

A RESIDÊNCIA ALTERNADA NO QUADRO DO ATUAL REGIME DE EXERCÍCIO DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS — A QUESTÃO (PENDENTE) DO ACORDO DOS PROGENITORES

PEDRO RAPOSO DE FIGUEIREDO

Resumo: o artigo toma partido na discussão em torno da possibilidade de adoção de um modelo de residência alternada em casos de divórcio/separação, à margem do acordo dos progenitores. Apresenta-se uma solução que pretende evidenciar as vantagens da aplicação de tal modelo e a sua conformação legal, sempre na mira do superior interesse da criança, dando enfoque à evolução sociológica verificada na sociedade portuguesa nas últimas décadas, em especial ao nível da relação familiar, e desmistificando, com recurso a dados científicos recolhidos na psicologia, pediatria e pedopsiquiatria, as ideias e conceitos que tradicionalmente têm inviabilizado a sua utilização na prática judiciária.

Palavras-chave: responsabilidades parentais; guarda partilhada; residência alternada; superior interesse da criança.

1. INTRODUÇÃO

Enquanto dever ser que é (HECK), o direito não pode permanecer indiferente às transformações sociais verificadas nas últimas décadas ao nível das relações familiares, em particular, no campo da conjugalidade e da parentalidade.

A relação jurídica familiar, sobre a qual se molda o próprio direito da família, não pode, por isso, deixar de ser permeável, não só à realidade social de que emerge e que pretende regular, mas também à ideologia política dominante em cada época. A neutralidade legislativa torna-se, aqui, impossível, refletindo a lei as ideologias e conceções de vida reinantes na sociedade em determinado momento histórico¹.

¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, 2009, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, acessível em “https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/formacao/2009_jduartepinheiro_ideologiasilusoes.pdf”.

E o certo é que o direito legislado tem, neste particular, dado mostras da vontade de acompanhar a evolução sociológica verificada na sociedade portuguesa no período que se seguiu à Revolução de abril de 1974.

Na verdade, à conquista da liberdade, e como consequência dela, seguiram-se várias mudanças sociais, com reflexo direto no seio da instituição familiar, onde se destaca a emancipação da mulher e redefinição do seu papel na sociedade e na família, com a subsequente crise dos tradicionais papéis de género no seio familiar², o reconhecimento de um novo lugar na família aos filhos, com novas funções e outros tantos direitos³ e a afirmação dos valores da igualdade, de processos de individualização, de diversidade e de privatização da conjugalidade⁴. Tudo conquistas civilizacionais que, paulatinamente e fruto da pressão exercida pelos movimentos sociais pós-revolução sobre o poder político-legislativo, foram encontrando eco nas várias alterações legislativas que têm alavancado a evolução do Livro IV do Código Civil Português, constituindo autênticas *revoluções* ao nível do “Direito da Família”, em especial, no chamado direito matrimonial⁵.

No campo específico das responsabilidades parentais, em que se situará a reflexão a que me proponho, assistiu-se a uma progressiva acentuação do papel da criança, que deixou de ser vista como objeto de direitos para passar a ser reconhecida como titular de direitos⁶ e, mais do que sujeito de direito(s) suscetível de ser titular de relações jurídicas, como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções⁷ e carecida de proteção, fruto da sua especial situação de vulnerabilidade.

Sob a égide da proteção da infância e juventude, a família e a parentalidade têm sido alvo de considerável atenção política e social, expressa na legislação nacional e internacional que, com esse fim, tem sido produzida.

² WALL, K., AMÂNCIO, L., 2007, *Família e Género em Portugal e na Europa*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais.

³ CUNHA, V., 2007, *O Lugar dos Filhos: Ideias, Práticas e Significados*, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais.

⁴ ABOIM, S., 2008, *Género e Modernidade: A Construção Pública do Privado*, in M. Villaverde, Karin, S. Aboim, & F. C. Silva, *Itinerários: A Investigação nos 25 Anos do ICS*, pp. 561-582, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, acessível em [“http://www.ics.ul.pt/rdonweb-docs/Sofia%20Aboim%20-%20Publica%C3%A7%C3%B5es%202008%20n%C2%BA3.pdf”](http://www.ics.ul.pt/rdonweb-docs/Sofia%20Aboim%20-%20Publica%C3%A7%C3%B5es%202008%20n%C2%BA3.pdf).

⁵ Não cabe num trabalho com a dimensão do presente uma análise detalhada das conquistas a que, em sentido metafórico, se alude no texto principal, podendo apontar-se, a título meramente exemplificativo, a consagração do divórcio civil para casamentos católicos, a abolição das disposições discriminatórias do direito de família, quanto à mulher e quanto aos filhos, o fim do estatuto de dependência da mulher com a consagração do princípio da igualdade dos cônjuges, o desaparecimento da culpa como fundamento de divórcio e subsequente agilização da dissolução do casamento por esta via, com o consequente reconhecimento da liberdade de desvinculação, a atribuição de caráter excepcional aos alimentos entre cônjuges e a reconfiguração do contrato de casamento, acessível agora a duas pessoas, independentemente do respetivo sexo.

⁶ Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República número 8/91, de 16 de janeiro, *BMJ*, 418.

⁷ SOTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 13.

A nível nacional, impõe-se destacar, a este respeito, a ratificação por Portugal da Convenção sobre os Direitos da Criança (21 de setembro de 1990), a Lei Constitucional número 1/2005, de 12 de agosto (sétima revisão constitucional, artigos 67.º, 68.º, 69.º e 70.º), a Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (Lei número 147/99, de 1 de setembro) e a regulamentação das respetivas medidas de promoção e proteção.

A nível internacional, para além da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 20 de novembro de 1989 (UNICEF, 1989) e o empenho evidenciado na sua ratificação por todos os países, são de realçar os esforços encetados pelo Conselho da Europa (2006, 2011) no sentido de promover políticas de apoio à parentalidade positiva.

É, efetivamente, neste contexto de proteção da criança que tem emergido o conceito de parentalidade positiva, definida na recomendação do Conselho da Europa de 2006 (19) como um comportamento parental baseado no melhor interesse da criança e que assegura a satisfação das suas principais necessidades e a sua capacitação, sem violência, proporcionando-lhe o reconhecimento e orientação necessários ao seu pleno desenvolvimento, apontando-se, entre as medidas promotoras do exercício de uma parentalidade positiva a implementar pelos Estados-Membros, a necessidade de ser adotada uma abordagem baseada nos direitos, tratando as crianças e os pais como titulares de direitos e obrigações, de reconhecer que os pais são os principais responsáveis pelos filhos e de ser salvaguardada a participação equitativa dos pais no processo de educação e desenvolvimento dos filhos com respeito pela sua complementaridade.

Esta crescente importância da necessidade de proteção da criança e de responsabilização dos pais pelo seu papel parental encontrou expressa consagração legal, entre nós, com a publicação da citada Lei número 147/99, de 1 de setembro, onde se estabeleceram como princípios orientadores da intervenção protetiva do Estado, o interesse superior da criança e do jovem⁸, a responsabilidade parental⁹ e a prevalência da família¹⁰, e esteve na base

⁸ Nos termos do qual a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do jovem, nomeadamente à continuidade de relações de afeto de qualidade e significativas, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto — cf. artigo 4.º, alínea f), da Lei número 147/99, de 1 de setembro.

⁹ Impõe que a intervenção seja efetuada de modo que os pais assumam os seus deveres para com a criança e o jovem — cf. artigo 4.º, alínea f), da Lei número 147/99, de 1 de setembro.

¹⁰ Por força do qual na promoção de direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem na sua família ou que promovam a sua adoção — cf. artigo 4.º, alínea g), da Lei número 147/99, de 1 de setembro, na redação anterior à Lei número 142/2015, de 8 de setembro (princípio hoje contido na alínea h) da citada norma, com a seguinte redação: “na promoção dos direitos e na proteção da criança e do jovem deve ser dada prevalência às medidas que os integrem em família, quer na sua família biológica, quer promovendo a sua adoção ou outra forma de integração familiar estável”).

da alteração legislativa introduzida pela Lei número 61/2008, de 31 de outubro, através da qual, para além da mudança terminológica operada com a transmudação do tradicional poder (paternal) em responsabilidade (parental), se consagrou, como regra e sem necessidade do acordo dos pais, o seu exercício conjunto por ambos os progenitores, posto que no que tange às questões de particular importância para a vida do filho¹¹.

A opção legal pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais, à margem do acordo dos progenitores, numa altura em que ainda se levantavam reservas à homologação judicial de acordos de exercício em comum do poder paternal no âmbito da legislação pregressa¹², configura, pois, a resposta dada pelo legislador nacional ao repto deixado aos Estados-Membros pela citada Resolução do Conselho da Europa de 2006(19), reconhecendo-se agora a necessidade de partilha da responsabilidade parental e procurando-se salvaguardar a participação equitativa e complementar dos pais no processo de crescimento e educação dos filhos.

Tal opção legislativa não pode, por outro lado, ser desligada dos movimentos sociais que têm acentuado o papel da afetividade na parentalidade, realçando que o vínculo que a criança estabelece com os seus cuidadores vai muito além da satisfação das suas necessidades fisiológicas, traduzindo-se também na procura de segurança e conforto na relação com o adulto, ou seja, numa particular necessidade de vinculação¹³.

¹¹ É conhecida a evolução verificada, a este nível, no Ordenamento Jurídico Português, expressa nas sucessivas alterações legislativas de que tem sido alvo o artigo 1906.º do Código Civil. Assim, até à Lei número 84/95, de 31 de agosto, o poder paternal era invariavelmente atribuído ao progenitor a quem o filho fosse confiado, tendo a referida Lei consagrado a possibilidade de o poder paternal ser exercido por ambos os pais, quanto houvesse acordo de ambos nesse sentido. Posteriormente, a Lei número 59/99, de 30 de junho, veio dar nova redação à norma citada, mantendo embora a necessidade do acordo dos pais quanto ao exercício em comum do poder paternal e impondo ao tribunal que, na falta de acordo, determinasse, através de decisão fundamentada, que o poder paternal fosse exercido pelo progenitor a quem o filho era confiado.

¹² SOTOMAYOR, Maria Clara, *Exercício do Poder Paternal, Estudos e Monografias*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2003, pp. 476 e ss.. Para esta autora, este exercício em comum do poder paternal era visto, de facto, como uma solução residual, para casos excepcionais, em que os pais revelassem capacidade de cooperação e de separação dos seus problemas enquanto cônjuges do seu papel enquanto pais, se respeitassem um ao outro como pessoas e confiassem um no outro como pais, exigindo-se ao poder judicial um apertado controlo relativamente à conformidade de um eventual acordo de exercício conjunto do poder paternal com o interesse do filho, que passasse, designadamente, pela análise dos motivos dos pais, relação entre eles, relação de cada um com o filho, suas capacidades educativas, grau de liberdade no estabelecimento do acordo e do temperamento e personalidade da criança. A citada Lei número 61/2008, de 31 de outubro, veio, pois, ultrapassar todas as apontadas reservas, impondo a regra do exercício conjunto das responsabilidades parentais, no tocante às questões de particular importância, e limitando o seu exercício exclusivo por um dos progenitores aos casos em que aquele exercício em comum seja julgado contrário aos interesses do filho e sempre mediante decisão fundamentada do tribunal.

¹³ SÁ, Patrícia Carneiro de, *Vinculação ao pai e à mãe: Contribuições Específicas para o Ajustamento Escolar em Crianças*, Faculdade de Psicologia da Universidade de Lisboa, 2010, p. 5, acessível em "http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2505/1/ulfp035830_tm.pdf".

Na verdade, esta específica necessidade da criança de criar laços afetivos com figuras parentais que a confortem, estimulem e amem de um modo especial postula, nos casos de separação, um especial compromisso dos pais perante os filhos no sentido de respeitarem o seu direito a manterem uma boa imagem de cada um deles, assim salvaguardando os vínculos criados antes da rotura da relação conjugal, exigindo a ambos uma colaboração ativa na reparação de episódicas situações de conflito¹⁴.

Ora, impondo aos pais a preservação dos laços afetivos dos filhos, a salvaguarda da sua necessidade de vinculação impetrata a existência de um quadro de partilha de responsabilidade pelo seu destino, a qual está pressuposta no exercício conjunto das responsabilidades parentais, que envolva ambos na vida quotidiana e na educação da criança, de modo a estimular a convivência e o relacionamento mútuos com os filhos, depois do desenlace conjugal, incrementando a participação de um e outro no processo do seu desenvolvimento e crescimento e permitindo a sedimentação e fortalecimento da autoridade conjunta dos progenitores¹⁵.

Assim, para além da alteração da nomenclatura legal, a citada Lei número 61/2008, de 31 de outubro, veio abrir caminho à tutela jurídica efetiva da apontada necessidade de vinculação afetiva da criança, prosseguida, recentemente, pelas Leis números 142/2015, de 8 de setembro, e 141/2015, de 8 de setembro, que consagraram o primado da continuidade das relações psicológicas profundas como princípio orientador, respetivamente, da intervenção para promoção dos direitos e proteção de crianças e jovens em perigo e da aplicação de medidas tutelares cíveis¹⁶.

¹⁴ CAMPOS, Maria Teresa, *Um Estudo Fenomenológico da Experiência de Rapto Parental*, Tese de Mestrado em Psicologia Clínica, ISPA, 2012, p. 11.

¹⁵ Neste sentido, pode ler-se no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 28 de setembro de 2010, relatado pelo Conselheiro FONSECA RAMOS, acessível em "<http://www.dgsi.pt/>" (tal como os demais citados sem outra menção), que "[a] Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, veio alterar não só a terminologia legal, substituindo a designação de poder paternal por responsabilidades parentais, assim pretendendo em nome dos superiores interesses dos menores afetados por situações familiares dos seus pais, defendê-los e envolver os progenitores nas medidas que afetem o seu futuro, coenvolvendo-os e coresponsabilizando-os, não obstante a rotura conjugal, preservando relações de proximidade, e consagrando um regime legal em que mesmo o progenitor que não detenha o poder paternal deve ser ouvido e, assim, ser corresponsável pela educação e destino do filho, estando em causa "questões de particular importância para a vida do filho", que, em regra, passam a ser exercidas em comum e ser objeto de informação recíproca".

¹⁶ Nos termos do artigo 4.º, alínea g), da Lei número 147/99, de 1 de setembro, na redação introduzida pela referida Lei número 142/2015, de 8 de setembro, o indicado princípio impõe que a intervenção tenha por critério e limite o respeito pelo direito da criança à preservação das relações afetivas estruturantes de grande significado e de referência para o seu saudável e harmónico desenvolvimento, devendo prevalecer as medidas que garantam a continuidade de uma vinculação securizante. Por seu turno, a mencionada Lei número 141/2015, de 8 de setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível, acolhe o mesmo princípio como critério orientador da aplicação das medidas tutelares cíveis aqui previstas (designadamente, a regulação das responsabilidades parentais), face à expressa remissão para os princípios estabelecidos na Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, operada pelo artigo 4.º deste diploma legal.

O reconhecimento do exercício conjunto das responsabilidades parentais como caminho para a realização da parentalidade positiva, por um lado, e para a salvaguarda da necessidade de vinculação afetiva da criança, por outro, não encerrou, todavia, a discussão em torno da melhor forma de prossecução de um e outro dos valores referidos.

Bem ao invés, abriu renovado debate na matéria da fixação da residência da criança, oferecendo novos argumentos àqueles que se têm posicionado pela possibilidade de fixação de uma residência alternada para crianças com progenitores em situação de rotura conjugal, à margem do acordo destes.

Do ponto de vista da jurisdição da família e das crianças, trata-se de uma *vexata quaestio*, que tem recebido diferentes respostas por parte do poder jurisdicional, quer ao nível da primeira instância, quer ao nível dos tribunais superiores, para a qual, pela sua atualidade e premência social (face ao crescente número de casos em que a situação é discutida), se reclama uma urgente harmonização jurisprudencial.

É, portanto, nesta discussão que se pretende tomar parte com a presente reflexão, recolhendo-se na jurisprudência, na doutrina e na ciência, em especial, na psicologia, na pediatria e na pedopsiquiatria, os contributos mais significativos e apresentando-se um caminho que, ultrapassando uma percepção cristalizada dos papéis de género na família e a tradicional hiperbolização da importância da figura materna no desenvolvimento dos filhos, se pretende apenas escorado na prossecução do melhor interesse da criança e no respeito pelo dever de obediência à lei, respondendo, noutra perspetiva, à evolução verificada ao nível da realidade social, no âmbito da conjugalidade e da parentalidade, a que os Tribunais não podem permanecer indiferentes¹⁷.

¹⁷ Apesar de outros países ter sido objeto de diversos estudos sociológicos desde os anos 80, em Portugal só na década de 90, em especial após a alteração legislativa de 1995, foi possível encontrar projetos familiares enquadráveis numa situação de residência alternada, sendo que só em 2001 é que surgem nas Estatísticas do Ministério da Justiça casos de atribuição de guarda conjunta pelos tribunais de primeira instância. Contudo, não é diferenciada a guarda conjunta legal da guarda conjunta com residência alternada. Neste ano, foi atribuída apenas em 0,6% dos casos e até 2006 apresenta valores médios de cerca de 3% (Ministério da Justiça, 2008). Note-se que não estão incluídos nestes números os casos em que há uma separação após uma coabitacão e o casal opta por não recorrer aos tribunais para regular a guarda da criança, situações em que os progenitores podem também optar pela prática de uma residência alternada. Na realidade, a ausência de dados estatísticos sobre a expressão social da prática da residência alternada, e mesmo da guarda conjunta com residência única, não é uma situação única de Portugal, mas da maior parte dos países onde estas estão previstas na lei da família. É principalmente uma lacuna das estatísticas demográficas, pois a investigação tem vindo a perceber que é uma prática que ocorre muitas vezes à margem da lei. Como alguma literatura tem mostrado, algumas vezes a regulação judicial das guardas conjuntas com residência única ou de custódia única (seja materna ou paterna) esconde uma prática efetiva de residência alternada e, deste modo, é extremamente difícil, através das estatísticas judiciais, recensear os casos efetivos de residência alternada (WALL, Karin, ABOIM, Sofia e CUNHA, Vanessa, *A Vida Familiar no Masculino, Negociando velhas e novas masculinidades*, Coleção Estudos, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Editorial do Ministério da Educação, Lisboa, 2010, p. 337, Nota 3).

2. DISCUSSÃO

Entrando na discussão do tema em análise, importa, antes de mais, precisar o conceito de residência alternada de que se parte, atento o atual regime de exercício das responsabilidades parentais.

A vulgarmente designada *guarda conjunta* inclui uma componente jurídica, traduzida no exercício conjunto das responsabilidades parentais, por ambos os progenitores, que corresponderá à *guarda legal*, e uma componente material, que respeita à vivência diária do filho, ou seja, à sua *guarda física*¹⁸.

Nesta última perspetiva, a criança pode residir com um dos progenitores, gozando o outro de um amplo direito de visita, caso em que terá uma residência habitual e outra ocasional, ou pode habitar alternadamente com ambos, de acordo com determinado ritmo temporal, situação em que terá duas residências, em alternância, uma junto de cada um dos seus progenitores.

Em situações como esta, as decisões imediatas do dia-a-dia relativas à disciplina, dieta, atividades, contactos sociais, cuidados urgentes (etc.), ou seja, aos atos da vida corrente, pertencerão ao progenitor com quem a criança reside no momento¹⁹.

A residência alternada, que constitui objeto da presente reflexão, não se confunde, por isso, com as situações de *guarda alternada*, em que cada um dos progenitores exerce em exclusivo as responsabilidades parentais nos períodos em que tem a criança aos seus cuidados, contendendo apenas com a denominada *guarda física*, ou seja, a sua residência habitual, deixando incólume o regime definido no artigo 1906.^º do Código Civil, para as responsabilidades parentais, que aponta para o seu exercício conjunto por ambos os progenitores, no que tange às questões de particular importância para a vida do filho, e para o exercício individual pelo progenitor com quem este reside habitualmente, no tocante aos atos da sua vida corrente²⁰.

¹⁸ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O Direito da Família Contemporâneo*, 5.^a Edição, Coimbra, 2016, p. 242, Nota 554.

¹⁹ SOTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.* (1), p. 273.

²⁰ Transcreve-se o teor da norma citada, cujo regime será, por força do artigo 1912.^º do mesmo diploma legal, aplicável a todas as situações que envolvam crianças com filiação estabelecida quanto a ambos os progenitores que não vivem em condições análogas às dos cônjuges: “Artigo 1906.^º

Exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento

1 — As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho são exercidas em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio, salvo nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

2 — Quando o exercício em comum das responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho for julgado contrário aos interesses deste, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que essas responsabilidades sejam exercidas por um dos progenitores.

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

Ora, é sabido que, tradicionalmente, se tem pugnado pela impossibilidade de implementação deste regime à margem do acordo dos progenitores ou em casos de conflito e incumprimento, arvorando-se que a residência alternada poderia causar instabilidade na criança, pelas deslocações e constante alteração de rotinas, sendo fonte de insegurança e de problemas de adaptabilidade.

Os partidários de tal entendimento têm defendido, pois, que a residência alternada compromete o equilíbrio da criança, a estabilidade do seu quadro de vida e a continuidade e unidade da sua educação, acarretando para a criança graves inconvenientes, pela instabilidade que cria nas suas condições de vida e pelas separações repetidas relativamente a cada um dos seus pais, determinadas pela constante mudança de residência, concluindo, assim, que esta forma de guarda traduz “*um sistema salomónico que, repartindo a criança entre ambos os pais como se de um objeto se tratasse, satisfaçõe os interesses dos pais, sacrificando o dos filhos*”²¹.

Acrescenta-se, por outro lado, que o teor literal do artigo 1906.^º do Código Civil, a sua natureza imperativa e o interesse público prosseguido pela norma obstante à admissibilidade da residência alternada, tratando-se aqui de um conceito que se opõe à obrigação legal de o juiz determinar a residência da criança, a qual consiste num conceito equivalente a guarda e a domicílio (cf. artigo 85.^º, número 1, do Código Civil²²), servindo, assim, de referente da vida jurídica da criança e não podendo, por isso, estar sujeito a alterações periódicas²³.

No sentido da não aplicabilidade da residência alternada invoca-se, também, um argumento histórico, colhido dos trabalhos preparatórios à aprovação do Decreto-Lei número 84/95, de 31 de agosto.

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.

4 — O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente pode exercê-las por si ou delegar o seu exercício.

5 — O tribunal determinará a residência do filho e os direitos de visita 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.

6 — Ao progenitor que não exerce, no todo ou em parte, as responsabilidades parentais assiste o direito de ser informado sobre o modo do seu exercício, designadamente sobre a educação e as condições de vida do filho.

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.”

²¹ Neste sentido, SOTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.* (2), p. 439 e ss..

²² Nos termos do qual “*o menor tem domicílio no lugar da residência da família; se ela não existir, tem por domicílio o do progenitor a cuja guarda estiver*”.

²³ Assim o defende SOTOMAYOR, Maria Clara, na 6.^a edição da primeira obra citada, p. 308. Parece, todavia, que as suas objeções à figura, do ponto de vista da sua conformação com a letra da lei, se situam, agora, num plano estritamente legal, da fixação do domicílio (legal) da criança, elemento importante para a definição do tribunal competente, admitindo a autora que as estadias junto do progenitor não residente possam ser amplas ou até em ritmo alternado, desde que a isso não se oponha o interesse da criança.

Com efeito, no âmbito do Projeto de Lei número 475/VI, apresentado no início de 1995, sugeria-se a inserção no Código Civil de um artigo 1905.º-B, nos termos do qual “*no regime de guarda conjunta todas as questões de particular importância para a vida do filho, designadamente, as relativas à saúde, educação, residência, mudança da área geográfica da residência, religião e administração dos seus bens, terão que ser objeto de acordo de ambos os pais*” (número 1), precisando-se seguidamente que “*a residência do filho pode ser a de um dos pais ou, alternadamente, a de ambos*” (número 2).

Assim, valorando a circunstância de tal redação não ter sido aprovada pelo legislador de 1995, nem ter sido preconizada nas alterações legislativas seguintes (designadamente, a operada pela Lei número 59/99, de 30 de junho), conclui-se pela não aplicabilidade do modelo da residência alternada no quadro do atual regime de regulação das responsabilidades parentais.

A posição mais radicalmente contrária à admissibilidade legal da residência alternada foi sufragada por alguma jurisprudência dos nossos tribunais superiores, podendo citar-se, a título de exemplo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6 de fevereiro de 2007, relatado pela Desembargadora DINA MONTEIRO²⁴, onde se diz que “(...) [a] lei não contém qualquer disposição que permita a guarda alternada, sendo certo que se entende que tal solução sempre contenderia com os interesses do menor, impedindo-o de estabelecer qual é a sua casa, o seu lar e/ou o seu centro de vida (...”).

Sem embargo, apelando à natureza voluntária da jurisdição, a maioria da jurisprudência tem-se posicionado no sentido da admissibilidade legal deste modelo de residência²⁵, conquanto fundado no acordo dos progenitores e

²⁴ Proferido no processo n.º 705/2007-7.

²⁵ A título exemplificativo, poderão citar-se os seguintes arrestos: — acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 6 de outubro de 2015, proferido no processo n.º 1009/11.4TBFIG-A. C1, relatado pelo Desembargador JORGE ARCANJO, de cujo sumário consta que “[n]a falta de acordo, e como princípio geral, não é legalmente admissível a guarda conjunta ou partilhada, como parece resultar do artigo 1906.º, número 7, do Código Civil”; — acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de fevereiro de 2015, proferido no processo n.º 1463/14.2TBCSC.L1-8, relatado pela Desembargadora CATARINA ARÉLO MANSO, onde se decidiu que “não havendo acordo dos pais, não podem beneficiar de guarda conjunta nem alternada de responsabilidades parentais”; — acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de maio de 2014, proferido no processo n.º 5253/12.9TBVFR-A.P1, relatado pelo Desembargador RODRIGUES PIRES, nos termos do qual “a solução da “guarda alternada” (o filho ficará a residir alternadamente com cada um dos progenitores por períodos idênticos — 1 semana; 2 semanas; 1 mês) apresenta inconvenientes relacionados com a instabilidade que cria nas condições de vida do menor, motivadas pelas constantes mudanças de residência. Contudo, a solução da residência alternada pode ser adotada se os pais, acordando nesse sentido, mostrarem uma inequívoca vontade de cooperar e de pôr de parte os seus diferendos pessoais”; — acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 9 de maio de 2013, proferido no processo n.º 1297/12.9TBBRR.L1-8, relatado pelo Desembargador ANTÓNIO VALENTE, onde se concluiu que “é de admitir o acordo de ambos os progenitores, divorciados, visando, no âmbito da regulação do poder paternal, que a filha menor, agora com dez anos de idade, passe a viver alternadamente em casa de cada um deles”; e — acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de dezembro de 2006, proferido no processo n.º 3456/2006-8, relatado pelo Desembargador BRUTO DA COSTA, de cujo sumário consta que “este regime (da guarda conjunta ou alternada) não é, face à lei que nos rege, o regime-regra, pois, atento

apenas para casos de ausência de conflitos entre ambos, nisto acompanhando, de resto, a doutrina que nesta matéria tem sido pontificante²⁶.

Tem-se assistido, porém, a uma radical mudança de perspetiva nesta questão, a ponto de, em vez de regime residual de residência dos filhos de pais separados, a residência alternada começar a ser apontada como o regime regra ou preferencial, quando se trate de fixar a residência das crianças nestas situações.

Neste sentido, pode, desde logo, apontar-se a Resolução do Conselho da Europa 1921 (2013), de 25 de janeiro de 2013, sobre a igualdade de género, conciliação da vida privada e laboral e corresponsabilidade, onde se exortam as autoridades dos Estados-Membros a respeitarem o direito dos pais a desfrutarem da responsabilidade partilhada, assegurando que as respetivas leis nacionais sobre a família e as crianças, em caso de separação ou divórcio, contemplem a possibilidade de residência alternada/guarda partilhada das crianças, no seu superior interesse, baseado no mútuo acordo entre progenitores.

Seguindo o mesmo trilho, também na Resolução do Conselho da Europa 2079 (2015), de 2 de outubro de 2015, se recomenda aos Estados-Membros que introduzam na sua legislação o princípio de residência alternada depois da separação, limitando as exceções aos casos de abuso infantil ou negligéncia, ou violência doméstica, ajustando o tempo em que a criança vive na residência de cada progenitor às suas necessidades e interesses, reconhecendo-se ali que a responsabilidade parental partilhada implica que os progenitores tenham direitos, deveres e responsabilidades no que se refere aos seus filhos e que os pais são algumas vezes confrontados com leis, práticas e preconceitos que podem provocar a privação de relações sustentadas com as crianças.

Para fundar tal recomendação, sublinha-se que o respeito pela vida familiar é um direito fundamental consagrado no artigo 8.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e em numerosos instrumentos legais internacionais, sendo a convivência regular entre pais e filhos uma parte fundamental da vida familiar.

Da mesma forma, reconhece-se ali que a separação dos progenitores dos seus filhos tem efeitos irremediáveis na sua relação, separação que, por isso, apenas deverá acontecer por ordem judicial e apenas em circunstâncias excepcionais que impliquem graves riscos para o interesse da criança, demons-

o disposto no artigo 1905.º, número 1, do Código Civil, a guarda conjunta pressupõe o acordo dos pais, pelo que, na falta de um tal acordo, impõe-se atribuir a guarda da criança ou ao pai ou à mãe”.

²⁶ Vide, entre outros, RAMÃO, Tomé d’Almeida, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Anotado e Comentado*, 2.ª edição, *Quid Iuris*, Lisboa, 2017, Anotação ao artigo 34.º, p. 109; MELO, Helena Gomes de, RAPOSO, João Vasconcelos, CARVALHO, Luís Batista, BARGADO, Manuel do Carmo, LEAL, Ana Teresa e D’OLIVEIRA, Felicidade, *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, 2.ª edição, *Quid Iuris*, Lisboa, 2010, pp. 87 e ss..

trando o Conselho a crença de que o desenvolvimento partilhado da responsabilidade parental ajudará a ultrapassar estereótipos de género sobre os papéis que supostamente estão atribuídos ao homem e à mulher no seio familiar, sendo, de resto, um reflexo das alterações sociológicas que ocorreram nos últimos 50 anos na forma como a esfera familiar e privada está organizada.

No mesmo sentido se têm pronunciado vários autores e outros tantos estudos sobre os desafios do exercício conjunto da responsabilidade parental, tendo em vista a desmistificação da residência alternada.

Assim, pondo em crise a tradicional ideia da preferência maternal para crianças de tenra idade, RICHARD WASHARK, Professor de Psiquiatria Clínica na Universidade de Texas, nos Estados Unidos da América, publicou um relatório subscrito por 110 especialistas de reconhecida craveira na área, onde se conclui que as crianças de idades mais novas (bebés com menos de 4 anos) precisam de pernoitas com ambos os progenitores numa situação de separação²⁷.

Num comunicado do mesmo autor pode ler-se: “[p]esquisas aceites dos últimos 45 anos, opõem-se à ideia de que as crianças abaixo dos 4 anos (ou dos 6), precisam de passar o seu tempo exclusivamente com um progenitor e que não conseguem aceitar estar longe desse progenitor, mesmo recebendo afeto e carinho do outro. Proibições ou avisos que impeçam as crianças e bebés de passarem a noite ao cuidado do seu pai são inconsistentes com o nosso atual conhecimento do desenvolvimento da criança”. (...) Os bebés e crianças precisam de progenitores que respondam consistente, afetiva e sensitivamente às suas necessidades. Não necessitam, e a maioria não tem, um progenitor a full-time de presença constante. Muitas mães casadas e que são hospedeiras de bordo, doutoras e enfermeiras, trabalham em turnos noturnos que as mantêm longe das suas crianças e bebés durante a noite. Tal como estas mães casadas, as mães solteiras não precisam de se preocupar em deixar os seus filhos aos cuidados dos seus pais ou avós durante o dia ou noite”²⁸.

As mais promissoras investigações sobre a residência alternada vêm, porém, de um país Europeu, a Suécia, onde o Centre for CHESS — Health Equity Studies tem publicado vários artigos sobre a temática da residência alternada, com dados muito significativos.

De uma forma geral, estes estudos têm demonstrado que as crianças que não convivem habitualmente com um dos progenitores têm mais problemas psicossomáticos do que as crianças que vivem em famílias nucleares.

No entanto, as crianças em residência alternada, em análise longitudinal, apresentam melhor saúde psicossomática do que as crianças que apenas

²⁷ WARSHAK, Richard, *Social science and parenting plans for young children: A consensus report*. Psychology, Public Policy and Law, 20, fevereiro de 2014, pp. 46-67.

²⁸ WARSHAK, Richard, *Press-Release: Experts Agree: Infants and Toddlers Need Overnight Care from Both Parents After their Separation*, Dallas.

convivem com um dos progenitores. Assim, as crianças em residência alternada, em comparação com as crianças em residência única, têm um maior nível de satisfação geral, mostram melhores resultados quanto aos fatores psicológicos (v.g., menos depressões), têm melhor relacionamento com ambos os progenitores e estão mais satisfeitas com a sua situação escolar, sendo que os casos de *bullying* têm aqui menor expressão numérica do que nas situações de crianças com residência única²⁹.

Numa investigação em que foram medidos o bem-estar subjetivo das crianças, a qualidade familiar e a relação com os pares (para uma amostra de 164.580 crianças entre os 12 e 15 anos), os resultados obtidos demonstraram que as crianças em famílias nucleares apresentavam resultados elevados, resultados médios em residência alternada e resultados baixos em residência única³⁰.

Num outro estudo³¹, com uma amostra de 1.297 crianças entre os 4 e 18 anos, 10% das quais em situação de residência alternada (dados de 2011), foram observados baixos problemas emocionais e de comportamento, designadamente, entre pares, nas crianças em famílias nucleares. Para os critérios referidos, as crianças em situação de residência alternada apresentavam resultados médios, tendo sido obtidos resultados elevados para crianças em residência única. No mesmo estudo, foram também observados os progenitores e as conclusões apontaram no mesmo sentido, com maior satisfação com a saúde, a situação social e económica em famílias com crianças em situação de residência alternada do que em residência única. Nos indicadores relativos a sintomas psicossomáticos e doenças das crianças, em indivíduos entre os 12 e 15 anos, mais uma vez as residências únicas apresentaram os piores resultados³².

Num artigo muito recente, com uma amostra de 5.000 crianças entre os 10 e os 18 anos, foram encontradas as mesmas relações quanto ao modelo de residência quando avaliadas as condições económicas e materiais, as relações sociais entre progenitores e entre pares, saúde, comportamentos,

²⁹ BERGSTRÖM, FRANSSON, & HJERN, *Barn med växelvis boende*, 2015, Centre for Health Equity-Studies, pp. 71-81, acessível em "http://www.chess.su.se/polopoly_fs/1.261599.1450340833!/menu/standard/file/Barn%20i%20va%CC%88xelvis%20boende%20-%20en%20forskningso%CC%88versikt.pdf".

³⁰ BERGSTRÖM, M., MODIN, B., FRANSSON, E., RAJNIL, L., BERLI, M., GUSTAFSSON, P., & HJERN, A., 2013, *Living in two homes-a Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody*. *BMC Public Health*, acessível em "<http://bmcpublichealth.biomedcentral.com/articles/10.1186/1471-2458-13-868>".

³¹ BERGSTRÖM, M., FRANSSON, E., HJERN, A., KÖHLER, L., & WALLBY, T., 2014, *Mental health in Swedish children living in joint physical custody and their parents' life satisfaction: a cross-sectional study*, *Scandinavian Journal of Psychology*, 55, pp. 433-439, acessível em "<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/25040954>".

³² BERGSTRÖM, M., FRANSSON, E., MODIN, B., BERLIN, M., GUSTAFSSON, P., & HJERN, A., 2015, *Fifty moves a year: is there an association between joint physical custody and psychosomatic problems in children?* *J Epidemiol Community*, acessível em "<http://jech.bmjjournals.com/content/jech/early/2015/04/09/jech-2014-205058.full.pdf>".

condições de trabalho, segurança na escola e na comunidade e ainda atividades culturais e de lazer³³.

Surpreendente é, também, um estudo que conclui que as crianças em situação de residência alternada apresentam menores níveis de stress do que as crianças em residência única, contrariando percepções que muitos profissionais da área da infância e juventude vinham manifestando sobre esta matéria³⁴.

Vários estudos demonstram, finalmente, uma elevada taxa de satisfação daqueles que viveram em residência alternada (acima dos 90%) e um número igualmente elevado de estudantes que afirmam que teria sido do seu melhor interesse ter convivido mais com o seu pai³⁵.

Ora, não sendo indiferente às conclusões dos estudos citados, entendo que os mesmos servem, desde logo, para desmistificar a ideia de que a residência alternada é necessariamente fonte de instabilidade para a criança, comprometendo, por isso, o seu tão desenvolvimento.

A apontada instabilidade é, de resto, consequência da própria desagregação familiar, com a qual a criança tem que conviver após a separação dos pais, recolhendo-se dos estudos referidos que a convivência constante com os dois progenitores, em condições de igualdade, poderá, bem ao invés, contribuir para uma melhor estruturação da sua personalidade em formação.

Acompanho, por isso, o entendimento daqueles que, superando as reservas inicialmente levantadas ao regime de residência alternada (fundadas nas necessárias mudanças de casa, maior exposição ao conflito e nas diferenças de modelos educacionais dos pais), veem neste modelo de residência uma forma de consagração do direito da criança ao relacionamento com ambos os pais, bem como um importante instrumento para afastar o conflito e manter ou construir a sua família, pois que permite manter ambos os pais implicados na vida dos filhos, ajudando a desenvolver plataformas de funcionamento conjunto que, no sistema de residência única, se mostram totalmente desnecessárias³⁶.

Na verdade, a experiência tem demonstrado que o grande problema da regulação das responsabilidades parentais após a desagregação familiar consiste na dificuldade de os progenitores separarem as questões da conjugalidade das relativas à parentalidade, acabando por projetar na relação

³³ FRANSSON, E., LÄFTMAN, S., ÖSTBERG, V., HJERN, A., & BERGSTRÖM, M., 17 de janeiro de 2017, *The Living Conditions of Children with Shared Residence — the Swedish Example. Child Indicators Research*, pp. 1-23, acessível em “<https://link.springer.com/article/10.1007/s12187-017-9443-1>”.

³⁴ TURUNEN, J., 2015, *Shared Physical Custody and Children's Experience of Stress. Stockholm, Family and Societies*, Working Paper Series, acessível em “<http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2015/04/WP24Turunen.pdf>”.

³⁵ NIELSEN, L., 18 de novembro de 2011, *Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research*, Journal of Divorce & Remarriage, pp. 586-609.

³⁶ Neste sentido, SILVA, Joaquim Manuel, *A Família da Criança na Separação dos Pais: A Guarda Compartilhada*, Editora Petrony, Lisboa, 2016, p. 135.

parental as suas mágoas emocionais e contaminando, com isso, o exercício da coparentalidade e a convivência familiar.

Se é certo que a separação dos pais não traz, de *per si*, consequências negativas para as crianças, já as experiências negativas dessa separação são suscetíveis de colocar a criança em situação de vulnerabilidade, sendo fator de risco para o desenvolvimento de problemas emocionais e comportamentais nas crianças e jovens³⁷.

Estabelecer regimes de residência alternada ou de convivência equilibrada, de forma o mais ampla possível, permite, assim, retirar ao guardião o domínio da relação com a criança, fazendo-o perder poder e terreno e inviabilizando constantes situações de conflito de lealdade, fomentando tal residência a partilha da afetividade entre progenitores e filhos, da mesma forma que permite àqueles continuarem a compartilhar a afetividade dos filhos em moldes próximos dos que existiam durante a vida em comum³⁸.

Por outro lado, o desenvolvimento de laços securizantes e estabilizadores depende muito do tempo e oportunidades de convívio da criança com ambos os progenitores, permitindo a alternância de residência que um e outro sejam e façam parte da vida dos filhos, desempenhem igualmente o seu papel e funções e se envolvam na parentalidade, que exerçerão em condições de igualdade.

Por isso, entendo que a residência alternada promove o exercício da parentalidade positiva e uma consistente convivência com ambos os progenitores, sendo um fator relevante de pacificação de tensões e conflitos, sobretudo, por colocar os pais em posição de estrita igualdade³⁹.

³⁷ SANTOS, Maria do Carmo, *Problemas de Saúde Mental em Crianças e Adolescentes, Identificar, Avaliar e Intervir*, Edições Sílabo, Lda., Lisboa, 2013, pp. 170-171.

³⁸ KRUK, Edward, *Co-parenting and High Conflict: separating former marital disputes from ongoing parenting responsibilities*, 2012, *Sixteen Arguments in Support of Co-parenting*, 2012, trabalhos acessíveis em “<http://www.psycologytoday.com>”.

³⁹ A experiência também permite afirmar que se trata de um regime adequado a prevenir ou remediar, com efetividade, a problemática da privação afetiva e familiar (a vulgarmente denominada alienação parental). Assim aconteceu num recente caso julgado no Juízo de Família e Menores de Coimbra: a criança tinha estado, de facto, em alternância de residências imediatamente após a separação dos pais, ocorrida em abril de 2016; na sequência de um desentendimento entre os progenitores a propósito dos termos do divórcio por mútuo consentimento, que chegou a ser pedido na Conservatória do Registo Civil, a mãe opôs-se à continuação do modelo de residência anteriormente implementado, impondo um sistema de residência única para o filho, concretizado junto da própria; tal significou a ausência de qualquer convívio da criança com o pai até setembro de 2016, altura em que, no âmbito da conferência de pais a que alude o artigo 35º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, e escorando-se nos resultados positivos alcançados nas escassas semanas em que tal regime tinha vigorado, ao regular provisoriamente as responsabilidades parentais, o tribunal estabeleceu, contra a vontade da mãe, um regime de alternância de residência; as virtualidades de tal regime foram, posteriormente, realçadas no relatório de avaliação psicológica (cuja realização fora ordenada pelo tribunal no âmbito da mesma conferência), sendo que as conclusões de tal relatório acabaram por demover a mãe da sua rigidez inicial e permitiram que tal regime fosse implementado, agora a título definitivo, com base no acordo dos dois progenitores. Desde que foi provisoriamente instituído o referido modelo de residência alternada, não mais se verificaram problemas de convivência da criança com qualquer um dos seus progenitores.

A concessão a cada um dos progenitores de igual tempo de contacto ou residência com o filho e a atribuição da titularidade do exercício de todas as responsabilidades parentais a cada um dos progenitores que estiver, e enquanto estiver, com o filho, perfila-se, assim, como o mecanismo adequado a tentar dar à criança dois pais em vez de um só ou de meio, sendo uma forma de organização familiar que contribui para criar uma cultura autêntica de partilha das responsabilidades entre os pais, da mesma forma que dá adequada satisfação ao princípio da igualdade dos progenitores⁴⁰, salvaguardando, igualmente, o princípio⁴¹ de que os filhos não devem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles⁴².

Dizendo isto, também se impõe referir que não se vislumbra qualquer impedimento, no quadro legal atualmente vigente, a que, paralelamente à guarda legal conjunta (exercício conjunto das responsabilidades parentais), se fixe à criança uma residência alternada com os dois progenitores, ainda que à margem do acordo destes, conquanto — e é a única limitação existente — essa forma de residência corresponda à solução que melhor defenda o seu superior interesse.

Na verdade, mostra-se pouco consistente o argumento de que o teor literal dos números 3 e 5 do artigo 1906.^º do Código Civil afasta a possibilidade de fixação de uma residência alternada e impõe a definição de uma residência principal e de uma residência ocasional.

Como refere GUILHERME DE OLIVEIRA⁴³ a propósito das alterações introduzidas pela citada Lei número 61/2008 nesta matéria, “não se pretendeu impor um regime novo quanto à residência, à confiança dos filhos, à ‘guarda física’, conforme se preferir dizer. A eventual imposição de partilhas de tempo, mais ou menos alargadas, entre os filhos e cada um dos progenitores — isso sim — poderia criar dificuldades práticas excessivas. Preferindo uma introdução gradual dessas partilhas de tempo num país que tem hábitos diferentes, e por esta razão de cautela, o texto do artigo 1906.^º, número 5, procurou exprimir as práticas correntes, evitando assim criar roturas desnecessárias”.

Prosseguindo, refere o mesmo autor não poder acompanhar “a ideia de que a lei impõe que o filho tenha uma residência habitual e outra ocasional, um guardador principal e um secundário, como alegadamente resultaria do artigo 1906.^º, números 3 e 5. Na verdade, estes textos pretendiam exprimir a realidade mais frequente e mostrar que a Lei número 61/2008 não tinha a intenção de alterar o regime e as práticas anteriores, que supunham um

⁴⁰ Cf. artigos 36.^º, número 5, e 13.^º da Constituição da República Portuguesa; artigo 18.^º da Convenção Sobre os direitos da Criança.

⁴¹ Contido no artigo 36.^º, número 6, da Constituição da República Portuguesa.

⁴² PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito das Famílias e das Crianças*, AAFDL Editora, 2015, pp. 338-339.

⁴³ Texto acessível em “http://ace.pt/resources/docs/ace/publicacoes/artigo_professor_guilherme_de-oliveira20140729.pdf?title=duvidas-na-jurisprudencia-sobre-responsabilidades-parentais”.

cuidador principal e um secundário; porém, se os dois progenitores chegam a um acordo de partilha dos cuidados e do tempo de convivência que coloca os dois em paridade, e se o tribunal puder convencer-se de que o acordo é favorável para o filho, a homologação é possível e é mesmo recomendada pelo artigo 1906.º, número 7”.

Assim, acompanhando, no essencial, o entendimento transrito, afigura-se que a norma do artigo 1906.º, número 3, do Código Civil apenas regula a forma como hão de ser exercidas as responsabilidades parentais relativas aos atos da vida corrente do filho, deferindo o seu exercício ao progenitor com quem a criança reside habitualmente ou àquele com quem se encontra temporariamente.

A redação do artigo (especialmente, pelo uso da conjunção “ou”) permite claramente que a criança tenha residência com os dois progenitores, caso em que um e outro terão residência habitual com o filho e exerçerão, como tal, as correspondentes responsabilidades pelos atos da sua vida corrente, ficando, neste caso, prejudicada a aplicação da segunda parte da norma, prevista para os casos, manifestamente mais frequentes, de coexistência de uma residência principal com outra ocasional ou temporária.

Optando os progenitores ou o tribunal por um modelo de residência alternada, exigir-se-á àqueles a adoção de um modelo harmonizado de condução da vida do filho, caso em que as orientações educativas mais relevantes terão que ser definidas pelos dois e aplicadas, na prática, por um e outro nos períodos em que cada um assegura a respetiva residência.

Por outro lado, quando o artigo 1906.º, número 5, do Código Civil estatui a obrigação de o tribunal determinar a residência do filho está, salvo melhor opinião, a salvaguardar apenas a necessidade de regulamentação dos termos de tal residência e não a impor a fixação de uma residência única à criança, considerando-se, assim, que a residência poderá ser fixada apenas junto de um dos progenitores ou junto de ambos, num sistema de alternância, sem qualquer ofensa à letra da lei.

Ademais, também o artigo 43.º, número 6, da Lei número 51/2012, de 5 de setembro (pelo qual foi aprovado o Estatuto do Aluno e Ética Escolar), admite expressamente a possibilidade de existência de regimes de residência alternada, ao definir que, nesses casos (“estando estabelecida a residência alternada”), deverão os progenitores decidir, por acordo ou, na falta deste, por decisão judicial, sobre o exercício das funções de encarregado de educação.

Não se pode, por outra banda, deixar de aludir ao disposto no artigo 9.º, número 4, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, onde, definindo o critério de competência territorial, expressamente se prevê a possibilidade de a criança residir em igualdade de circunstâncias com ambos os pais (sendo, neste caso, competente o tribunal onde a providência tiver sido requerida em primeiro lugar).

Finalmente — e nisto me afasto do ilustre professor, acima citado —, não resultando do quadro legal exposto qualquer distinção entre os casos em que a fixação da residência da criança procede de acordo dos seus progeni-

tores daqueloutros em que ocorre por decisão judicial, tampouco se encontra fundamento legal bastante para limitar o estabelecimento de uma residência alternada às situações em que se verifica o referido acordo, limitação que é, de resto, contrariada pelo tradicional princípio interpretativo “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”.

Não será, aliás, despiciendo referir que, ao impor a adoção de medidas que favoreçam amplas oportunidades de contactos com ambos os progenitores e de partilha de responsabilidades entre eles, o artigo 1906.º, número 7, do Código Civil não só não afasta como, salvo melhor opinião, aponta francamente para a possibilidade de o tribunal tomar a decisão de fixação de uma residência alternada, ainda que à margem do acordo dos pais.

Tal entendimento tem, de resto, total respaldo no recente acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 27 de abril de 2017, relatado pela Desembargadora MARIA JOÃO AREIAS, no qual, após aturado estudo sobre a matéria, se formulou o seguinte sumário: “1. É posição dominante na jurisprudência a admissibilidade da guarda compartilhada (ou residência alternada), por acordo ou por imposição do tribunal, desde que haja uma boa relação entre os pais ou que, pelo menos, os conflitos entre os progenitores possam ser, de algum modo, amenizados. 2. A guarda partilhada com residências alternadas configura-se atualmente como a solução “ideal”, embora nem sempre possível, como é o caso de famílias com histórico de violência doméstica, de grande conflitualidade entre os progenitores ou quando estes residem em diferentes localidades. 2. Se, desde a separação do casal, a menor tem residido alternadamente com o pai e com a mãe, por acordo entre ambos, vivência da qual o relatório social dá uma imagem globalmente positiva, dele sobressaindo, e dos mais elementos dos autos, uma quase equivalência das condições oferecidas por cada um dos progenitores, o interesse da menor imporá a opção pela manutenção do regime da residência alternada”⁴⁴.

Aqui chegados, importa, todavia, reforçar aquele que é o ponto de partida e o fim último da presente reflexão e que constituirá o critério e limite da atividade decisória do tribunal neste particular — o melhor interesse da criança⁴⁵.

⁴⁴ Proferido no processo n.º 4147/16.3T8PBL-A.C1.

⁴⁵ Sendo a decisão de fixação da residência da criança tomada no quadro de um processo de jurisdição voluntária (cf. artigo 12.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível), tal significa, antes de mais, que não existe aqui um verdadeiro conflito de interesses a compor, mas tão só um interesse a regular — o da criança envolvida —, muito embora possa existir um conflito de representações ou de opiniões acerca desse mesmo interesse. Por isso, neste processo, e ao contrário do que sucede nos processos de jurisdição contenciosa, o tribunal não está sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo, antes e sempre, adotar a solução que julgar mais conveniente e oportuna para o caso concreto, sempre com os olhos postos nos reais interesses da criança, tendo em vista o seu desenvolvimento físico-psicológico, intelectual e moral, que se pretende o mais harmonioso e equilibrado possível, tudo o que resulta diretamente da Convenção dos Direitos da Criança, da nossa Lei Fundamental e de vários diplomas avulsos, dos quais se destacam a Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, o Regime Geral do Processo Tutelar Civil e o Código Civil.

Ora, este *interesse da criança* é consabidamente um conceito indeterminado, que está, como tal, em desenvolvimento contínuo e progressivo, sempre em instância, em atividade, permitindo, por isso, uma mais fácil adaptação às conceções de cada época, da mesma força que facilita a consideração das características próprias de cada caso particular e as necessidades específicas de cada criança concreta.

O interesse de uma criança é, assim, individual, específico e é, ele próprio, suscetível de se modificar. A noção de interesse da criança está, por isso, intimamente dependente de um determinado projeto de sociedade e de um projeto educativo preciso. Trata-se, afinal, de uma noção cultural intimamente ligada a um sistema de referências vigente em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa da criança, sobre as suas necessidades, as condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem-estar cultural e moral⁴⁶.

Sendo um conceito indeterminado, a densificação valorativa do interesse da criança, no que tange à definição dos termos da sua residência, demanda uma análise interdisciplinar da sua situação concreta, na sua individualidade e envolvência externa, tarefa na qual o juiz não se poderá desligar das orientações legais sobre o conteúdo das responsabilidades parentais, a saber: a) a segurança e saúde da criança; b) o seu sustento, educação e autonomia; c) o seu desenvolvimento físico, intelectual e moral; d) a sua opinião⁴⁷.

Não se poderá, pois, cair na tentação de pensar que este modelo de residência alternada é adequado a todas as crianças e famílias. O que se deve ter em consideração, na busca da solução que melhor acautele o superior interesse da criança, é que a distribuição do tempo deve assegurar o envolvimento de ambos os progenitores nas rotinas diárias do filho (v.g., rituais de adormecimento, transições para a escola, atividades de lazer), tendo em vista o fortalecimento dos seus laços de vinculação com cada um deles e a responsabilização efetiva de um e outro no seu processo de crescimento e educação, no que o tribunal não poderá deixar de levar na devida conta as necessidades de desenvolvimento, o temperamento e as circunstâncias individuais de cada criança, bem como as características únicas de cada família⁴⁸.

A esta luz, o modelo de residência alternada mostra-se claramente desadequado em situações que envolvam progenitores negligentes, não responsivos ou abusivos ou que, deliberadamente, não tiveram qualquer convivência com a criança antes da separação⁴⁹.

⁴⁶ EPIFÂNIO, Rui, FARINHA, António, *Organização Tutelar de Menores Anotada e Comentada*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 326.

⁴⁷ SOTOMAYOR, Maria Clara, *ob. cit.* (1), p. 37.

⁴⁸ LAMB, M. E., STERNBERG, K., THOMPSON, R, *The effects of divorce and custody arrangements on children's behavior, development, and adjustment*, Family and Conciliation Courts Review, 35, pp. 393-404, acessível em "<http://digitalcommons.unl.edu/psychfacpub/334/>".

⁴⁹ Ficam, pois, fora da hipótese apresentada no texto principal, os casos de privação afetiva e familiar (vulgo, de alienação parental) ou de falta de convivência por motivos profissionais ou outros, não imputáveis aos progenitores.

Tal modelo de residência postula, por outro lado, que ambos os progenitores disponham de adequadas competências parentais, bem como condições profissionais, económicas, habitacionais e motivacionais ajustadas a assegurar a residência da criança em regime de alternância, o que pressupõe a prévia análise da sua situação concreta, na qual o tribunal não poderá prescindir da intervenção dos serviços de assessoria técnica, designadamente, no âmbito de avaliações psicológicas⁵⁰ e da audição técnica especializada⁵¹.

Aspetos como a proximidade geográfica das residências dos progenitores, a opinião e a idade do filho, a sua ligação afetiva com cada um dos pais, serão, outrossim, critérios orientadores na tarefa de densificação do superior interesse da criança quando se trate de fixar os termos da sua residência⁵², considerando-se prejudicada a aplicação do modelo de residência alternada nos casos em que, nos termos do disposto no artigo 1906.º-A do Código Civil, o exercício em comum das responsabilidades parentais seja julgado contrário aos interesses dos filhos⁵³.

O tribunal não pode é resvalar em nefelibatismos, idealizando as relações familiares pós divórcio/separação como se elas não fossem, por natureza, marcadas por inimizade ou, pelo menos, ausência de amizade entre os progenitores, conflito e mesmo falta de cooperação entre ambos⁵⁴, ou em posições extremadas, sobrevalorizando aspetos, como o da propalada instabilidade, que são, no fundo, consequências da própria desagregação familiar, com as quais a criança terá que conviver, seja qual for o modelo de residência adotado.

⁵⁰ Nos termos do artigo 22.º, número 1, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, em qualquer fase do processo e sempre que o entenda necessário, o juiz pode nomear ou requisitar assessores técnicos externos, a fim de assistirem a diligências, prestarem esclarecimentos, realizarem exames ou elaborarem pareceres.

⁵¹ Atento o disposto no artigo 23.º, número 2, do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, a audição técnica especializada consiste na audição das partes, tendo em vista a avaliação diagnóstica das competências parentais e a aferição da disponibilidade daquelas para um acordo, designadamente em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais, que melhor salvaguarde o interesse da criança, caindo no âmbito da referida avaliação diagnóstica das competências parentais, nos casos em que não seja possível alcançar uma solução negociada, a avaliação de todos os fatores (profissionais, económicos, habitacionais e motivacionais) suscetíveis de influir no desempenho da função parental, dispensando-se, assim, a realização de relatórios sociais especificamente com esse fim, os quais detêm hoje, face ao teor do artigo 21.º, número 5, do diploma legal citado, uma natureza claramente residual.

⁵² Neste sentido, BOLIEIRO, Helena e FIALHO, António José, *Novos Modelos e Tendências na Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais — a residência alternada*, CEJ, junho de 2012, acessível em "<https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=28>".

⁵³ Nos termos da norma citada, aditada pela Lei número 24/2017, de 24 de maio, para efeitos do número 2 do artigo anterior, considera-se que o exercício em comum das responsabilidades parentais pode ser julgado contrário aos interesses do filho se: a) for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores; ou b) estiverem em grave risco os direitos e a segurança de vítimas de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças.

⁵⁴ E é esta a principal objeção que se aponta aos que continuam a erigir a ausência de conflitos entre os progenitores em condição de aplicação de um modelo de residência alternada a filhos de pais separados, considerando-se aqui que só quando tais conflitos atingirem o patamar da violência doméstica se estará perante verdadeiro obstáculo à implementação deste modelo de residência.

E não pode, por fim, permanecer indiferente às mudanças sociológicas verificadas na sociedade portuguesa, em que o pai deixou de ser o único a angariar o sustento da família e a mãe deixou de ser a única cuidadora dos filhos, exigindo-se-lhe uma ativa contribuição na definição de rearranjos familiares que, na concretude de cada caso, melhor beneficiem o interesse da criança⁵⁵.

3. CONCLUSÃO

Em face do que se deixa dito, ter-se-á que concluir que o atual regime de regulação das responsabilidades parentais em casos de divórcio/separação dos progenitores é revelador da importância que o legislador atribuiu, por um lado, à necessidade de vinculação familiar da criança, enquanto fator de estruturação da sua personalidade em formação, e, por outra banda, ao envolvimento de ambos os progenitores no seu processo de crescimento e educação, coresponsabilizando-os, em condições de igualdade, pela condução da vida do filho e comprometendo-os ao exercício de uma parentalidade positiva.

Neste quadro, a implementação de um modelo de residência alternada, ainda que à margem do acordo dos progenitores, não só não se mostra legalmente proscrita como se apresenta nas melhores condições para responder à obrigação, legalmente prescrita, de, em sede de regulação das responsabilidades parentais, o tribunal tomar decisões que promovam amplas oportunidades de contactos com ambos os progenitores e de partilha de responsabilidade entre eles.

Por outro lado, desmistificados os riscos que tradicionalmente assombriavam a adoção deste modelo de residência e recolhendo-se na ciência, em particular, na psicologia, na pediatria e na pedopsiquiatria, indicadores altamente positivos, do ponto de vista da saúde⁵⁶ das crianças, quanto às vantagens da sua implementação, não se encontra qualquer fundamento válido para a tradicional resistência à sua utilização na prática judiciária, que ainda persiste em algumas correntes doutrinais e jurisprudenciais.

O único critério e o limite último de qualquer decisão nesta matéria será, pois, ainda e sempre, o do superior interesse da criança, em cuja densificação o tribunal não poderá permanecer indiferente à evolução verificada na sociedade portuguesa ao nível da conjugalidade e da parentalidade.

⁵⁵ Acompanha-se, assim, a conclusão de SIMÕES, Ricardo, “Residência Alternada: da lenda urbana à realidade social”, 2017, texto acessível em <http://familiacomdireitos.pt/residencia-alternada-da-lenda-urbana-a-realidade-social/>.

⁵⁶ Emprega-se o termo saúde na aceção adotada pela Organização Mundial de Saúde, ou seja, como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”.

RETIFICAÇÃO DO N.º 33 DA REVISTA JULGAR

A JULGAR n.º 33 continha um lapso na citação de uma obra, que apenas foi detetado após a impressão da Revista, o qual agora se retifica.

Assim, no artigo do Senhor Dr. Pedro Raposo de Figueiredo, *A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores* (JULGAR n.º 33, páginas 89 a 108), a nota de rodapé n.º 17, na página 94:

¹⁷ Apesar de outros países ter sido objeto de diversos estudos sociológicos desde os anos 80, em Portugal só na década de 90, em especial após a alteração legislativa de 1995, foi possível encontrar projetos familiares enquadráveis numa situação de residência alternada, sendo que só em 2001 é que surgem nas Estatísticas do Ministério da Justiça casos de atribuição de guarda conjunta pelos tribunais de primeira instância. Contudo, não é diferenciada a guarda conjunta legal da guarda conjunta com residência alternada. Neste ano, foi atribuída apenas em 0,6% dos casos e até 2006 apresenta valores médios de cerca de 3% (Ministério da Justiça, 2008). Note-se que não estão incluídos nestes números os casos em que há uma separação após uma coabitacão e o casal opta por não recorrer aos tribunais para regular a guarda da criança, situações em que os progenitores podem também optar pela prática de uma residência alternada. Na realidade, a ausência de dados estatísticos sobre a expressão social da prática da residência alternada, e mesmo da guarda conjunta com residência única, não é uma situação única de Portugal, mas da maior parte dos países onde estas estão previstas na lei da família. É principalmente uma lacuna das estatísticas demográficas, pois a investigação tem vindo a perceber que é uma prática que ocorre muitas vezes à margem da lei. Como alguma literatura tem mostrado, algumas vezes a regulação judicial das guardas conjuntas com residência única ou de custódia única (seja materna ou paterna) esconde uma prática efetiva de residência alternada e, deste modo, é extremamente difícil, através das estatísticas judiciais, recensear os casos efetivos de residência alternada (**WALL, Karin, ABOIM, Sofia e CUNHA, Vanessa, A Vida Familiar no Masculino, Negociando velhas e novas masculinidades, Coleção Estudos, Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, Editorial do Ministério da Educação, Lisboa, 2010, p. 337, Nota 3.**).

...deverá considerar-se escrita com o seguinte teor:

¹⁷ Apesar de outros países ter sido objeto de diversos estudos sociológicos desde os anos 80, em Portugal só na década de 90, em especial após a alteração legislativa de 1995, foi possível encontrar projetos familiares enquadráveis numa situação de residência alternada, sendo que “só em 2001 é que surgem nas Estatísticas do Ministério da Justiça casos de atribuição de guarda conjunta pelos tribunais de primeira instância. Contudo, não é diferenciada a guarda conjunta legal da guarda conjunta com residência alternada. Neste ano, foi atribuída apenas em 0,6% dos casos e até 2006 apresenta valores médios de cerca de 3% (Ministério da Justiça, 2008). Note-se que não estão incluídos nestes números os casos em que há uma separação após uma coabitação e o casal opta por não recorrer aos tribunais para regular a guarda da criança, situações em que os progenitores podem também optar pela prática de uma residência alternada. Na realidade, a ausência de dados estatísticos sobre a expressão social da prática da residência alternada, e mesmo da guarda conjunta com residência única, não é uma situação única de Portugal, mas da maior parte dos países onde estas estão previstas na lei da família. É principalmente uma lacuna das estatísticas demográficas, pois a investigação tem vindo a perceber que é uma prática que ocorre muitas vezes à margem da lei. Como alguma literatura tem mostrado (...), algumas vezes a regulação judicial das guardas conjuntas com residência única ou de custódia única (seja materna ou paterna) esconde uma prática efetiva de residência alternada e, deste modo, é extremamente difícil, através das estatísticas judiciais, recensear os casos efetivos de residência alternada” (MARINHO, Sofia, “Ser pai na residência alternada: dinâmicas, trajectos e contextos da paternidade”, in *A vida Familiar no Masculino. Negociando velhas e novas masculinidades*, coordenação de Karin Wall, Sofia Aboim e Vanessa Cunha, Capítulo 9, edição da Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego, “Coleção Estudos”-6, Editorial do Ministério da Educação, Lisboa, 2010, p. 337, nota 3).