

Tendências jurisprudenciais e atuais da guarda partilhada: os eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais

Magda Fernandes ()*

*Irene Teixeira de Oliveira (**)*

I. Introdução

O tema do presente artigo diz respeito ao exercício conjunto das responsabilidades parentais em regime de residência alternada, vulgarmente designado por “guarda partilhada” ou “guarda alternada”¹.

Nele procurar-se-á analisar a mais recente abordagem que é realizada pelos tribunais judiciais portugueses quanto a esta matéria, centralizando-se nas principais questões que são mais vulgarmente discutidas quanto a este regime de responsabilidades parentais.

* Advogada e sócia na “Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, SP RL”.

** Advogada estagiária na “Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados, Sociedade de Advogados, SP RL”.

¹ Importa fazer uma precisão terminológica, conforme se encontra explicado no [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12.04.2018, Proc. n.º 670/16.8T8AMD.L1-2](#), Relatora Ondina Carmo Alves: «[e]xercício em conjunto das responsabilidades parentais e residência alternada são, pois, realidades distintas que não podem ser confundidas embora se encontrem interligadas já que, o regime de residência alternada importa, sempre, o exercício conjunto das responsabilidades parentais, mas o contrário já não é verdadeiro».

Neste âmbito, não se deixará de mencionar a mais recente alteração legislativa levada a cabo pelo Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, que promoveu uma alteração ao regime anteriormente previsto no Código Civil, sob o qual incidiam dúvidas doutrinárias constantes e prementes relacionadas com a necessidade de acordo dos progenitores para o decretamento pelos tribunais do regime de responsabilidades parentais em modelo de guarda alternada.

Da mesma forma, dar-se-á um principal enfoque aos eventuais impactos da pandemia neste regime de responsabilidades parentais, em modelo alternado, considerando algumas dúvidas que surgiram no contexto do primeiro Estado de Emergência nacional decretado durante o mês de março e que se poderão voltar a manifestar durante este segundo Estado de Emergência, bem como ao longo da evolução geral da pandemia no nosso país.

II. Conceito e características

Releva, antes de mais, procurar explicar o conceito de responsabilidades parentais, como ponto de partida para a análise seguinte. Podemos descrevê-las como o «conjunto de situações jurídicas que, normalmente, emergem do vínculo de filiação, e incumbem aos pais com vista à proteção e promoção do desenvolvimento integral do filho menor não emancipado»².

A relação entre os pais e os seus filhos menores é um pilar fundamental da sociedade, sendo-lhe conferida dignidade constitucional, nos termos do artigo 68.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), em particular nos seus n.ºs 1 e 2, nos quais o legislador constituinte reconheceu o papel insubstituível dos pais no que respeita, nomeadamente, à educação dos seus filhos, sendo a maternidade e a paternidade reconhecidas como «valores sociais imanentes».

² JORGE DUARTE PINHEIRO, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4.ª edição (Reimpressão), AAFDL, 2015, pág. 279. Note-se, tal como ressalva o autor, que o termo “normalmente” surge no artigo 1903.º, n.º 2, do Código Civil, de modo a abranger as situações em que as responsabilidades parentais não são exercidas pelos pais, como ocorre, em Portugal, com o instituto do apadrinhamento civil.

A referida importância é ainda percecionada nas várias características que estão intrinsecamente associadas a esta figura, na medida em que as responsabilidades parentais são indisponíveis e intransmissíveis. A indisponibilidade, cuja previsão legal se encontra expressa no artigo 1699.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil (CC) impõe que os progenitores não possam, livremente, dispor das responsabilidades parentais que lhes estão associadas, pois o interesse principal que se encontra subjacente a este regime, é o do filho ou dos filhos menores. Por outro lado, a intransmissibilidade, legalmente consagrada no artigo 1878.º, n.º 1, do CC, impede que os pais possam depositar os direitos e deveres resultantes das responsabilidades parentais em terceiros. A referida intransmissibilidade, visa ainda obstar à possibilidade de um dos progenitores transferir todo o conteúdo das responsabilidades parentais para o outro progenitor.

O exercício das responsabilidades parentais é, em regra, realizado por ambos os progenitores. Contudo, a ideia de que esta é a melhor solução para os menores corresponde a uma presunção ilidível, sendo possível a alteração desse regime, impondo o exercício das responsabilidades parentais apenas por um deles, o que só é possível mediante intervenção judicial, conforme ocorre nos casos de divórcio ou outras situações de rutura. Como forma de atribuir maior sentido útil à indisponibilidade, o artigo 1882.º do CC considera que as responsabilidades parentais são irrenunciáveis.

Deste modo, o progenitor que incumprir, culposamente, o exercício das responsabilidades parentais poderá ser sancionado com a inibição do exercício destas responsabilidades, conforme prevê o artigo 1915.º, n.º 1, do CC. De igual modo, o artigo 36.º, n.º 6, da CRP admite que, mediante decisão judicial, os filhos possam ser separados dos pais, quando estes não cumpram os deveres fundamentais para com os filhos e, nesse mesmo sentido, podem ser aplicadas medidas de promoção e proteção do menor, de acordo com o previsto na Lei n.º 147/99, de 1 de setembro (Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo).

Tudo isto demonstra de forma incontornável que o cerne essencial das responsabilidades parentais é o interesse do menor.

III. Conteúdo das responsabilidades parentais

O conteúdo das responsabilidades parentais é típico, ou seja, é aquele que resulta expressamente da lei e não podem ser criadas novas situações jurídicas, nem eliminadas aquelas que a lei indica como parte integrante desse conteúdo.

Nesse, incluímos, desde logo, o poder-dever de guarda, mediante o qual os pais devem zelar pela segurança e saúde dos seus filhos menores, conferindo aos pais o direito de decidir sobre questões relativas à saúde do menor, autorizar intervenções cirúrgicas ou tratamentos médicos. No entanto, há situações em que se permite a intervenção médica sem o consentimento dos pais ou de algum deles, como quando estejam em causa questões de saúde pública que imponham a vacinação obrigatória, situações de urgência ou em que, tendo em conta a idade do menor e o seu discernimento, este possa decidir sozinho.

Podemos, igualmente, referir o poder-dever de dirigir a educação do filho menor, que impõe a promoção do seu desenvolvimento físico, intelectual e moral e, de acordo com as suas possibilidades, proporcionar uma instrução geral e profissional adequada às aptidões e inclinações do filho menor, tal como se prevê no artigo 1885.º do CC. Contido neste poder-dever, encontra-se ainda o poder de correção, «um poder de segundo grau que deve encarar-se sem carácter punitivo, dentro dos limites da autoridade amiga e responsável que a lei atribui aos pais e que, por isso, só pode ser exercido sem abusos, no interesse dos filhos e com respeito pela sua saúde, segurança, formação moral, grau de maturidade e de autonomia»³.

³ ARMANDO LEANDRO, “Poder Paternal: natureza, conteúdo, exercício e limitações: algumas reflexões da prática judiciária”, in *Temas de Direito da Família*, Ciclo de Conferências do Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, Almedina, 1986, págs. 126-127.

Importa ainda fazer referência ao dever de prover o sustento do menor, que inclui o dever de garantir a habitação, o vestuário, a alimentação e todas as despesas necessárias a viabilizar a segurança, a educação e a saúde dos filhos, tal como prescreve o artigo 1879.º do CC.

Acresce aos já referidos, o poder-dever de representação que importa o exercício de todos os direitos dos filhos e o cumprimento de todas as obrigações, exceto quanto aos que eles possam praticar pessoal e livremente, enumerados no artigo 127.º do CC.

Por fim, incumbe aos pais o poder-dever de administração dos bens do menor, com exceção dos que se encontram previstos no artigo 1888.º do CC. Há no entanto, fora das exceções desse artigo, outros atos patrimoniais que os pais não podem praticar sem autorização do Ministério Público, como os que se encontram expressos nos artigos 1889.º e 1892.º do CC (por exemplo, não podem alienar ou onerar bens, salvo se se tratar de uma coisa suscetível de perda ou deterioração ou contrair empréstimos), sob pena de anulabilidade, nos termos do artigo 1893.º do CC. A regra é a de que os pais devem administrar os bens dos filhos com o mesmo cuidado com que administram os seus, conforme prevê o artigo 1897.º do CC.

Como limite aos poderes-deveres que os pais têm no âmbito das responsabilidades parentais que exercem há que atender às várias manifestações de autonomia do menor (por exemplo, a capacidade do maior de 16 anos para perfilhar, para decidir acerca da sua orientação religiosa, possibilidade de apresentar queixa da prática de um crime de forma pessoal e livre, possibilidade de um maior de 14 anos aderir livremente a associações juvenis).

IV. Exercício das responsabilidades parentais

Atualmente o critério geral dominante é o do exercício em comum das responsabilidades parentais, quer numa situação de convivência familiar, quer numa situação de rutura, em que os progenitores deixam de viver na mesma habitação. A regra do exercício em comum só é excecionada quando haja

impedimento ou morte de um dos progenitores, quando a filiação não se encontrar estabelecida ou, nos casos em que tenha ocorrido divórcio, separação de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, casos em que o tribunal poderá determinar que um dos progenitores não exercerá as responsabilidades parentais, solução admitida pelo artigo 1906.º, n.º 2, do CC.

No que respeita às situações em que o menor vive com ambos os progenitores, em que estes exercem de modo pleno e conjunto as responsabilidades parentais, todas as questões da vida do filho são decididas por acordo, conforme o disposto no artigo 1901.º do CC. Assim, se um dos pais praticar um ato relacionado com a vida do filho, presume-se que esse ato tenha sido praticado com o acordo do outro progenitor, exceto se a lei expressamente exigir o consentimento de ambos e se trate de “questões de particular importância”⁴ para a vida do menor. Quanto a estas, não existindo acordo, qualquer um dos progenitores pode recorrer a tribunal para realizar uma tentativa de conciliação.

Por outro lado, se os pais não vivem juntos, se estão divorciados ou numa situação de rutura que impeça a convivência comum, a regra é a do exercício comum das responsabilidades parentais, de “forma mitigada”, nos termos do artigo 1906.º, n.º 1, do CC. Isto é, as questões de particular importância continuam a ser decididas em comum, exceto se existir uma situação de urgência manifesta, em que

⁴ O conceito de “questões de particular importância” para a vida do menor é um conceito muito vago e indeterminado, com uma tendencial discordância doutrinária e jurisprudencial quanto ao seu conteúdo. Este conceito deve estabelecer-se em oposição com um outro, igualmente indeterminado, correspondente aos “atos da vida corrente” do menor. Assim, exemplificativamente, o [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 02.05.2020, Proc. n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1](#), Relator Pedro Brighton, considera que dentro do conceito de questões de particular importância estarão as «intervenção cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de actividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagens de turismo; a matrícula em colégio privado ou mudança de colégio privado; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado», deixando claro que a estas poderão acrescer outras que não se relacionem com «as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividade e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contactos sociais; o acto de levar e ir buscar regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espetáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina», que estariam já no âmbito dos “atos da vida corrente” do menor.

qualquer um dos progenitores pode agir sozinho, tendo o dever de prestar informações ao outro progenitor, assim que possível. Quanto aos atos da vida corrente do menor, as decisões são tomadas pelo progenitor com quem o menor reside habitualmente. O progenitor com quem o menor não reside de modo habitual terá a possibilidade de decidir, durante o período em que estiver com o menor, sobre esses mesmos atos da vida corrente, devendo, no entanto, respeitar as orientações educativas mais relevantes definidas pelo progenitor com que o menor reside de forma habitual⁵.

Este exercício conjunto, numa situação de divórcio ou de outra rutura na vida do agregado familiar é, como já se fez notar, a regra⁶ no nosso ordenamento jurídico, independentemente da existência de acordo dos progenitores, ao contrário do que sucedia à luz do enquadramento legal anterior (em que o exercício das responsabilidades parentais era atribuído a um dos progenitores, uma vez que o seu exercício comum pressupunha a existência de acordo homologado pelo juiz ou aprovado pelo Ministério Público).

Uma das principais críticas apontada ao regime atual, em que tipicamente o menor reside habitualmente com um dos progenitores, passando fins de semana quinzenais com o outro progenitor, prende-se com a opção do legislador, no sentido de não estabelecer, como regra, o regime da chamada “guarda alternada ou guarda partilhada”.

⁵ Este é, atualmente, o regime que vigora, em regra, no nosso ordenamento jurídico, conforme resulta do artigo 1906.º, n.º 5, do CC, nos termos do qual o Tribunal define a residência do filho junto de um dos progenitores e o direito de visita do outro, atendo à existência de um eventual acordo dos pais, à disponibilidade que estes manifestem para promover relações habituais do filho com o outro progenitor e, acima de tudo, tendo em conta o interesse do menor. O direito de visita, neste caso, não corresponde a um conceito de visita *stricto sensu*, isto é, é possível que o progenitor que não reside habitualmente com o menor tenha contactos diários ou frequentes com este, incluindo a estadia do menor consigo durante um maior período de tempo. No entanto, entende-se que o Tribunal deverá fixar algum tempo de convívio entre o progenitor não residente e o menor, para evitar que esse direito fique na inteira disponibilidade do progenitor residente

⁶ É possível, nos termos do artigo 1906.º, n.º 2, do CC estabelecer que as responsabilidades parentais são exercidas em exclusivo por um dos progenitores, tendo o outro apenas direito de visita mais restrito do que o que é conferido ao progenitor que não reside com o menor, mas é contitular do exercício das responsabilidades parentais, permitindo, ainda assim, uma situação de convívio com o filho.

V. Guarda ou residência partilhada (alternada)

Tomando em consideração a precisão terminológica apresentada inicialmente, quando nos referimos a uma situação de guarda partilhada, pretendemos enquadrar a possibilidade de, perante um divórcio ou de outra rutura da convivência comum dos pais, o menor passar a residir alternadamente com cada um dos progenitores, durante um determinado período de tempo, no decurso do qual compete a esse progenitor com quem o menor esteja, exercer as responsabilidades parentais.

Trata-se, igualmente, de uma forma de exercício conjunto, na medida em que as questões de particular importância do menor continuam a ser tomadas por ambos os progenitores. No entanto, o menor reside, alternadamente, com cada um deles.

Este modelo de exercício conjunto das responsabilidades parentais, com regime de residência alternada não encontra obstáculo na lei atual, tendo em conta que o n.º 7 do artigo 1906.º do CC permite que o Tribunal decida de acordo 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”.

Não obstante, à luz deste preceito legal encontramos diferentes posições na doutrina portuguesa, bem como na análise efetuada pelos Tribunais. Há autores⁷ e decisões jurisprudenciais que sustentam que para que possa ser aplicado um regime de guarda ou residência alternada é necessário um acordo dos progenitores nesse sentido, enquanto que outras posições doutrinárias⁸ e jurisprudenciais

⁷ Posição defendida por CLARA SOTTOMAYOR, *Regulação do exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6.ª edição, revista, Almedina, 2015, págs. 262 e seguintes; no mesmo sentido, JOANA SALAZAR GOMES, *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Universidade Católica Editora, 2017, págs. 101 e seguintes.

⁸ Opinião sustentada por GUILHERME DE OLIVEIRA, “A Residência Alternada na Lei n.º 61/2008”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Pamplona Corte-Real*, Almedina, 2016; bem como, JOSÉ LAMAS LEITE, “O art. 1906.º do Código Civil e a (in)admissibilidade do regime de guarda (e residência) alternadas dos menores”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 151 (julho-setembro de

advogam a possibilidade de este ser implementado sem necessidade de acordo, dado que o critério norteador é o do interesse do menor⁹, problema que, como veremos foi ultrapassado pelo legislador, mediante alteração legislativa muito recente.

i. Argumentos invocados a favor deste regime

Quem preconiza a implementação deste regime invoca alguns argumentos como o de ser este o regime mais consentâneo com o disposto no artigo 36.º, n.º 5, da CRP, relativamente ao princípio da igualdade dos progenitores, assim como com os princípios defendidos em alguns instrumentos internacionais, tal como na Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁰, cujo o artigo 18.º, n.º 1, dispõe que «[o]s Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os progenitores têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança», e como com os Princípios do Direito Europeu da Família relativos às responsabilidades parentais, conforme o ponto 2.º do Princípio 3:20 e, ainda, a Resolução 2709 da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, adotada a 2 de outubro de 2015, que recomendou aos Estados «[i]ntroduzir na sua legislação o princípio da residência alternada depois da separação, limitando as exceções aos casos de abuso infantil ou negligência, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor em função das suas necessidades e interesses».

2017), págs. 65-81; e ainda, JOAQUIM MANUEL DA SILVA, “A família das crianças na separação dos pais – A guarda partilhada”, 2016, págs. 135 e seguintes.

⁹ No sentido de não ser necessário o acordo, veja-se, por muitos, o [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 11.12.2018, Proc. n.º 1032/17.5T8CBR.C1](#), Relator Fonte Ramos, e ainda o [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.10.2017, Proc. n.º 273/13.9TBCTB-A.C1](#), Relator Alberto Ruço. Em sentido oposto, o [Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12.01.2017, Proc. n.º 996/16.0T8BCL-D.G1](#), Relatora Elva Almeida, o [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18.03.2013, Proc. n.º 3500/10.TBBRR.L1-6](#), Relatora Maria de Deus Correia, e o [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.06.2016, Proc. n.º 3850/11.9TBSTS-A.P](#), Relator Luís Cravo.

¹⁰ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20.11.1989 e ratificada por Portugal a 21.09.1990.

Segundo a posição acima, a residência alternada permitiria uma verdadeira cultura de partilha das responsabilidades parentais¹¹, permitindo uma manutenção de laços afetivos com ambos os progenitores, sem dar preferência a um deles em detrimento do outro¹² e diminuindo a conflitualidade entre os progenitores, na medida em que ambos se sentem parte integrante na educação dos filhos¹³ – «[e]ssa solução da residência alternada tem vindo a ganhar força pela consciência de que os laços afetivos se constroem dia-a-dia e não se compadecem com o tradicional regime de fim-de-semana quinzenais, sendo igualmente posto em evidência que a fixação da residência junto de um dos progenitores leva ao progressivo esbatimento da relação afetiva com o outro progenitor, fazendo com que o menor se sinta uma mera visita em casa deste e levando a que o progenitor não guardião desista de investir na relação por se sentir excluído do dia-a-dia da criança»¹⁴.

¹¹ Argumento invocado por JORGE DUARTE PINHEIRO, ob. cit., pág. 314, afirmando que «seria feita uma tentativa para dar ao menor dois pais, em vez de um só ou de um e meio», defendendo que «o modelo de exercício conjunto mitigado «mitiga», diminui ou até anula a posição de um dos pais».

¹² Posição, igualmente, defendida por alguns especialistas infantis, como a pedopsiquiatra ANA VASCONCELOS que afirma que «a residência alternada permite que os pais continuem a dividir atribuições, responsabilidades e tomadas de decisões em iguais condições, reconhecendo as suas diferenças e limitações, bem como o valor do papel de cada um para a criança», sendo isto «fundamental para o saudável crescimento dos filhos pois permite uma estruturante identificação aos modelos parentais, fundamental para um normal desenvolvimento da sua identidade pessoal», num artigo intitulado [“Do cérebro à empatia, o divórcio à guarda partilhada com residência alternada”](#), pág. 10.

¹³ EDWARD KRUK, sociólogo canadiano, apresentou 16 argumentos favoráveis ao regime da residência alternada, entre os quais a maior prevenção da violência e de alienação parental, a possibilidade de refletir os cuidados parentais praticados antes do divórcio e o incentivo à mediação entre os pais, em “Arguments for na Equal Parental Responsibility Presumption in Contest Child Custody”, in *The American Journal of Family Therapy*, Vol. 40, Issue 1, 2012, págs. 33-55.

¹⁴ Conforme exposto pelo [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21.01.2019, Proc. n.º 22967/17.oT8PRT.P1](#), Relator Miguel Baldaia de Moraes. Posição que é defendida, conforme alertado por este Acórdão, em vários trabalhos que versam sobre o tema “Residência única ou residência alternada – Vantagens e Inconvenientes”, publicados no e-book [A Tutela Civil do Superior Interesse da Criança](#), Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, 2014.

ii. Argumentos invocados contra este regime

Como aspetos negativos, invoca-se a instabilidade que a residência alternada provoca na vida do menor, que pode ver-se obrigado a intercalar as suas rotinas entre duas casas diferentes¹⁵, entre duas rotinas distintas, com duas formas díspares de o educar e de o orientar e a consequente instabilidade emocional que estas variações acarretam no desenvolvimento da sua personalidade¹⁶, podendo provocar uma divisão da criança entre os dois progenitores. Por outro lado, a guarda partilhada impõe a existência de um acordo mais pormenorizado sobre aspetos do dia-a-dia do menor que não teriam de ser dialogados se os atos da vida corrente fossem decididos apenas por um dos progenitores, com quem o menor residisse habitualmente (por exemplo, a frequência de atividades extracurriculares e a educação religiosa). Este acordo nem sempre é possível ou fácil de alcançar entre progenitores cuja rutura da convivência não tenha ocorrido de forma pacífica, dificultando a eficiência deste regime e o seu impacto positivo¹⁷. Algumas

¹⁵ Note-se que, apesar de a guarda alternada apontar para uma rotatividade entre duas residências (uma de cada um dos progenitores), sendo esta a modalidade mais comum, nada obsta a que os progenitores mantenham a anterior residência da família e que alternem, entre si, a permanência nessa habitação para acompanhar o filho durante o período de tempo acordado ou decidido pelo Tribunal. A esta modalidade de guarda alternada atribui-se o nome de *Bird's nest arrangement*, permitindo ultrapassar o argumento de que a alternância entre duas casas é prejudicial para o menor.

¹⁶ Estes dois argumentos são refutados pela Juiz CICALINA FREITAS num artigo, publicado no e-book *A Tutela Civil do Superior Interesse da Criança*, Tomo II, Centro de Estudos Judiciários, 2014. http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/familia/Tutela_Civil_Superior_Interesse_Crianca_Tomo_II.pdf, onde afirma que «[t]anto quanto sei, das leituras que fiz sobre esta matéria, não está demonstrada esta relação causa/efeito entre a forma de residência do menor e a instabilidade emocional da criança.» e «[h]averá sempre pequenas diferenças na rotina e em algumas das regras que cada um dos pais incute no menor, é impossível de evitar, mas isso não é necessariamente negativo. O crescimento de uma criança passa também por aprender a gerir essas diferenças, que sempre existiriam, caso os pais permanecessem juntos.», págs. 296-298.

¹⁷No seguimento do exposto na nota anterior, acrescenta a autora do mesmo artigo, que a posição dos tribunais não pode ser no sentido incontornável de não homologar um acordo que defina o exercício das responsabilidades parentais de modo conjunto e com residência alternada, «[n]ão homologar, porque, em abstrato, pode criar perigos parece-me contrário àquilo que deve ser a intervenção do Tribunal na família e que enunciei num primeiro ponto, a intervenção mínima. O Tribunal, na área da família serve para decidir conflitos ou prevenir ou afastar perigos, mas perigos concretos. Perigos em abstrato, não me parece suficiente.», in e-book *A Tutela Civil do Superior Interesse da Criança*, Tomo I, Centro de Estudos Judiciários, 2014, pág. 301.

vozes invocam ainda que este regime cria no menor uma fantasia de reconciliação, impedindo que este se adapte à situação de divórcio ou de separação.

Ainda que possamos discutir, em abstrato, as vantagens e desvantagens deste regime ou a possibilidade de este ser aplicado sem acordo de ambos os progenitores, bastando que exista a vontade de um deles, a sua aplicação é legalmente permitida. Porém, nunca poderá ser dispensada a análise da situação familiar concreta. Por esse motivo, os tribunais procuram avaliar um conjunto de critérios, de modo a decidir se um regime de responsabilidades parentais conjunto, com residência alternada (vulgarmente designado “guarda partilhada”) apresenta viabilidade no caso concreto.

iii. Critérios de análise na aplicação de um regime de guarda partilhada

O critério orientador, tal como previsto pelo legislador, é o do “interesse do menor”, o que corresponde a um conceito muito amplo e indeterminado, sendo necessário recorrer a um conjunto variado de elementos que o possam preencher. Deste modo, os tribunais procedem a uma análise do contexto familiar, verificando a relação que o menor apresenta com cada um dos progenitores e as condições psicológicas e práticas que estes demonstram para cuidar do menor, exercendo de forma conjunta e partilhada as responsabilidades parentais.

Em termos práticos, são mencionados como critérios impeditivos, a verificação de um histórico de violência doméstica ou de maus-tratos, a incapacidade prática de tratar do menor, seja por indisponibilidade temporal, seja por distanciamento emocional ou por questões práticas, como o não saber alimentar e prestar os cuidados básicos de saúde, entre outros. A existência de uma diversidade acentuada no que respeita aos horários de refeição e às horas de sono é também um fator que desaconselha este regime, na medida em que essa diferença tenha repercussões nos hábitos alimentares, nas rotinas de sono e, por consequência, no rendimento escolar do menor. Sintomas de desleixo no

acompanhamento escolar, no inculir de irresponsabilidade pela permissão de faltas injustificadas a atividades escolares e extracurriculares é outro indicador desfavorável. A elevada conflitualidade entre os pais, encontrando-se em permanente competição, inviabiliza a comunicação necessária para a eficiência deste regime, bem como a localização geográfica muito distante das residências de ambos os progenitores ou afastada da zona escolar que o menor frequenta. Por outro lado, o fator económico não deixa de ser ponderado, sendo desaconselhável a implementação deste regime quando as condições financeiras dos dois progenitores sejam discrepantes. A idade da criança é também apontada, algumas vezes, como critério¹⁸.

Diversamente, a demonstração de uma vinculação afetiva a ambos os progenitores e uma equivalência de condições de ordem prática e psicológica para o acompanhamento do menor¹⁹ são indicadores favoráveis à aplicação deste regime. A inexistência das situações críticas apontadas acima viabiliza o sucesso deste modelo, potenciando as suas vantagens, como as que constam do artigo 1906.º-A do CC, introduzidas pela alteração ao CC operada pela Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, como o facto de ter sido aplicada uma medida de coação ou pena acessória de proibição de contacto do progenitor com o menor.

Por fim, a aplicação deste modelo requer ainda que seja delineado o esquema em que este se desenvolverá, isto é, que seja definida a modalidade de guarda alternada que será aplicada – alternância do menor entre duas residências ou alternância dos progenitores numa única residência – e, ainda, a duração temporal de cada período em que o menor estará com cada um dos seus progenitores.

¹⁸ O [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28.06.2016, Proc. n.º 3850/11.9TBSTS-A.P1](#), Relator Luís Cravo, seguindo a posição defendida por CLARA SOTTOMAYOR, entende que «[e]ntre os 4 e os 10 anos, a “residência alternada” apenas deve ser adoptada, nos casos em que não há conflito parental e em que cada um dos pais pode e deve confiar no outro como progenitor». No entanto, este critério não é vulgarmente referido pela jurisprudência.

¹⁹ Por todos, [Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 24.01.2017, Proc. n.º 954-15.2T8AMD-A.L1-7](#), Relatora Rosa Ribeiro Coelho.

É de referir ainda que o decretamento de um regime de responsabilidades parentais conjunto, com residência alternada, ou o acordo homologado pelo Tribunal nesse sentido não impede que, durante o período de tempo em que o menor estiver ao cuidado de cada um dos progenitores, o outro possa visitá-lo, passar tempo com ele e participar ativamente na tomada de decisões de particular importância para a sua vida.

Acresce que, sendo este um regime circunscrito ao caso e às circunstâncias que o contexto familiar apresenta no momento em que é avaliado, há sempre possibilidade de revisão dessa decisão, de acordo com uma alteração das circunstâncias envolventes, pelo que a aplicação deste regime não pode ser vista de forma definitiva. De acordo com a sua idade, o menor deverá ser ouvido, de modo a que a sua opinião seja tomada em consideração na definição e na concretização deste regime²⁰.

VI. Ponto de situação

De tudo o que ficou exposto e, através da leitura de vários acórdãos dos Tribunais da Relação, podemos concluir que a opção pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais, em regime de residência alternada, tem sido cada vez mais equacionada pelos tribunais portugueses e até mesmo aplicada por estes.

Não há uma solução unânime nem transversal a todo e qualquer caso de determinação do exercício das responsabilidades parentais, desde logo pela variadíssima panóplia de contextos familiares e circunstâncias concretas do menor e dos seus progenitores que têm de ser tomadas em consideração na análise concreta do caso. Não é, por isso, possível dizer que há uma maior ou menor probabilidade deste regime ser aplicado, porque a sua aplicação dependerá desse contexto individual.

²⁰No sentido da possibilidade de revisão do regime e da possibilidade de ouvir o menor, veja-se, a título de exemplo, o [Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.01.2018, Proc. n.º 67/13.1TMPRT-F.P1](#), Relatora Fátima Andrade.

No entanto, há uma tendência recente no sentido de considerar que este é o regime mais adequado, reunidas as condições analisadas acima, a permitir um equilíbrio na participação dos dois progenitores na vida do menor, contribuindo para o seu crescimento saudável e em segurança. Por esse motivo, podemos considerar que as vantagens do regime vingaram na jurisprudência dos nossos tribunais, sendo imprescindível, porém, a compatibilidade com a situação específica de cada família, analisada com base nos critérios *supra* identificados.

Por outro lado, se dúvidas existissem de que este regime podia ser instituído sem o acordo dos progenitores, tais dúvidas dissiparam-se com a recente novidade legislativa realizada pela Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro que veio introduzir uma alteração ao n.º 6 do artigo 1906.º do Código Civil.

Deste modo, a referida Lei veio definir as condições para que o tribunal possa determinar a residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores, preconizando que: “[q]uando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com cada um dos progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos” (sublinhado nosso).

Esta era a visão maioritária da jurisprudência, mesmo em momento prévio, conforme resulta, a título exemplificativo, do Acórdão do Tribunal de Coimbra: «dir-se-á que a alternância de residências é uma solução adequada ao exercício conjunto das responsabilidades parentais desde que tal situação sirva os interesses dos filhos e possa ser implementada, mesmo que não exista acordo dos pais, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes»²¹.

Na prática, o que se adivinha que possa ocorrer é que o desacordo entre os progenitores seja, em certos casos, de tal forma acentuado, que não se revele em

²¹ [Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 24.10.2017, Proc. n.º 273/13.9TBCTB-A.C1](#), Relator Alberto Ruço.

conformidade com o superior interesse da criança, revelando a necessidade de ser adotado um regime diverso, que não o da guarda partilhada.

VII. O impacto do COVID-19 nas relações familiares e, em particular, no regime de responsabilidades parentais de acordo com um modelo de guarda partilhada

Ponto fulcral na atual análise sobre as relações familiares e, em particular, sobre os regimes de exercício de responsabilidades parentais é o impacto que neles se verificou provocado pela propagação do vírus SARS-CoV-2, vulgarmente designado COVID-19.

De facto, a nova realidade com que todos fomos, individualmente, mas sobretudo familiar e socialmente confrontados, pelo seu carácter inovador, trouxe especiais desafios às famílias, tendo o seu impacto psicológico e emocional provocado muitas ruturas familiares, com as necessárias regulações de responsabilidades parentais daí advenientes, assim como repercussões sobre os próprios regimes de responsabilidades parentais que se encontravam já judicialmente instituídos e em funcionamento.

Por um lado, quanto ao que se encontra a montante da decisão sobre o regime de responsabilidades parentais, à semelhança do que aconteceu na China, país pioneiro no surgimento do vírus, mas também na manifestação dos seus impactos, registou-se um aumento do número de divórcios em consequência do período de confinamento decretado pelo Governo, o que terá respaldo nas decisões a tomar em matéria de regulação de responsabilidades parentais.

Por outro lado, a jusante, há que notar as dificuldades práticas que podem existir no cumprimento do exercício das responsabilidades parentais, por força das restrições à circulação impostas pelo Governo, com a finalidade de reduzir a afluência de pessoas e automobilistas na via pública, como forma de diminuir a probabilidade de contágio.

Para acautelar essas dificuldades, o Governo manifestou uma especial preocupação com esta temática, salvaguardando as deslocações que permitam o cumprimento do regime de responsabilidades parentais, tanto durante o primeiro Estado de Emergência, que vigorou em março, como durante o segundo que se iniciou no dia 9 de novembro de 2020, prolongando-se, pelo menos, até ao dia 23 de novembro de 2020.

Deste modo, no Decreto de execução da Declaração do Estado de Emergência – Decreto n.º 2-A/2020, de 20 de março, posteriormente revogado pelo Decreto n.º 2-B/2020, de 2 de abril, mantendo para o efeito, o disposto no artigo 5.º, n.º 1, no que respeita às exceções da restrição à circulação – estabeleceu como uma destas exceções, na alínea j), as deslocações «[p]or outras razões familiares imperativas, designadamente o cumprimento de partilha de responsabilidades parentais, conforme determinada por acordo entre os titulares das mesmas ou pelo tribunal competente».

Igualmente, o Decreto de execução da Declaração do (novo) Estado de Emergência – Decreto n.º 8/2020, de 8 de novembro, prevê no n.º 3, alínea g), a mesma exceção, salvaguardando a possibilidade de deslocação para cumprimento das responsabilidades parentais, nela se incluindo o cumprimento do regime de guarda partilhada.

Em suma, o legislador procurou acautelar esta exceção de modo a que a pandemia e as restrições aos direitos, liberdades e garantias, nomeadamente ao direito à circulação, não fossem impeditivas da manutenção do regime de responsabilidades parentais fixado por acordo entre os progenitores ou por decisão judicial, o que se justifica pela importância atribuída, numa ótica de ponderação, adequação e proporcionalidade, ao superior interesse do menor.

No entanto, colocam-se inúmeras outras questões e obstáculos que levantam dúvidas quanto ao funcionamento dos regimes de responsabilidades parentais, em especial, os de guarda partilhada já em curso, designadamente pode um dos progenitores ser requisitado, por desempenhar um serviço essencial, tendo

de trabalhar presencialmente, por vezes em horários diferentes e em locais diferentes do habitual. Veja-se o exemplo de inúmeros profissionais de saúde ou pessoas que trabalham em lares de terceira idade que, por razões de saúde pública ou recomendações internas das suas entidades empregadoras ou equiparadas, tiveram de manter isolamento das suas famílias, procurando, muitas vezes, um outro local para descansar durante os períodos de folga.

Esta necessidade de estar ausente, longe da família e, em certos casos, dos filhos menores a quem são devidos cuidados no âmbito do exercício das responsabilidades parentais, jamais poderá ser enquadrada como um incumprimento dos deveres advenientes do regime de responsabilidades parentais acordado ou estabelecido.

Por outro lado, durante o primeiro Estado de Emergência foi decretado o encerramento das escolas, o que fez com que muitas crianças com idades inferiores a 12 anos tivessem de ficar em casa, sendo necessário que, pelo menos um dos seus progenitores, tivesse de estar presente, com as inerentes faltas ao trabalho, para prestação de cuidados no âmbito do exercício das responsabilidades parentais.

Nesse contexto, foi criado um apoio excecional à família e um regime de faltas justificadas para prestação de cuidados inadiáveis a menores de 12 anos.

Estes regimes especiais convocaram, igualmente, algumas questões em torno do modelo de guarda partilha de exercício de responsabilidades parentais. Veja-se a seguinte situação: A e B são um ex-casal com um filho menor de 12 anos em comum, cuja responsabilidade parental é partilhada por ambos segundo um regime de guarda alternada.

Em abstrato, qualquer um dos progenitores poderia ter solicitado o apoio excecional à família e o regime de faltas justificadas, invocando a necessidade de prestar cuidados inadiáveis ao filho menor. No entanto, na medida em que sendo o regime aplicável o da guarda partilhada e, passando o menor períodos alternados com cada um dos progenitores, não nos parece viável que ambos pudessem

beneficiar destes regimes excepcionais, pelo menos durante o período em que não lhes cabia a guarda efetiva do menor.

Assim, parecer-nos-ia uma solução adequada que cada um dos progenitores pudesse beneficiar destas medidas excepcionais pelo período em que estivesse efetivamente com menor ou, em alternativa, que fosse estabelecido um regime excecional de responsabilidades parentais, por acordo destes ou por intervenção judicial de carácter urgente, de forma a que os períodos passassem a ser de um mês, ao invés de quinzenais, por exemplo, de forma a que os benefícios pudessem ser atribuídos com base nessa (nova) periodicidade, tendo sempre por base o superior interesse do menor.

Sendo certo que esta situação era mais premente durante o período de suspensão das atividades letivas, a verdade é que o período em que vivemos encontra-se repleto de incertezas, razão pela qual algumas destas questões podem voltar a agudizar-se nos próximos tempos, não sendo possível descurar a sua análise.

Outra questão que pode, neste contexto, surgir é a de saber se um dos progenitores pode obstar a que o outro progenitor vá buscar o filho, a fim de passar com este o período de tempo que lhe estava previamente conferido, nos termos do acordo ou da decisão judicial iniciais, invocando motivos de saúde e segurança do menor. Por exemplo, pode um dos progenitores impedir que o menor vá passar com o outro progenitor o período que estaria previsto anteriormente, invocando que, pelo facto do outro progenitor ser médico ou estar em contacto com o público, por força da sua profissão, representa, por isso, um maior risco de contágio para o menor? Ou será este impedimento considerado um incumprimento das responsabilidades parentais?

É certo que criar dificuldades na entrega do menor ao progenitor que estaria responsável por este, durante um determinado período de tempo, pode consubstanciar, em abstrato, um incumprimento do regime de responsabilidades parentais e, até mesmo, em alguns casos, a prática de um crime de subtração de

menor, nos termos do artigo 249.º, n.º 1, alínea c), do Código Penal. Todavia, tal não se verificará quando existir uma justificação, dado que um dos elementos desse tipo de crime é que este comportamento seja “injustificado” e, neste caso, podemos ter uma justificação objetiva que, não só impeça a imputação deste tipo criminal, como, até mais frequentemente, legitime um incumprimento do regime de responsabilidades parentais em vigor.

No entanto, considera-se que esta não deverá ser a regra. Ou seja, não devem os progenitores invocar a situação de pandemia para obstar ao regular cumprimento das responsabilidades parentais tal como estava em vigor até à data. Alguma invocação contrária ao cumprimento do mesmo deve ser apresentada, de forma justificada e fundamentada, ao outro progenitor, de modo objetivo (isto é, se existirem de facto razões objetivas que o imponham, como uma profissão de maior risco, um contacto direto com alguém diagnosticado ou a existência de sintomas).

Por outro lado, se o menor ficar doente e vier a ser diagnosticado com o vírus em causa, não podemos deixar de considerar que se trata de uma “questão de particular importância”, com o enquadramento correspondente, de acordo com o regime de responsabilidades parentais em vigor. Nesse sentido, o local onde este deverá permanecer em confinamento, os cuidados que deverão ser diligenciados, o hospital onde possa eventualmente ser hospitalizado são alguns exemplos de questões que devem ser decididas pelos progenitores, de comum acordo, tal como previsto legalmente.

A litigiosidade deve ser evitada, procurando os progenitores entrar em acordo quanto ao modo como o exercício das responsabilidades parentais deverá ser efetivado durante este período e o contacto com o outro progenitor com quem o menor não esteja no momento, ainda que por meios de comunicação à distância, não pode ser negligenciado, sob pena de incumprimento injustificado do regime de responsabilidades parentais.

No caso de este acordo não ser alcançado, poderão os pais submeter o caso a análise judicial, sendo porém de notar que, à semelhança do que ocorreu em março, os prazos judiciais dos processos em matéria de direito da família poderão vir a ser suspensos, fruto da evolução da pandemia, exceto se se fizer uso de processo urgente, nos termos do n.º 7 desse artigo, o que se afigura possível, alertando-se, contudo, para as contingências em termos de recursos humanos que, na prática, poderão existir.