cada um dos progenitores; durante o lapso temporal em que a criança resida com cada progenitor, a esse caberá, respetivamente, exercer as responsabilidades parentais quanto aos atos da vida corrente da criança.

O magistrado judicial proferiu despacho no mesmo sentido, e a CPCJ foi oficiada para averiguar da situação do menor.

A progenitora demonstrou pretender continuar com o regime da residência alternada até o menor ingressar na primária, considerando que não há qualquer malefício em a criança frequentar a escola “alternadamente”, isto visto que, como

⁴⁹ É de notar que estas duas cidades estão à distância de cerca de 190 km.

⁵⁰ Estava matriculado num estabelecimento de ensino na Amora.

se percebe, frequentando L a “pré-primária” na Amora, nos períodos em que residia com a mãe em Pombal, não ia à escola.

Face à existência de uma distância geográfica considerável entre os agregados familiares materno e paterno, bem como as lacunas de comunicação parental, L não transitou para o ensino básico como os restantes colegas da turma do jardim de infância, visto que a professora considerou que o facto de L ter estado cerca de meio ano sem vir à escola o havia prejudicado muito.

As técnicas da Segurança Social, em relatório, demonstraram ser premente fixar a residência da criança junto de um dos progenitores, na medida em que o modelo praticado a título de regime provisório não estava a ir ao encontro do superior interesse da criança. Facilmente se entende que a situação aclarada não garante o bem-estar da mesma.

Na audiência de julgamento a Procuradora do MP, face às circunstâncias e às informações obtidas através das técnicas, fixou a residência habitual da criança com a mãe em Pombal, bem como o valor de 100€ mensais, a título de pensão de alimentos, a pagar pelo progenitor.

Pelas declarações feitas na audiência, retirou-se que o progenitor, mesmo depois de ter sido esmiuçado os inconvenientes que, *in casu* a situação trazia para L, mantinha grande interesse em continuar com o regime de residência alternada, a fim de não ter de pagar pensão de alimentos. Para reforçar a sua posição indicou que, alegadamente, já praticava este regime com os outros dois filhos, no entanto, segundo se pôde averiguar em relatório social, as duas crianças, durante o período estipulado para residir com o pai, apenas passavam o dia em casa do pai (atualmente em casa da tia-avó) e depois pernoitavam em casa da mãe. Quanto a estas crianças, processo que não corre neste Tribunal, estando supostamente fixado um regime de residência alternada, o progenitor não pagava pensão de alimentos, situação que lhe aprazia.

2. “A suposta residência alternada.”

Assim que iniciámos o nosso estágio, desde cedo nos apercebemos que este era um caso que já há muito dava que falar neste juízo. Os progenitores divorciaram-se em 2013 e logo regularam as responsabilidades parentais quanto aos seus dois filhos menores. As crianças ficaram confiadas à progenitora, a quem incumbia as decisões quanto às questões da vida corrente das primeiras, bem como quanto às questões de particular importância que se revelassem de manifesta urgência. O direito dos menores ao convívio com o progenitor foi projetado para dois fins de semana mensais, de duas em duas semanas. Nesta sede, foi ainda fixada uma pensão de alimentos a ser paga pelo progenitor no valor de 200€ mensais, 100€ para cada criança.

Ficou estipulado ainda que a casa de morada de família ficaria entregue ao progenitor até à concretização das partilhas. Enquanto tal, a mãe vivia com as crianças num apartamento arrendado.

Meses depois do decretamento do divórcio e da regulação das responsabilidades parentais, foi deduzido um incidente de incumprimento contra a progenitora por esta, alegadamente, não permitir ao pai a realização dos convívios com os filhos, nos termos que previamente haviam sido acordados. A progenitora não cumpria os horários combinados para a entrega dos menores e, quando o progenitor a contactava telefonicamente, esta não atendia, ou quando atendia, dizia estar longe e que o pai teria de esperar. Houve, inclusivamente, meses em que a progenitora inviabilizou qualquer contacto do progenitor com os menores.

Este Tribunal julgou o incumprimento culposo e condenou a progenitora em multa e no pagamento de uma indemnização a favor da criança e do progenitor, nos termos do artigo 41.º, n.º 1 do RGPTC. Ademais, alterou o regime de exercício das responsabilidades parentais e condenou a progenitora ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória por cada dia de incumprimento do regime de contactos.

Durante este período, e por considerar que a casa de morada de família também lhe pertencia, a progenitora invadiu-a à revelia e contra a vontade do progenitor. Acompanhada pelos dois filhos, entrou pelo telhado e embalou todos os pertences do seu ex-marido, colocando tudo à porta de casa e impedindo a entrada deste na habitação.

Posto isto, o progenitor esteve alojado num hotel e depois em casa de amigos. Porém, atualmente, vive com a sua companheira.

Com a situação mais pacificada, a progenitora procurou refazer a sua vida, no entanto, o companheiro que escolheu não aprazia aos filhos, visto que chegou ao conhecimento destes que o mesmo ainda se mantinha casado com outra mulher e nessa relação haveria, alegadamente, relatos de violência doméstica. Face à situação, quando a progenitora conversou com os filhos a fim de os informar que o seu companheiro se ia mudar para casa deles, as crianças não reagiram bem. Um dos filhos, mais explosivo, disse que queria ir para casa do pai. A progenitora incentivou esta ida e o pai foi buscar os menores à casa de morada de família e levou-os para sua casa. Lá permanecem até hoje.

Posteriormente, as crianças visitavam a mãe em fins de semana alternados e, nos meses de férias escolares, permaneciam durante 15 dias alternados com a mãe e com o pai. Perante esta situação a progenitora acreditava piamente que o regime praticado era uma residência alternada. Admitimos que o que levou a esta interpretação terá sido o facto de a expressão “residência alternada” estar muito banalizada na comunicação social e, por vezes, pelo que nos fomos apercebendo, as pessoas utilizarem essa “bandeira” sem entenderem o que ela implica e o que é necessário para a fazer cumprir.

Nesta sede, as crianças foram ouvidas e manifestaram vontade em ficar a residir com o pai e manter as visitas à mãe. Consideram que a mãe é mais instável e que se sentem mais confortáveis a residir em casa do pai, embora preferiram viver na casa de morada de família por ser maior e ser lá que sempre viveram (isto quanto ao espaço físico apenas).

Aquando da alteração da regulação das responsabilidades parentais (impulsionada pelo progenitor), a mãe insistiu que queria manter o regime de residência alternada (nas palavras desta, praticado até à data). Face à sua postura e à confusão quanto aos conceitos, a senhora juiz explicou à progenitora o que consistia de facto um regime de residência alternada e (ao que nos pareceu) a mãe entendeu as diferenças, bem como os benefícios de neste momento não ser praticável um regime neste sentido. As próprias crianças, quando foram ouvidas pelas magistradas, demonstraram que, embora gostassem de ficar a residir alternadamente em casa de ambos os pais, “isso não é possível”, devido ao facto de estes terem uma relação muito conflituosa e não conseguirem de todo comunicar.

A mãe mostrou-se reticente em aceitar a proposta do Tribunal, pelo que a magistrada, ao abrigo do artigo 40.º, n.ºs 6 e 7 do RGPTC⁵¹, determinou o ‘acompanhamento pós-decisão’, a fim de aferir, futuramente, a possibilidade de se implementar uma residência alternada neste caso. Determinou este acompanhamento, também, pela postura intempestiva da progenitora e pela informação contida e dada como provada nos restantes apensos, designadamente no incidente de incumprimento das responsabilidades parentais.

3. “O acordo extorquido.”⁵²

Esta situação, a nosso ver, foi muito peculiar, no entanto, segundo nos informaram, não será um caso tão raro assim.

⁵¹ “6 - Nos casos em que julgue haver risco de incumprimento da decisão, o juiz pode determinar o acompanhamento da execução do regime estabelecido pelos serviços de assessoria técnica, por período de tempo a fixar. 7 - Nos casos previstos no número anterior, os serviços de assessoria técnica informam o tribunal sobre a forma como decorre a execução da decisão, com a periodicidade por ele fixada, ou antes de decorrido tal prazo, oficiosamente, sempre que ocorra incumprimento reiterado ou gravoso do regime fixado.”

⁵² Este caso não foi por nós acompanhado até ao final, pelo que, desta forma, não conseguiremos explicar as decisões finais.

Os progenitores viveram em união de facto por um curto período de tempo e dessa união nasceu um filho, que a esta altura tem cerca de 3 anos de idade. Aquando da separação, o ex-casal dirigiu-se a uma conservatória e redigiu um acordo sobre o exercício das responsabilidades parentais quanto ao filho de ambos. Neste acordo, quanto à residência do menor, foi fixada uma residência alternada (por períodos semanais) entre as casas dos dois progenitores, cabendo a cada um o exercício das responsabilidades parentais relativamente aos atos da vida corrente do menor, na respetiva semana. Quanto às questões de particular importância, as decisões seriam tomadas em conjunto, por ambos os progenitores. Regularam neste acordo questões relativas às épocas festivas, férias escolares do menor, aniversários dos progenitores e da criança, alimentos e despesas variáveis, viagens ao estrangeiro e comprometeram-se a informar-se reciprocamente sobre os mais relevantes aspetos da vida do menor.

Este regime vigorou durante cerca de três meses (segundo o pai, “sem quaisquer problemas quer para o menor quer para os progenitores”) até a mãe impulsionar neste Tribunal uma ação de regulação das responsabilidades parentais.

A progenitora considerou que as responsabilidades parentais não estavam devidamente reguladas e acrescentou que não conseguia acordar com o requerido o exercício das mesmas. Nas palavras da mãe, não existia na prática qualquer regime de residência alternada, pelo que considerava que o menor vivia consigo e que o progenitor, quando o levava (findos os fins de semana das “visitas”), arranjava sempre desculpas para “não o entregar”. Com isto queremos dizer que, embora pelo que consta dos autos, o menor se encontrasse a viver em regime de residência alternada, isto não era assim tão claro para a mãe, que percecionava que o seu filho se mantinha num regime de residência única, com visitas ao pai, que dificultava as entregas do menor aquando do regresso à casa da progenitora.

Em conferência, a progenitora manifestou ao Tribunal o descontentamento com o regime apresentado no prévio acordo, acrescentando ainda que se viu obrigada a subscrever este acordo a fim de terminar o ambiente litigioso com o pai do menor. No seguimento, peticionou que o mesmo ficasse à guarda e cuidados da

mãe e que o pai passasse fins de semana alternados com o filho (isto quanto à residência e às visitas).

Como em conferência não foi atingido o acordo, os progenitores foram remetidos para Audição Técnica Especializada, visto que ambos estavam com posições bastante extremadas: o pai considerava que se devia manter o regime de residência alternada, que já vinha sendo praticado há cerca de três meses e a mãe considerava que devia ser implementado um regime de residência única (fixada com a mãe), com visitas ao pai.

4. “Um caminho cheio de pedras na direção da residência alternada!”

Este foi dos casos que mais satisfação nos deu ao acompanhar a progressão dos pais, na evolução positiva da sua relação, de forma a corresponderem ao superior interesse do seu filho. Os progenitores viveram em união de facto até 2013 e fruto desta relação nasceu um filho, em 2012. Estão retratados nos autos episódios de violência física e psicológica graves, durante a união, e o clima conflitual nesta relação era notório. Inclusivamente, a progenitora apresentou queixa pelo crime de violência doméstica contra o ex-companheiro.

Após a separação, o filho, de 11 meses na altura, ficou a residir com o pai, visto que, alegadamente, este não deixou a progenitora levar a criança para sua casa, após várias tentativas da mesma. Todavia, em sede de julgamento, veio-se a provar que a criança não ficou a residir com a mãe porque, na altura da separação, esta não se considerava com as condições necessárias para ter o filho consigo.

Em 2013, foi impulsionada pelo MP uma ação de regulação das responsabilidades parentais. No entanto, como os pais não lograram chegar a acordo em sede de conferência, foi fixado um regime provisório que consistia em o menor residir habitualmente com o progenitor e, aos fins de semana, a progenitora ir buscá-lo, a fim de conviverem durante este período. Foi fixada também uma pensão de alimentos a ser paga pela mãe, no valor de 100€ mensais.

O ambiente entre os pais sempre foi bastante hostil. Em alguns fins de semana, alegadamente, o pai não permitiu que a mãe fosse buscar o menor, por este se encontrar a realizar um tratamento médico que não deveria ser suspenso no fim de semana em que a criança ficava em casa da mãe. A GNR chegou a intervir nestes desentendimentos.

No decorrer do período em que o regime provisório estava em curso, a mãe tentou por diversas vezes ver alterado o regime, no sentido de a criança passar a residir consigo.

Em processo de regulação das responsabilidades parentais, intentado pelo MP, foi decidido em 2015, por este Tribunal, que o menor ficaria a residir com o pai. Um ano volvido, a mãe impulsiona neste Tribunal uma ação de alteração das responsabilidades parentais, pretendendo que a criança ficasse a si confiada, junto de quem residiria e a qual assumiria as decisões referentes aos atos da vida corrente do menor durante o tempo que o filho consigo convivesse (igual se projetando para o progenitor). Naturalmente, e como já tinha sido habitual neste processo, o progenitor pronunciou-se no sentido oposto.

Posteriormente, ambos os progenitores manifestaram vontade (e fizeram-na chegar ao processo) de desistir deste pedido de alteração pelo que, consequentemente, os autos foram arquivados.

Contudo, a criança sempre exteriorizou a vontade de ficar com os dois progenitores “em tempo igual”, visto ter um relacionamento de grande proximidade com ambos. A mãe sempre mostrou muita vontade em privar mais tempo com o seu filho e demonstrou ainda, nos dias que correm, ter condições para isso acontecer.

Dois anos depois, nova ação de alteração das responsabilidades parentais foi impulsionada neste Tribunal pela progenitora. A mãe requereu que o Tribunal fixasse, a fim de salvaguardar os interesses da criança, um regime de residência alternada, em períodos semanais. Naturalmente que, face à trajetória levada a cabo pelos progenitores ao longo do processo, o Tribunal ficou apreensivo em homologar um possível acordo neste sentido.

Em conferência, os pais conseguiram, finalmente, chegar a acordo quanto ao exercício das responsabilidades parentais, nos exatos termos explanados pela progenitora na petição. Os progenitores revelavam, a esta altura, uma pacificação fora do comum face aos seus antecedentes. A postura dos pais demonstrava um amadurecimento das suas posições e, desta forma, foi possível chegar a um acordo que não se mostrava minimamente plausível nos anos anteriores. O MP declarou nada ter a opor, visto estar salvaguardado o superior interesse da criança, e o acordo foi homologado.

5. “Quando o arrependimento chega...”⁵³

Neste caso, os progenitores viveram em união de facto durante cerca de 11 anos. Fruto deste relacionamento nasceu uma filha, atualmente com 7 anos de idade. Os progenitores estão agora separados e, na sequência desta separação, desde setembro de 2018, a criança reside alternadamente com o pai e a mãe por períodos semanais. Todavia, a mãe entende que a situação que se verifica não é a que mais se adequa, nem a que melhor acautela o superior interesse da criança, devido ao facto de esta considerar que a filha necessita de estabilidade.

Como em novembro de 2018 as responsabilidades parentais ainda não se encontravam reguladas e a progenitora não considerava que a alternância de residências fosse benéfica para a criança, esta propôs uma ação de regulação das responsabilidades parentais neste Tribunal. A progenitora requereu, assim, que a menor ficasse a residir consigo e que passasse um fim de semana de quinze em quinze dias com o pai.

A mãe considera que a criança não se sente bem com o regime praticado até então e expôs, ademais, que a filha lhe pede, constantemente, para ir para sua casa.

A magistrada tentou que os progenitores chegassem a acordo e que a mãe entendesse que as crianças precisam do seu tempo para se adaptarem às novas

⁵³ Este caso não foi por nós acompanhado até ao final, pelo que, desta forma, não conseguiremos explicar as decisões finais.

situações. De facto, é de considerar que a forma como as famílias se organizam posteriormente às separações, regra geral, é aquela que é mais consonante com as rotinas levadas a cabo enquanto casal.

No decorrer da conferência de pais, o pai sempre demonstrou que a criança durante a semana que estava com ele se encontrava bem e que, pese embora manifestasse diversas vezes que tinha saudades da mãe, isto também aconteceria no polo oposto quando estava com a mãe.

A progenitora considera que, em setembro, quando concordou com o regime da residência alternada, o seu consentimento foi de alguma forma influenciado pelo carácter, alegadamente, violento do progenitor, expondo agora o seu arrependimento relativamente a esse acordo.

Os pais não chegaram a acordo pelo que foram remetidos para Audição Técnica Especializada.

4. A NECESSIDADE E OS BENEFÍCIOS DO 'ACOMPANHAMENTO PÓS-DECISÃO' AQUANDO DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA RESIDÊNCIA ALTERNADA

Depois de analisar em detalhe a solução da residência alternada, surge-nos, inevitavelmente, uma questão: o que acontecerá depois da sentença que aplica a residência alternada? Ou do acórdão que a confirma?

Quantas sentenças tão bem escritas e primorosas, delineadas de forma cuidada e pormenorizada, com contribuições de técnicos especialistas, doutrina e jurisprudência a sustentar os termos da decisão, resultam em reiterados incidentes de incumprimento ou, pior, valem apenas em termos formais, não sendo minimamente cumpridas na realidade (GONÇALVES, 2012, p. 98)? O facto de determinado regime ser formalmente fixado por um Tribunal, mesmo mediante acordo prévio dos progenitores quanto a ele, não conduz, necessariamente, ao seu cumprimento e à harmonia da vida familiar, visto que o fim do processo, a maior parte das vezes, não implicará o fim do conflito.

Um regime neste sentido, ao prever uma distribuição igualitária de tempos de estadia da criança com ambos os progenitores, depois de iniciada a sua execução, pode criar alguns antagonismos, na medida em que necessitará de uma capacidade de ajuste superior, por parte dos progenitores e das respetivas famílias recombinadas (caso existam).

Por sua vez, consideramos que, nomeadamente nos casos em que o magistrado aplique um regime com alternância de residências em termos paritários, será benéfico, e até imprescindível, que o mesmo faça uso da letra do artigo 40.º, n.ºs 6 e 7⁵⁴ do RGPTC e determine o acompanhamento da execução do

⁵⁴ “6 - Nos casos em que julgue haver risco de incumprimento da decisão, o juiz pode determinar o acompanhamento da execução do regime estabelecido pelos serviços de assessoria técnica, por período de tempo a fixar. 7 - Nos casos previstos no número anterior, os serviços de assessoria técnica informam o tribunal sobre a forma como decorre a execução da decisão, com a periodicidade por ele fixada, ou antes

regime estabelecido, pelos serviços de assessoria técnica, por período de tempo a fixar.

Este diploma, aprovado pela Lei n.º 141/2015, a 8 de setembro, aponta para um novo paradigma através da intervenção especializada de técnicos, com vista ao exercício de uma parentalidade positiva. O serviço de assessoria técnica consubstancia-se, essencialmente, na Audição Técnica Especializada e na Audição das crianças, no decorrer dos processos de regulação das responsabilidades parentais. Não obstante, este serviço também poderá atuar, quando haja necessidade, depois de o processo estar findo.

Assim, perante este contexto, e principalmente se o regime em causa for aplicado a crianças de tenra idade, consideramos que os Tribunais devem controlar estritamente o ‘pós-decisão’ através de especialistas, como psicólogos, pedopsiquiatras, mediadores familiares ou assistentes sociais.

Por outro lado, há que ter em conta que, naturalmente, as crianças crescem e as famílias mudam. Desta feita, o regime de responsabilidades parentais estabelecido à data da sentença que, depois de todo o processo de investigação e respetiva apreciação, se afigurava o mais conducente ao superior interesse da criança, pode, posteriormente, revelar-se desajustado perante uma nova realidade familiar (AGULHAS & ANCIÃES, 2017, p. 222).

Assim, será positivo, por exemplo, os Tribunais aporem uma cláusula de revisão nas sentenças de regulação das responsabilidades parentais com estas especificidades. No processo de revisão, o magistrado poderá socorrer-se dos serviços de assessoria técnica a fim de requerer avaliações psicológicas das crianças e dos progenitores, de forma a detetar se o modelo implementado está a ser praticado positivamente.

Se o acompanhamento de que falamos for efetuado e, por sua vez, os relatórios dos técnicos indicarem que as crianças não se estão a adaptar ao modelo implementado, que os progenitores não cumprem com o decidido ou mantêm um

de decorrido tal prazo, oficiosamente, sempre que ocorra incumprimento reiterado ou gravoso do regime fixado.”

clima de animosidade de tal forma acentuado que os impede de afastarem as suas posições em benefício dos filhos, os juízes estarão, certamente, na disposição de alterar, em favor do superior interesse das crianças, os regimes em questão. Nas sábias palavras da juiz que nos orientou o estágio, “sujeitar a criança a algo que é mais doloroso que saboroso, não é minimamente saudável”, e, assim, o mais importante será os técnicos entenderem se os contactos, sejam eles com que regularidade forem, são satisfatórios para os menores.

Por seu turno, também será prudente este tipo de acordos ou decisões, em casos de persistência do clima conflitual, estarem sujeitos a uma ‘fase de experimentação’, em que a criança poderia ser acompanhada por um psicólogo ou pedopsiquiatra. Desta forma, poderia aferir-se da adaptação da criança à alternância de residências e, caso o relatório revelasse sintomas de desequilíbrio ou instabilidade psicológicas⁵⁵, proceder à revisão do modelo previamente implementado (SOTTOMAYOR, 2014, pp. 102-104).

Não obstante o explanado, os Tribunais em Portugal possuem escassos meios para fazer cumprir o mencionado preceito legal. Os serviços da Segurança Social que, na maioria das localidades, operam em conjunto com os Tribunais, estão de tal forma atulhados de trabalho que, infelizmente, tornam-se incapazes de responder com a brevidade e qualidade desejada aos pedidos dos magistrados.

O Juízo de Família e Menores de Pombal, a fim de contornar esta situação, para além do protocolo realizado com a APEPI⁵⁶ e com a Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, estabeleceu parcerias com psicólogos privados e independentes das várias áreas de abrangência da competência deste Tribunal. Estes psicólogos aceitaram ser remunerados de acordo com as tabelas dos peritos especialistas.

⁵⁵ Plasmados em episódios de, por exemplo, enurese noturna, pesadelos, crises de ansiedade, ou outras perturbações.

⁵⁶ Associação de Pais e Educadores para a Infância que iniciou a sua atividade em Pombal, em outubro de 1982, com a resposta social de Creche e Jardim de Infância. Hoje, atua como Creche Institucional e Familiar, na Educação Pré-Escolar, como Centro de Acolhimento, Casa de Abrigo, Centro de Apoio à Vida, Gabinete de Apoio às Vítimas de Violência e Centro de Atendimento Social.

É de notar que, se não for através deste acompanhamento, ou se dele não provierem resultados favoráveis, a única solução que resta aos magistrados, quando se deparam com sucessivos incumprimentos das responsabilidades parentais, será a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias. Nesta jurisdição, por excelência, as decisões só serão cumpridas se as partes demonstrarem vontade e proatividade nesse sentido, pelo que caberá às famílias priorizar o interesse principal de todo processo – o das crianças.

CONCLUSÕES

Ao longo de mais de um século muitas foram as alterações que se fizeram sentir na família ocidental. A família que, forçosamente, emergia do vínculo matrimonial católico entre o homem e a mulher, deu lugar a inúmeras outras realidades. O aumento do número de divórcios, das uniões de facto, dos filhos nascidos fora do casamento, das relações sexuais fortuitas e das famílias recombinadas conduziram a uma nova vaga de relações familiares. Hoje em dia, o vínculo conjugal cria-se, mantém-se e finda-se quando os intervenientes assim o desejam, sem ditames impostos, apenas guiados pela vontade imensurável de atingir a tão procurada felicidade, alcançada através da partilha de afetos.

Desta feita, também as relações familiares tendencialmente hierárquicas, fundadas na submissão e obediência ao *pater*, foram substituídas por ligações mais descomprometidas, horizontais e relacionais, onde deveria primar a paridade entre os membros familiares. Esta igualdade repercute-se não só no seio da relação entre o casal, enquanto cônjuges, mas também na sua postura enquanto progenitores.

A nossa sociedade evoluiu, notoriamente, na direção da recíproca fungibilidade de papéis entre homens e mulheres, encontrando-se, ao invés do que se percecionava noutros tempos, uma colaboração mútua na realização das tarefas familiares e domésticas, não estando, destarte, a mulher reduzida ao papel de ‘mãe cuidadora e dona de casa’. A carreira profissional faz agora também parte do dia-a-dia das mulheres e o homem abandonou a sua função de segurança económica da família – o ‘ganha-pão’ –, pelo que os tempos que cada um tem para cuidar das rotinas familiares e domésticas em muito se equipararão.

Também a forma como a própria criança é vista pela sociedade sofreu profundas e muito relevantes mutações. Agora, a criança é tomada como um ser humano em desenvolvimento, um indivíduo com dignidade para além da família e com os seus direitos bem definidos. A aprovação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, em 1989, foi preponderante neste sentido. Ainda que

se reconheça, naturalmente, a posição mais fragilizada da criança por se tratar de um ser em construção que necessita da devida proteção, a esta são-lhe reconhecidos direitos no sentido de a permitirem ingerir nas decisões que são tomadas sobre a sua vida. Falamos, nesta sede, do direito à audição e à valoração da opinião das crianças nos processos judiciais que lhes digam respeito.

Assente que estão estas transformações, é de notar que, quando o que está em causa são as responsabilidades parentais relativas aos filhos, consideramos que, pese embora a igualdade parental se faça sentir progressivamente, ainda haverá um longo caminho a percorrer. Aliás, esta igualdade até se pode denotar quando os dois progenitores coabitam juntos, mas acaba, na maior parte dos casos, por se dissipar após uma separação conjugal, ou nem chegar a existir quando os pais nunca viveram juntos.

O regime-regra, previsto no Código Civil Português, orienta no sentido de que, após uma dissensão conjugal, ou quando os progenitores não coabitem, deva ser fixada uma residência habitual para os filhos, com um dos pais – o ‘residente’ –, ficando o outro – ‘o visitante’ – com a possibilidade de estabelecer contactos com as crianças nos termos acordados ou decididos pelo Tribunal. Facilmente se depreende que esta solução não garantirá a igualdade entre os progenitores, privando a criança de um envolvimento paterno e materno equivalente no seu dia-a-dia.

Todavia, não consideramos que a lei barre imperativamente outros modelos de convivência, quando estes garantem o superior interesse das crianças envolvidas. Ou melhor, somos da opinião de que o artigo 1906.º do Código Civil até incentiva a promoção de acordos ou tomada de decisões que ampliem os contactos de ambos os progenitores com os filhos, de forma a que a relação familiar perdure e, por sua vez, os hábitos e rotinas das crianças na constância da relação dos seus progenitores não sejam consideravelmente alterados.

No entanto, parece-nos que atualmente se coloca, em demasia, o enfoque na necessidade de atingir a igualdade de direitos entre os dois progenitores, mas o que realmente concerne, a nosso ver, será a possibilidade de a criança ter os dois

pais, de forma regular e rotineira, na sua vida, mantendo ou criando relações de qualidade com aqueles que, em princípio, serão os seus vinculadores seguros. Só fazendo valer o direito que a criança tem de ter o pai e a mãe na sua vida, se caminha na direção de cumprir o seu superior interesse.

Foi de facto na implementação de regimes de responsabilidades parentais com residências alternadas que culminou toda esta transformação social que demos conta. Aliás, o que melhor poderá garantir que uma criança se desenvolva emocional e psicologicamente de forma saudável senão poder crescer com o pai e mãe de forma presente na sua vida? A própria CRP orienta na direção de proibir, expressamente, a separação das crianças dos seus respetivos progenitores, sempre que estes cumpram os deveres fundamentais que têm para com os seus filhos⁵⁷. Privar uma criança ou jovem da convivência com o pai ou a mãe, sendo estes capazes de exercer o seu poder/dever enquanto progenitores, afetará negativamente todo o seu futuro enquanto indivíduo social.

Não obstante, chegámos à conclusão, que embora teoricamente perfeito, um regime neste sentido não pode ser aplicado em todos os casos. Situações há em que a criança estar a residir alternadamente, por tempos iguais, na casa de ambos os progenitores, vai precisamente contra o seu superior interesse. Porém, não consideramos que esta deva ser uma solução de exceção, deve sim ser aplicada quando os progenitores se encontram em circunstâncias que o permita, com as devidas reservas impostas pela prudência.

Claro é que nesta jurisdição, o facto de um juiz escrever uma sentença ou até homologar um acordo não conduz, por si só, ao cumprimento do decidido. É necessária vontade dos intervenientes! O problema é que em grande parte dos casos, a vontade dos intervenientes extrapola e até contraria o superior interesse dos filhos. Os pais tendem a estar de tal forma arreigados às suas posições extremadas que não conseguem distinguir a relação conjugal da relação parental, servindo-se das crianças como ‘arma de arremesso’ para lutar contra o outro. Neste contexto, nada garante que, seja qual for o modelo residencial e regime de

⁵⁷ Vide artigo 36.º, n.º 6.

exercício das responsabilidades parentais aplicado a determinada criança, este caminhe na promoção de uma parentalidade positiva e responsável.

Contudo, acreditamos que os magistrados portugueses têm feito um excelente trabalho. Têm-se mostrado, no geral, aptos a abrir as suas mentalidades e dispostos a seguir o trilho da interdisciplinaridade. Embora em algumas sentenças ou acórdãos se continue a denotar alguns critérios, de certa forma, estereotipados, os paradigmas que apontavam para uma predisposição maior da mãe para tratar dos filhos, em prejuízo de um pior cuidado advindo do pai, estão a ser progressivamente abandonados.

Face a todo o exposto, concluímos que, embora a residência alternada seja um regime com indubitáveis benefícios, não será razoável a sua aplicação em três estâncias situações: quando os progenitores residem a uma distância que implique que a criança não possa frequentar o habitual estabelecimento de ensino de forma assídua e proveitosa; quando o conflito parental está de tal forma agudizado que impede os pais de dialogarem e de se concertarem quanto ao projeto de vida dos filhos; quando os progenitores não estão de acordo quanto à aplicação do regime em questão.

Para além destas situações, sempre que a implementação desta solução não zele pelos direitos e não salvguarde o superior interesse das crianças em causa, i.e., a sua saúde física e emocional, a sua estabilidade, a sua felicidade, a sua autonomia e liberdade, a sua segurança e o seu desenvolvimento responsável, a decisão do magistrado não deverá ser neste sentido.

Bibliografia

ABOIM, Sofia. (2006). *Conjugalidades em mudança. Percursos e dinâmicas da vida a dois*. Lisboa: ICS/ Imprensa de Ciências Sociais.

AGULHAS, Rute., & ANCIÃES, Alexandra. (2017). “Avaliação pericial no âmbito do exercício das responsabilidades parentais. Que contribuição para a atribuição de residência alternada?”, in *Uma família parental, duas casas. Residência alternada – Dinâmicas e práticas sociais*. Lisboa: Edições Sílabo, pp. 207-230.

ALARCÃO, Madalena. (2014). “A importância das relações afetivas da criança no desenvolvimento da sua personalidade”, in *AAVV – A Tutela Cível do superior interesse da criança – TOMO III*. Lisboa: CEJ, Ebook, pp. 67-99. [Online: citação a 14 de dezembro de 2018].

Disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interestese_Crianca_TomoIII.pdf.

ALBUQUERQUE, Catarina de. (2014). “O princípio do superior interesse da criança”, in *AAVV – Tutela Civil do superior interesse da criança – TOMO III*. Lisboa: CEJ, Ebook, pp. 181-218. [Online: citação a 14 de dezembro de 2018].

Disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interestese_Crianca_TomoIII.pdf.

- ALMEIDA, Susana. (2009). *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 156-218.
- AMARAL, Jorge Augusto Pais do. (2010). “A Criança e os seus Direitos”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra. Coimbra: Almedina, pp. 163-176.
- BESSA-LUÍS, Agustina. (2008). *Dicionário Imperfeito*. Lisboa: Guimarães Editora.
- BOLIEIRO, Helena. (2010). “O Direito das Crianças a uma Família”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra. Coimbra: Almedina, pp. 99-109.
- BOLIEIRO, Helena, & GUERRA, Paulo. (2014). *A Criança e a Família – Uma Questão de Direito(s). Visão Prática dos Principais Institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. Coimbra: Coimbra Editora.
- BRETHERTON, Inge. (1992). “The Origins of Attachment Theory: John Bowlby and Mary Ainsworth”, in *Developmental Psychology*, 28(5). American Psychological Association, Inc, pp.759-775.
- CABRITA, Maria João Serpa Leal. (2015). *Residência alternada: Uma Questão de Particular Importância na Salvaguarda do Superior Interesse dos Filhos em Caso de Não Coabitação do Pai e da Mãe*. Tese de Mestrado defendida em 29-7-2015, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. [Online: citação a 14 de dezembro de 2018].
Disponível em

<http://igualdadeparental.org/wp-content/uploads/2012/06/GUARDA-ALTERNADA-TESE-MESTRADO-MARIA-JO%C3%83O-SERPA-CABRITA.pdf>.

CARVALHO, Filipa Daniela Ramos de. (2011). *A (Síndrome de) Alienação Parental e o Exercício das Responsabilidades Parentais: algumas considerações*. Centro de Direito da Família, 26. Coimbra: Coimbra Editora.

COELHO, Francisco Pereira, & OLIVEIRA, Guilherme de. (2016). *Curso de Direito da Família*. Vol. I – Introdução ao Direito Matrimonial. 5.^a ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona, & PEREIRA, José Silva. (2011). *Direito da Família, Tópicos Para Uma Reflexão Crítica*. Lisboa: AAFDL Editora.

CRUZ, Rossana Martingo. (2017). “A afinidade – breve consideração”, in *Anuário de Direitos Humanos*. Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito, Universidade do Minho, pp. 129-137.

DIAS, Maria Olívia. (2011). “Um olhar sobre a família na perspetiva sistémica. O processo de comunicação no sistema familiar”, in *Gestão e desenvolvimento*, 19, pp. 139-156. [Online: citação a 17 de janeiro de 2019]. Disponível em http://z3950.crb.ucp.pt/biblioteca/gestaodesenv/gd19/gestaodesenvvime nto19_139.pdf.

FERREIRA, Célia. (2014). “Audição de crianças em contexto avaliativo e judiciário”, in *AAVV – Tutela Civil do superior interesse da criança –*

TOMO III. Lisboa: CEJ, Ebook, pp. 255-289. [Online: citação a 14 de dezembro de 2018].

Disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interestese_Crianca_TomoIII.pdf.

FIALHO, António José. (2014). “Residência alternada – visões de outras paragens”, in *AAVV – Tutela Civil do superior interesse da criança – TOMO I*. Lisboa: CEJ, Ebook, pp. 263-290. [Online: citação a 14 de dezembro de 2018].

Disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civel_Superior_Interestese_Crianca_TomoI.pdf.

FLAQUER, Lluís., ESCOBEDO, Anna., GARRIGA, Anna., & MORENO, Carmen. (2017). “A igualdade de género, o bem-estar da criança e a residência alternada em Espanha”, in *Uma família parental, duas casas. Residência alternada – dinâmicas e práticas sociais*. Lisboa: Edições Sílabo, pp. 87-106.

INSTITUTO DA SEGURANÇA SOCIAL, I.P. (2017). *Manual da Audição da Criança – Direito a ser ouvida – Assessoria Técnica aos Tribunais – Área Tutelar Cível*. Versão 01, janeiro de 2017. Lisboa. [Online: citação a 15 de janeiro de 2019].

Disponível em

http://www.seg-social.pt/documents/10152/15142851/Manual%20AC_V_revista%207%20mar%C3%A7o.pdf/e242ec39-1a7c-469f-9a9f-4fc815864016.

GERSÃO, Eliana. (2010). “Transformação Social, Divórcio e Responsabilidades Parentais”, in *Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra. Coimbra: Almedina, pp. 223-235.

GIL, Ana Rita. (2017). “*Child Friendly Justice* - Orientações Europeias para uma mudança de paradigma”, in *Revista Luso-Brasileira de Alienação Parental*, pp. 248-257. [Online: citação a 15 de novembro de 2018].
Disponível em
https://revistaalienacaoparental.webnode.pt/_files/200000989-eb1cfec17c/EDI%C3%87%C3%83O%20ESPECIAL%202017.pdf.

GONÇALVES, Helena. (2012). “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. Residência alternada: o debate fora da rede”, in *Jurisdição da Família e das Crianças. Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial. Ações de Formação – 2011-2012. Textos dispersos*, pp. 91-106. [Online: citação a 15 de janeiro de 2019].
Disponível em
http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Jurisdicao_familia_civil.pdf.

LEAL, Ana Teresa. (2014). “Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A Residência alternada”, in *AAVV – Tutela Civil do superior interesse da criança – TOMO I*. Lisboa: CEJ, Ebook, pp. 365-446. [Online: citação a 14 de dezembro de 2018].
Disponível em
http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civil_Superior_Interest_Crianca_TomoI.pdf.

LEANDRO, Maria Engrácia. (2006). “Transformações da família na história do Ocidente”, in *Theologica*, 2ª Série, 41, 1, pp. 51-74. [Online: citação a 25 de novembro de 2018].

Disponível em

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/12875/1/leandro.pdf>.

LÚCIO, Laborinho. (2010). “A Criança e os Direitos – O Superior Interesse da Criança”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra. Coimbra: Almedina, pp. 177-197.

MARINHO, Sofia. (2017). “A residência alternada e as transformações na família”, in *Uma família parental, duas casas. Residência alternada – dinâmicas e práticas sociais*. Lisboa: Edições Sílabo, pp. 13-29.

MARTINS, Norberto. (2010). “Os Direitos das Crianças Para Terem Direito a Uma Família”, in *Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, coord. de Armando Leandro; Álvaro Laborinho Lúcio; Paulo Guerra. Coimbra: Almedina, pp. 199-210.

MARTINS, Rosa. (2008). *Menoridade, (In)Capacidade e Cuidado Parental*. Centro de Direito da Família, 13. Coimbra: Coimbra Editora.

MONTEIRO, A. Reis. (2010). *Direitos da Criança: Era uma vez...* Coimbra: Almedina.

OLIVEIRA, Guilherme de. (2001). “Queremos amar-nos...mas não sabemos como!”, in *Temas de Direito da Família*. Centro de Direito da Família, 1, 2ª ed. atualizada. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 333-346.

OLIVEIRA, Guilherme de. (2011). “Ascensão e queda da doutrina do «cuidador principal»”, in *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*. Ano 8, n.º 16. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 5-17.

OLIVEIRA, Guilherme de. (2017). “A «residência alternada» em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008”, in *Uma família parental, duas casas. Residência alternada – dinâmicas e práticas sociais*. Lisboa: Edições Sílabo, pp. 149-162.

PEDROSO, João., & BRANCO, Patrícia. (2008). “Mudam-se os tempos, muda-se a família. As mutações do acesso ao direito e à justiça das famílias e das crianças em Portugal”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 82, pp. 53-83. [Online: citação a 30 de novembro de 2018].

Disponível em

[https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/839_RCCS82-053-083-Pedroso-Branco%20\(4\).pdf](https://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/839_RCCS82-053-083-Pedroso-Branco%20(4).pdf).

PEDROSO, João., CASALEIRO, Paula., & BRANCO, Patrícia. (2014). “A (des)igualdade de género nos tribunais de família e menores: um estudo de sentenças de regulação das responsabilidades parentais em Portugal”, in *Revista Estudos de Sociologia*, 19, n.º 36, pp. 81-100. [Online: citação a 30 de novembro de 2018].

Disponível em

<https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/5830/5121>.

PEREIRA, Rui Alves. (2015). “Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o princípio da audição da criança”, in *JULGAR*, revista online. [Online: citação a 29 de janeiro de 2019].

Disponível em <http://julgar.pt/por-uma-cultura-da-crianca-enquanto-sujeito-de-direitos-o-principio-da-audicao-da-crianca/>.

PINHEIRO, Jorge Duarte. (2011). “Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. III – Direito das Pessoas e da Família. Coimbra: Almedina, pp. 475-488.

PINHEIRO, Jorge Duarte. (2013). *O direito da família contemporâneo. Lições*. 4.^a ed. Lisboa: AAFDL.

PIRES, Gonçalo da Cunha. (2016). “Audição da Criança”, in *Jornadas de Direito da Família. As novas Leis: desafios e respostas*. Lisboa: Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados. CEJ, Ebook, pp. 61-70. [Online: citação a 27 de janeiro de 2019].

Disponível em

http://cdlisboa.org/2016/ebook_jornadas_direito_da_familia.pdf.

RIBEIRO, Alcina Costa. (2015). “Participação e Audição da Criança: O direito de participação e audição da criança no ordenamento jurídico português”, in *Data Venia*, Ano 3, n.º 4, pp. 99 a 144. [Online: citação a 26 de janeiro de 2019].

Disponível em

http://www.datavenia.pt/ficheiros/edicao04/datavenia04_099-144.pdf.

RICCI, Isolina. (2004). *Casa da Mãe, Casa do Pai. Construir dois lares para os seus filhos. Um guia para pais separados, divorciados ou que voltaram a casar*. Lisboa: Edições Sílabo.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite. (2011). *Questões de Particular Importância no Exercício das Responsabilidades Parentais*. Coimbra: Coimbra Editora.

SILVA, Joaquim Manuel da. (2016). *A família das crianças na separação dos pais. A guarda compartilhada*. Lisboa: Petrony Editora.

SILVA, Joaquim Manuel da. (2017). “A residência alternada: o direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais”, in *Uma família parental, duas casas. Residência alternada – dinâmicas e práticas sociais*. Lisboa: Edições Sílabo, pp. 173-188.

SILVA, Joaquim Manuel da. (2018). “Parentalidade e género: a criança tem o mesmo direito a ter mãe e pai no processo de regulação das responsabilidades parentais? A criança fica com a sua família parental?”, in *Parentalidade e Género*. Lisboa: CEJ, Ebook. [Online: citação a 26 de janeiro de 2019].

Disponível em

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/eb_Parentalidade_Genero2018.pdf.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. (2014). *Temas de Direito das Crianças*. Coimbra: Almedina.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. (2016). *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*. 6.^a ed., reimpressão. Coimbra: Almedina.

XAVIER, Rita Lobo. (2010). *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais – Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro*. Reimpressão da edição de abril de 2009. Coimbra: Almedina.

Jurisprudência citada

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de dezembro de 2018, Proc.: 2311/18.0T8PBL-A.C1; Rel.: Alberto Ruço.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/790ca68c712df6d18025837e004b5f14?OpenDocument&Highlight=0,Resid%C3%A2ncia,alterada>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de junho de 2018, Proc.: 261/17.6T8VIS-A.C1; Rel.: Moreira do Carmo.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/21d3ccb2cc4266bd802583350052e711?OpenDocument&Highlight=0,tenra,idade>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de abril de 2018, Proc.: 670/16.8T8AMD.L1-2; Rel.: Ondina Carmo Alves.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/9fb53ddaf20154a4802582a4004dc961?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de março de 2018, Proc.: 297/15.1T8PTM-C.E1; Rel.: Tomé Ramião.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/32dda5f11dad65bb8025826600309601?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 30 de janeiro de 2018, Proc.: 1544/12.7TMLSB-E.L1-1; Rel.: Isabel Maria da Fonseca.

Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5364&codarea=58.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de janeiro de 2018, Proc.: 67/13.1TMPRT-F.P1; Rel.: Fátima Andrade.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f8b2c9a8d381fafe8025823d00573391?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 23 de janeiro de 2018, Proc.: 2203/17.0T8CSC-A.L1-7; Rel.: Luís Espírito Santo.

Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/jur_mostra_doc.php?nid=5365&codarea=58.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de junho de 2016, Proc.: 3850/11.9TBSTS-A; Rel.: Luís Cravo.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/a4a6556cb1c8c72680257fef0047a477?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de novembro de 2015, Proc.: 82-14.8TBSRQ-A.L1-8; Rel.: António Valente.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/8656234ac510c87780257f020043a321?OpenDocument&Highlight=0,Ant%C3%B3nio,Valente>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de fevereiro de 2015, Proc.: 1463/14.2TBCSC.L1-8; Rel.: Catarina Arêlo Manso.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4a110f4079c6b72a80257e0c00302321?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 13 de maio de 2014, Proc.: 5253/12.9TBVFR-A.P1; Rel.: Rodrigues Pires.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/d7ed0552c70bb75680257cec003da443?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de maio de 2013, Proc.: 1297/12.9TBBRR.L1-8; Rel.: António Valente.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e3e3aa7dbbaf3f2080257b8e004adc16?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de outubro de 2012, Proc.: 4547/11.5TBCSC-A.L1-6; Rel.: Ana de Azeredo Coelho.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/1a3fcf3876ac675c80257ac2005bb7bd?OpenDocument>.

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 18 de outubro de 2011, Proc.: 626/09.7TMCBR.C1; Rel.: Regina Rosa.

Disponível em

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/de10af80401d246980257933004ed09f?OpenDocument>.

Índice

Agradecimentos	VI
Declaração de compromisso antiplágio.....	VII
Modo de citar e convenções	VIII
Lista de Abreviaturas.....	IX
Legislação Citada	X
Outras fontes de Direito citadas	X
Resumo	XI
<i>Abstract</i>	XIII
INTRODUÇÃO	1
1. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NA HISTÓRIA OCIDENTAL	5
1.1. Da ‘Família’ às ‘Famílias’	5
1.2. As diferentes constelações familiares.....	8
2. O LUGAR DA CRIANÇA NA JUSTIÇA DO SÉCULO XXI	12
2.1. <i>Child-friendly justice</i>	12
2.2. Do superior interesse da criança.....	13
2.3. Da audição da criança/jovem nos processos de Regulação das Responsabilidades Parentais.....	17
2.3.1. Da valoração da opinião da criança/jovem	21
3. DA REGULAÇÃO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS	23
3.1. Conteúdos e concetualização.....	23
3.1.1. Da Residência Alternada	26
3.2. Da Lei n.º 61/2008.....	27
3.2.1. Entre o Poder Paternal e as Responsabilidades Parentais.....	28

3.2.2. Entre a Guarda e a Residência	32
3.3. A Residência Alternada: com exercício exclusivo ou conjunto das responsabilidades parentais	34
3.3.1. A importância da fixação da residência.....	34
3.3.2. A admissão legal do regime de Residência Alternada.....	36
3.3.3. Critérios doutrinários, sociais e culturais para a atribuição da residência....	41
3.3.4. O contexto necessário para a implementação de uma Residência Alternada.....	54
3.3.5. Argumentos contra e a favor à implementação de uma Residência Alternada.....	56
3.4. Posição jurisprudencial acerca da Residência Alternada	60
3.4.1. Os recentes pareceres da Procuradoria-Geral da República e do Conselho Superior da Magistratura	65
3.5. A nossa experiência jurisprudencial no Tribunal de Família e Menores de Pombal	68
4. A NECESSIDADE E OS BENEFÍCIOS DO ‘ACOMPANHAMENTO PÓS-DECISÃO’ AQUANDO DA IMPLEMENTAÇÃO DE UMA RESIDÊNCIA ALTERNADA.....	81
CONCLUSÕES	85
Bibliografia.....	89
Jurisprudência citada	98
Índice	101