

Critérios para a Fixação da Residência da Criança na Regulação das Responsabilidades Parentais

Susana Santos Silva, Juiz de Direito - Juízo de Família e Menores

Resumo: O regime legal relativo ao exercício das responsabilidades parentais consagrado nos artigos 1901º e seguintes do Código Civil na redação introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31.10 e pela Lei 65/2020 de 4/11 e no Regime Geral do Processo Tutelar Cível – aprovado pela Lei 141/2015, de 8.09.

O critério do superior interesse da criança como referência orientadora do julgador para a fixação da residência e para a atribuição aos pais das decisões relativas às questões de particular e aos atos da vida corrente.

A definição da guarda e residência da criança, de acordo com os critérios enunciados no art.º 1906º, n.º 5 e 8 do Código Civil, tomando em conta como principal critério o interesse da criança e como subcritérios os fatores enunciados pela jurisprudência e que servem de fundamento à determinação daquele, nomeadamente a preferência maternal, o «*Primary Caretaker*» e o princípio da preferência pelo progenitor que manifesta mais disponibilidade em promover relações habituais do filho com o outro.

A residência alternada à luz da recente evolução jurisprudencial e das alterações legislativas operadas pela Lei n.º 65/2020 de 4/11, considerando o interesse da criança em manter uma relação o mais próxima possível com o pai e com mãe, bem como os casos em que pode ser considerada contrária ao interesse da criança e como potencial para diminuir a conflitualidade parental.

Palavras-chave: responsabilidades parentais; superior interesse da criança; questões de particular importância; atos da vida corrente; guarda; residência; residência alternada.

Introdução

A Constituição da República Portuguesa estabelece, no seu artigo 36.º, n.º 5, que os pais *têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos*.

As responsabilidades parentais surgem como efeito automático e indisponível da filiação e como forma de suprimento da incapacidade dos menores – cf. artigos 124.º e 1881.º ambos do Código Civil –, e definem-se, segundo a alínea a), do primeiro princípio, da Recomendação n.º R (84) 4, adotada pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 28 de Fevereiro de 1984, como *o conjunto dos poderes e deveres destinados a assegurar o bem estar moral e material do filho, mantendo relações pessoais com ele, assegurando a sua educação, o seu sustento, a sua representação legal e a administração dos seus bens* – vide também os artigos 1874.º e 1878.º, n.º 1, ambos do Código Civil, o último relativo ao conteúdo das responsabilidades parentais, que dispõe que *compete aos pais velar pela segurança e saúde dos filhos, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los e administrar os seus bens*.

O regime legal substantivo e adjetivo relativo ao exercício das responsabilidades parentais está consagrado nos artigos 1901º e seguintes do Código Civil (na redação introduzida pela Lei n.º 61/2008, de 31.10 e pela Lei 65/2020 de 4/11) e no Regime Geral do Processo Tutelar Cível – aprovado pela Lei 141/2015, de 8.09 (doravante RGPTC).

Em caso de divórcio ou separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, e na falta de acordo, caberá ao tribunal decidir da regulação do exercício das responsabilidades parentais no exclusivo interesse do menor – *cf.* artigos 1906.º do Código Civil e 40.º, n.º 1 do RGPTC –, tendo-se sempre em vista o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, de forma que o seu crescimento aconteça numa atmosfera de afeto e segurança moral e material – *vide* Princípio VI da Declaração dos Direitos da Criança e artigo 18.º, n.º 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

Quanto a este aspeto em particular (o do interesse da criança) o processo de regulação do exercício das responsabilidades parentais é considerado de jurisdição voluntária, razão pela qual não está o tribunal sujeito a critérios de legalidade estrita, devendo antes adotar em cada caso a solução que julgue mais conveniente e oportuna (cf.

artigos 12º do RGPTC e 987º do Cód. do Proc. Civil). Por isso, nesta matéria, o critério que deve servir de referência ao julgador é o do superior interesse do menor.

O nº 1 do artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que «*todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primordialmente em conta o interesse superior da criança.*»¹ O superior interesse do menor surge assim como um conceito jurídico indeterminado que, apesar de “não ser definível, é dotado de uma especial expressividade”, é “uma «noção mágica», de força apelativa e tendência humanizante”; não sendo suscetível de uma definição em abstrato que valha para todos os casos². Este conceito está intimamente dependente de um determinado projeto de sociedade, de um projeto educativo preciso. Trata-se de uma noção cultural intimamente ligada a um sistema de referências vigentes em cada momento, em cada sociedade, sobre a pessoa do menor, sobre as suas necessidades, as condições adequadas ao seu bom desenvolvimento e ao seu bem-estar cultural e moral.

A sua eficácia específica permite tomar em conta cada caso particular. O interesse de uma criança não é o interesse de uma outra criança e o interesse de cada criança é, ele próprio, suscetível de se modificar³.

As questões de particular importância

O exercício das responsabilidades parentais quanto às questões de particular importância (as que se resumem a questões existenciais graves e raras na vida de uma criança, que «*pertencem ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças*»)

¹ O superior interesse da criança encontra-se também inscrito como vetor fundamental no artigo 7.º da Declaração dos Direitos da Criança, proclamada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU, de 20/11/1959, nos artigos 9.º, n.º 1, e 18.º, n.º 1, da Convenção Sobre os Direitos da Criança, assinada em Nova Iorque, a 26/01/1990, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 20/90, de 12/09, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 49/90, de 12-09, e no artigo 6.º, alínea a), da Convenção Europeia Sobre o Exercício dos Direitos da Criança, adotada em Estrasburgo, a 25/01/1996, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13-12-2013 e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27-01.

² Sottomayor, Maria Clara, “Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de Divórcio”, 4.ª ed., Almedina, págs. 33 e 34.

³ Obra coletiva de Melo, Helena, Raposo, João, Carvalho, Luís, Bargado, Manuel, Leal, Ana e Oliveira, Felicidade - *Poder Paternal e Responsabilidades Parentais*, Quid Juris, 2ª ed., págs. 64 e 65.

⁴ pode ser conjunto ou unilateral/singular.

Neste domínio, resultam, quer do conteúdo da norma legal supra citada, quer da análise dos restantes preceitos legais inseridos na Lei 61/2008, como fatores inovadores deste modelo, os seguintes princípios: 1º - o princípio geral, como regra, para os ex-cônjuges, do exercício conjunto das responsabilidades parentais relativamente ao menor, seu filho; 2º - o exercício em comum por ambos os progenitores nos termos que vigoravam na constância do matrimónio no que concerne às questões de particular importância para a vida do filho; 3º - tais regras - de natureza imperativa - devem ser observadas, salvo se o Tribunal, em decisão fundamentada, entender que tal solução é contrária aos interesses do menor.

Ou seja, a regra é a do exercício em comum das responsabilidades parentais, com a guarda conjunta, e a exceção o caso em que o filho é confiado a apenas um dos progenitores, exercendo ele as responsabilidades parentais, cabendo ao progenitor não guardião a possibilidade de vigiar a educação e as condições de vida do filho – art.º 1906º, n.º 6 do Cód. Civil. Com esta última solução a estar indicada naturalmente para aquelas situações em que os pais da criança não cheguem a acordo ou para os casos em que o Tribunal assim o considere conveniente por melhor assegurar os interesses e a segurança da criança, devendo, em tal circunstância, fundamentar devidamente a sua decisão (artigo 1906º, n.º 2 do Código Civil).

Em conformidade, nos termos do disposto pelo artigo 1906.º, n.º 1, do Código Civil, o exercício das responsabilidades parentais será conjunto quanto a questões de particular importância da vida da menor, quais sejam as questões existenciais graves e raras na vida de uma criança, pertencentes ao núcleo essencial dos direitos que são reconhecidos às crianças (p. ex. decisão sobre melindrosas cirurgias; saída para o estrangeiro com algum carácter duradouro; escolha de ensino particular ou oficial; decisões de administração que envolvam oneração; prática de determinadas atividades desportivas; orientação profissional; etc.), sem prejuízo dos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, devendo prestar informações ao outro logo que possível.

A razão de ser da implementação deste regime prende-se com a necessidade de

⁴ Exposição de motivos da Lei n.º 61/2008, de 31.10.

responsabilizar e envolver ambos os pais na vida quotidiana e na educação da criança, de modo a estimular a convivência e o relacionamento mútuos com o menor, depois do divórcio, separação, afastamento ou fim da relação entre o casal que gerou a criança e após essa rutura conjugal ou de vivência/convivência em situação análoga à dos cônjuges. E por sua vez incrementa a participação de ambos os pais na vida da criança, com o acompanhamento do seu desenvolvimento e crescimento, permitindo a sedimentação e fortalecimento da autoridade conjunta dos pais.

Nessa envolvência conjunta saem reforçados os interesses da criança com a consequente salvaguarda e proteção dos seus direitos, nomeadamente o direito a conviver com o seu pai e a sua mãe, sem a exclusão de nenhum dos progenitores, impedindo-se, desta forma, que depois da rutura entre ambos, um deles – aquele a quem não era tradicionalmente confiado o menor – se afaste da vida da criança e se torne um *estranho*, consequência que a mera fixação de um regime legal de visitas pelo Tribunal e de contribuição mensal para o sustento do filho por si só, como é sabido, não lograva alcançar. Como se lê no Acórdão da Relação de Lisboa de 28/06/2012, ⁵ *“as vantagens são inequívocas, porquanto além de eliminarem os conflitos, reduzem os efeitos do impacto da separação dos pais nas relações parentais, e nas que se estabelecem entre os progenitores e os respetivos filhos, com a envolvência direta e conjunta de ambos os pais. Fortalecendo assim a atividade e os laços afetivos entre os filhos e os pais e reforçando, por esta via, o papel parental.”*

Assim, só em situações excecionais, como as previstas no artigo art.º 1906º-A, aditado ao Código Civil pela Lei n.º 24/2017, se considera que pode ser contrário ao interesse da criança o exercício em comum das responsabilidades parentais, como ocorre quando for decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre progenitores (alínea a), se 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 (al. b), ou nos casos em que é desconhecido o paradeiro do progenitor, circunstância que só por si desaconselha o exercício em conjunto das responsabilidades parentais quanto às questões de particular

⁵ Processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8, relatora Maria Luída Galdes, disponível para consulta in www.dgsi.pt.

importância, impondo-se um ónus ao progenitor residente de contactar o outro progenitor, sempre que se tratasse da tomada de decisões dessa natureza, de difícil concretização, e que tornaria o exercício conjunto das responsabilidades parentais inexecutável.

Atos da vida corrente

Os atos da vida corrente pertencem ao progenitor com quem a criança reside habitualmente ou ao progenitor com quem a criança se encontre temporariamente (não devendo este último, contudo, contrariar as orientações educativas mais relevantes, tal como elas são definidas pelo progenitor com quem reside habitualmente).

Neste sentido a decisão a proferir pelo tribunal tem que apreciar três questões fundamentais, sendo elas: a questão da residência/guarda do filho; a questão das visitas (convívio ao filho por parte do progenitor não guardião (não-residente)); a questão dos alimentos a prestar pelo progenitor não guardião ao filho alimentando.

A questão da guarda/residência

Reside, muitas vezes, e à partida, neste aspeto, o desacordo entre os progenitores pretendendo um ou outro que a residência se fixe junto de si, ou que se fixe de modo alternando, com um e com o outro, por períodos de tempo mais ou menos equivalentes.

Nos termos do art.º 1906º, n.º 5 do Código Civil, 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.

Por seu turno, nos termos do n.º 8 do mesmo preceito 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.

Como se deixou dito, as responsabilidades parentais assumem um carácter funcional, ou seja, consistem num poder-dever, cujo exercício é submetido,

altruisticamente, ao interesse da criança, de tal modo que esse princípio funciona como critério e limite do mesmo, não só nas situações que determinam a sua inibição, mas também na aplicação de providências que o limitam.

Refere o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 04.02.2010⁶: «*Por mais que aceitemos a existência de um “direito subjetivo” dos pais a terem os filhos consigo, é no entanto o denominado “interesse superior da criança” - conceito abstrato a preencher face a cada caso concreto - que deve estar acima de tudo. Se esse “interesse subjetivo” dos pais não coincide com o “interesse superior” da criança, não há outro remédio senão seguir este último interesse*».

A lei, porém, não define o que entende por superior interesse da criança. Trata-se de um conceito aberto, que só em concreto se concretiza, com a consciência que qualquer decisão tomada com base nesse critério reside na valoração – que tem sempre um resquício de subjetividade – que o julgador faça da realidade provada. Daí ser pertinente a indicação de critérios objetivos e funcionais que presidam à decisão.

Da análise da jurisprudência resultam uma série de subcritérios ou fatores que servem de fundamento à determinação do interesse da criança que é possível enumerar e subdividir em fatores relativos à criança e fatores relativos aos pais.

Os primeiros englobam as necessidades físicas, intelectuais, religiosas e materiais da criança, face à sua idade, sexo e grau de desenvolvimento físico e psíquico, a continuidade das relações da criança, a sua adaptação ao ambiente escolar e familiar, bem como as relações que vai estabelecendo com a comunidade onde se integra. Os segundos abrangem, nomeadamente, a capacidade dos pais para satisfazerem as necessidades dos filhos, o tempo disponível para deles cuidarem, os afetos que lhes dedicam, os estilos de vida e estabilidade que lhes proporcionam.

Existem, ainda, outros fatores não ligados à pessoa dos pais ou da criança, que contribuem para a decisão final, como é o caso das condições geográficas (proximidade da casa de um dos pais à escola dos filhos), das condições materiais, das condições físicas da casa (como a possibilidade de criação de um espaço para as crianças), a companhia de

⁶ Processo n.º 1110/05,3TBSCD.C2.P1, relator Oliveira Vasconcelos, disponível para consulta in www.dgsi.pt

outros irmãos, a assistência prestada a um dos pais por outros membros da família, nomeadamente, os avós.⁷

Nestes casos o método utilizado para determinar o interesse da criança envolve uma multiplicidade de fatores, dada a impossibilidade de definir a priori um interesse que valha de forma igual para todas as crianças. A decisão final é encontrada através de um teste da totalidade das circunstâncias, ponderando-se todos os fatores relevantes para a decisão.

Por outro lado, o critério da preferência maternal que foi critério jurisprudencial dominante até há mais de uma década⁸ tem vindo a ser progressivamente abandonado, justificado pela fungibilidade de papéis na família, sobretudo na classe média urbana, e nos novos papéis que o homem e a mulher praticam na família e o gradual desaparecimento da mãe tradicional, dona de casa, totalmente dedicada à educação dos filhos.

Há décadas atrás, os primeiros estudos psicológicos consagrados às relações entre pais e filhos representavam uma mulher cuja função na família era cuidar dos filhos, como se a mãe existisse sozinha com o seu filho, como se este não tivesse personalidade, como se a estrutura familiar, os companheiros de escola ou o meio económico, a ecologia física e social, a religião, a organização dos tempos livres e, sobretudo, o universo semântico em que a criança mergulha, como se nada disto tivesse o mínimo papel no desenvolvimento da criança. Nesse contexto histórico, foi consagrado o Princípio VI da Declaração Universal dos Direitos da Criança⁹, nos termos do qual: *"A criança precisa de amor e compreensão para o desenvolvimento harmoniosos da sua personalidade. Deve, tanto quanto possível, crescer sob a proteção dos pais e, em qualquer caso, numa atmosfera de afeto e segurança moral e material; a criança na primeira infância não deve, salvo em circunstâncias excecionais, ser separada da mãe"*.

⁷ Sottomayor (nota 2), pág. 32 e 33.

⁸ Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/01/1999, in Coletânea de Jurisprudência, Ano XXI, TI, pág. 78 e da Relação do Porto de 16/11/1999, in Coletânea de Jurisprudência, T. V, pág. 195.

⁹ Aprovado pela Assembleia-geral da ONU em 20/11/1959.

Atualmente, porém, a sociedade tende a evoluir para uma interfungibilidade de papéis entre o homem e a mulher. Assiste-se a uma transformação dos padrões parentais relativamente aos papéis maternos e paternos clássicos. Caminha-se, claramente, para a reciprocidade de afetos e daí a tendência para a colaboração de ambos os progenitores nas responsabilidades familiares, sem se reduzir o homem a uma função de segurança económica e a mulher a uma função doméstica. Se o homem vai perdendo o monopólio da carreira profissional, a mulher vai perdendo o monopólio da função doméstica e o papel de guardião em relação aos filhos.

Ao pai tradicional que tem uma relação distante com os filhos, pouco envolvido na educação destes e menos capaz de exprimir emoções, tende hoje, a suceder, pelo menos nos estratos sociais em que ambos exercem uma atividade profissional, um pai que quer assumir um papel ativo relativamente aos filhos¹⁰.

Em consequência, a guarda dos filhos passou a ser concedida a homens com horários de trabalho flexíveis em comparação com mulheres que trabalham a tempo inteiro e a homens que vivem com avós paternos da criança e irmãos consanguíneos desta ainda que tenham uma nova companheira que cuida da criança, a homens que cuidaram dos filhos durante o período da separação de facto que precede o divórcio¹¹.

Também aqui, devemos assentar que a igualdade dos progenitores afasta em abstrato a ideia de que a residência da mãe é a melhor escolha para o filho, em detrimento da residência deste com o pai, devendo procurar-se na falta de entendimento dos progenitores, aquele que em concreto tem melhores condições.

A primazia da mãe, só por si, deixou de vigorar e, nessa medida, não constitui critério único de tomada de decisão.

Clara Sottomayor¹² propõe o critério que tem vindo a ser seguido pela jurisprudência dos nossos Tribunais ¹³ e que designa de o chamado *Primary Caretaker*,

¹⁰ Hughes Fulchiron, "Autorité Parental et Parents Désunis", pag.20.

¹¹ Sottomayor, (nota 2) pág. 41.

¹² Sottomayor, *Maria Clara*, Exercício do Poder Paternal relativamente à pessoa do Filho Após o Divórcio ou a Separação Judicial de Pessoas e Bens, Almedina, pág. 41.

¹³ vide os Acórdãos do STJ de 4/02/2020, proferido no processo n.º 1110/05.3TBSCD.C2.S1, de 11/05/2022, proferido no processo n.º 3268/19.5T8FAR.E1.S1, da Relação de Lisboa de 24/01/2019, proferido no processo n.º 1846/15.0T8PDL-B.L1-6, da Relação de Coimbra de 6/10/2015, proferido no processo n.º 3079/12.9TBCSC.C1, da Relação de Guimarães de 19/01/2023, proferido no processo n.º 2396/16.3T8BRG-I.G1.

regra da figura primária de referência. Este é um critério neutro em relação ao sexo e distanciado de questões de estereótipos de género, ou seja que não contém em si a mensagem de que o cuidado das crianças cabe às mulheres e que contem em si todas as tarefas de cuidado, educação, apoio e sacrifício realizadas em relação às crianças durante a constância do casamento, regra que permite, por um lado, promover a continuidade da educação e das relações afetivas da criança e, por outro, atribuir a guarda dos filhos ao progenitor com mais capacidade para cuidar destes e a quem estão mais ligados emocionalmente.

A continuidade na relação psicológica principal da criança é essencial para o seu bem-estar, principalmente quando a estabilidade da família se rompe com o divórcio e a separação dos pais. *“O objetivo das normas sobre a regulação do poder paternal não é promover a igualdade entre os pais ou a alteração das funções de género mas sim garantir à criança a continuidade da relação afetiva com a pessoa de referência”*.¹⁴

Este critério está, por outro lado, em harmonia com as orientações legais acerca do conteúdo das responsabilidades parentais - artigos 1885º e 1918º do Código Civil - e com as que consideram a vontade da criança como um fator decisivo na resolução de questões que dizem respeito à sua vida - artigos 1878º, nº2 e 1901º, nº2, ambos do Código Civil.

A regra da figura primária de referência é um critério objetivo e funcional, relacionado, como se disse, com o dia-a-dia da criança, ou seja, com a realização de tarefas concretas prestadas ao menor, no quotidiano, naquelas famílias em que é claramente um dos pais que desempenha o essencial das tarefas e do cuidado físico e psíquico dos filhos e a quem estão mais ligados afetivamente.

Todavia, este critério não é, em muitos casos, só por si suficiente para decidir pela fixação da residência da criança junto de um ou de outro progenitor, pois que, as mais das vezes o que se verifica é que essas tarefas foram partilhadas por ambos os pais.

Nestes casos, regista a doutrina ¹⁵e a jurisprudência alguns subcritérios ou fatores que se tornam relevantes para a determinação do interesse da criança, destacando-se, entre outros: - a preferência pelo progenitor que permite a relação da criança com o outro

¹⁴ Acórdão do STJ de Ac. do STJ, de 04.02.2010 (nota 5).

¹⁵ *Sottomayor (nota 2)*, pág. 42.

ou por aquele que tem o apoio dos avós para cuidar da criança, ou seja aquele que privilegia a continuidade das relações afetivas da criança, a sua adaptação ao ambiente extrafamiliar de origem (a escola, amigos, comunidade, atividades não escolares e os efeitos de uma eventual mudança de residência causados pela rutura com esse meio ambiente).

É inegável que as crianças necessitam de estabilidade, muito embora a estabilidade hoje em dia não signifique o mesmo que significava há vinte ou mesmo há dez anos.

Com efeito, a necessidade de constante mudança dos pais e das famílias mercê da recente crise económica que se associou à já velha crise social e institucional, a globalização, a proximidade entre as cidades (no nosso caso em resultado de novas e múltiplas estradas, autoestradas e *scuts*) e entre os países (em resultado das viagens *low cost*), alteraram definitivamente o que se tinha assente como padrão de vida familiar ideal.

Dir-se-ia até que se torna fundamental educar os filhos com essa plasticidade que lhes permitirá resistir às mudanças que no futuro provavelmente enfrentarão, habilitando-os com competências de independência e de adaptação. Daí que este critério que privilegia a «estabilidade existente» deva ser entendido de modo não restritivo e fundamental para excluir um ou o outro dos progenitores.

Não será, assim, definitiva nesta análise, a questão da mudança de local de residência ou das circunstâncias que possam rodear essa alteração, mas o corte com o universo afetivo da criança que a poderá prejudicar no seu são desenvolvimento psicoafetivo, gerando sentimentos de perda e de dor, que colocam em perigo a sua saúde e desenvolvimento.

Com efeito, a quebra abrupta dos laços que as crianças sedimentaram ao longo do seu tempo de vida, seja com a família paterna ou materna, amigos e professores, o esforço acrescido de uma adaptação repentina a uma realidade que lhes é estranha, a uma rotina distinta da que estão habituadas desde que nasceram e que ambos os pais lhes vinham assegurando, pode ser considerada prejudicial ao seu interesse.

Aos critérios supra enunciados acresce finalmente um outro.

De entre os enunciados fatores relevantes para concretizar o conteúdo de interesse da criança, o legislador consagrou no art.º 1906º, n.º 5 do Código Civil o princípio da

preferência pelo progenitor que manifesta mais disponibilidade em promover relações habituais do filho com o outro.

Este princípio significa que o juiz, em caso de falta de acordo dos pais, quando tem de escolher a qual dos progenitores confia a guarda das crianças, deve ter em conta, segundo a indicação da lei, a disposição de cada um dos pais para favorecer as relações da criança com o outro progenitor.

Como fundamento deste critério¹⁶ invoca-se não só os direitos e necessidades das crianças, mas também a maior capacidade educativa do progenitor e a sua superior qualidade como modelo de identificação para a criança. Com efeito, o progenitor, que permite que a criança mantenha uma relação positiva com o outro, revela mais maturidade humana e capacidade para superar o conflito entre ambos, enquanto homem e mulher, privilegiando a relação que mantém com a criança enquanto pai. O progenitor que prescinde da criança a favor do outro, põem o interesse da criança acima do seu, em ordem a evitar conflitos.

A residência alternada

A recente evolução jurisprudencial,¹⁷ bem como a alteração legislativa operada pela Lei n.º 65/2020 de 4/11, que veio estabelecer as condições em que o tribunal pode decretar a residência alternada do filho em caso de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento dos progenitores, vão no sentido da preferência pelo sistema de residência alternada com guarda conjunta, sempre que esta solução vá de encontro ao superior interesse da criança.¹⁸

Também os instrumentos internacionais europeus vinham já refletindo esta nova

¹⁶ *Sottomayor*, (nota 2) pág. 52

¹⁷ a título de exemplo os Acórdãos da Relação de Guimarães de 2/11/2017, proferido no processo n.º 996/16.0TBBCL-C-G, da Relação de Lisboa de 6/02/2020, proferido no processo n.º 6334/16.5T8LRS-A-2, da Rel. De Coimbra de 28/02/2023, proferido no processo n.º 1810/21.0T8ACB.C, da Relação do Porto de 29.9.2022 proferido no processo n.º 1777/21.5T8GDM.P1, da Relação de Coimbra de 27.4.2017, proferido no processo 4147/16.3T8PBL-A.C1 e de 23.02.2021 proferido no processo 1671/18.7T8VIS-D.C1, todos disponíveis para consulta in www.dgsi.pt

¹⁸ Versando sobre casos de crianças de tenra idade e/ou ponderando a aplicabilidade, nessas situações, do regime de residência alternada, cf., de entre vários, os citados acórdãos da Relação de Coimbra de 12.7.2022 proferido no processo n.º 264/22.9T8CNT-A.C1 e da Relação de Évora de 14.7.2020 proferido no processo 546/19.7T8PTM.E1 e de 25.02.2021 proferido no processo 1583/19.7T8FAR.E1.

tendência, sendo que a Resolução 1921 do Conselho da Europa (2013), que apenas apelava “às autoridades dos Estados-Membros a respeitar o direito dos pais a desfrutar a responsabilidade partilhada, assegurando que legislação sobre a família e as crianças, em caso de separação ou divórcio, contemple a possibilidade de residência alternada/guarda partilhada das crianças, no seu superior interesse, baseado no mútuo acordo entre progenitores”, dois anos após, veio a ser substituída pela Resolução 2079 do Conselho da Europa (de 02-10-2015), instando os Estados Membros a “Introduzir 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”.

Embora o princípio da residência alternada não tivesse ainda sido transposto para o direito nacional, já então a jurisprudência entendia maioritariamente que o artigo 1906º do Código Civil não exigia o acordo dos progenitores para a sua fixação, nem sequer a inexistência de conflitualidade entre os cônjuges, sendo que a existência de alguma conflitualidade seria mesmo compreensível e expectável numa situação de pós rutura do casal.¹⁹

O art.º 1906º, n.º 6 do Código Civil, na sua atual redação, dada pela Lei nº 65/2020, de 04 de novembro, estabelece que quando 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. E o n.º 8 do mesmo preceito dispõe que o tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse da criança, 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.

Significa, então, que o facto de não existir acordo entre os progenitores quanto à residência alternada, a ela se opondo um dos progenitores, só por si, não obsta à fixação

¹⁹ No sentido de que a residência alternada pode ser consensualizada pelos pais ou imposta pelo tribunal, se pronunciam Bolieiro, Helena e Guerra, Paulo, “A Criança e a Família – uma questão de direitos”, 2ª ed., Coimbra Editora 2014, pág. 201, nota 31, e pág. 209 e Silva, Joaquim – “A Família das Crianças na Separação dos Pais, A Guarda Compartilhada e a Justiça Restaurativa”, 2ª edição, Petrony, p. 135.

de um sistema de residência alternada. Sendo este o sistema que melhor assegura a prossecução do interesse da criança, por ser potenciador de um convívio mais amplo com ambos os progenitores, permitindo-se com ele que a criança mantenha uma relação o mais próxima possível com pai e mãe, de maneira a usufruir em termos paritários de afeto, apoio e segurança que cada um deles lhe pode proporcionar ²⁰.

Convocando os princípios basilares a observar, supra enunciados, no que respeita à determinação da residência da criança, do superior interesse da criança, da igualdade entre os progenitores e da disponibilidade manifestada por cada um dos progenitores para promover relações habituais do filho com o outro progenitor, prevalecerá sempre o primeiro. Assim, não obstante a boa relação que o menor possa ter com os dois progenitores e a dedicação que ambos lhe dispensem, a residência alternada só poderá ser uma opção se for do interesse da criança (n.ºs 5 e 8 do art.º 1906º do Cód. Civil), sendo importante avaliar, entre outros fatores, se é esse o que na prática os pais vêm seguindo, se é essa a vontade manifestada pelos próprios filhos e se estes mantêm uma relação afetiva sólida com ambos os pais.

Se os progenitores, por exemplo, persistem em apresentar elevada conflituosidade e incapacidade comunicacional, a residência alternada poderá ser, então, considerada contrária ao interesse da criança.

É que, o regime do exercício das responsabilidades parentais, com residência alternada, no qual o exercício de todas as responsabilidades parentais, quer as relativas às questões de particular importância, quer as relativas aos atos da vida corrente, são exercidas em comum e em conjunto por ambos os progenitores, pressupõe que os pais tenham, pelo menos, uma previsível capacidade de diálogo no que tange aos interesses dos filhos e um interesse sério e genuíno em promover o sucesso deste tipo regime em prol do bem-estar e estabilidade da criança, assegurando-lhe um ambiente estável e

²⁰ A título de exemplo, entre outros, o Acórdão da Relação de Coimbra de 14/12/2020, proferido no processo n.º 360/17.4TBFIG-C.C1, onde se lê que “Mesmo não existindo acordo dos pais, a residência alternada é uma solução adequada ao exercício das responsabilidades conjunto das parentais – artigo 1906º do CC, salvo se o desacordo se fundamentar em razões factuais relevantes ou se mostrar que a medida não promove o interesse dos filhos”).

seguro e garantindo-lhe todas as condições para o seu desenvolvimento integral e harmonioso.

A persistência de problemas de comunicação entre os progenitores e um nível elevado de conflito leva a concluir pela inexistência de capacidade de concertação entre si que lhes permita definir linhas comuns de orientação na educação da criança de forma a garantir que, não obstante a alternância de residência, se manteria desejável e necessária a sua estabilidade.

De outro passo, tal solução pode de todo não ser a mais adequada se, em consequência do conflito parental, a criança evidenciar já desequilíbrio emocional ou evidenciar insegurança face à possibilidade de fixação do regime de residência alternada, caso em que a fixação de um sistema de residência alternada seria suscetível de potenciar a situação de instabilidade emocional que a criança experiencia, caso em que seria em absoluto contrária ao seu interesse.

Em determinadas situações, a jurisprudência mais recente vê a residência alternada como *“a que mais potencial tem para diminuir a conflitualidade parental”*.²¹

Edward Kruk ²² enuncia os catorze argumentos que legitimam a imposição judiciária da residência alternada: 1. Preserva a relação da criança com ambos os pais; 2. Preserva a relação dos pais com a criança; 3. Diminui o conflito parental e previne a violência na família; 4. Respeita as preferências da criança e a opinião da mesma acerca das suas necessidades e superior interesse; 5. Respeita as preferências dos pais e a opinião

²¹ Por exemplo, os citados acórdãos da Relação de Li de 12.01.2023-processo 7918/20.2T8SNT-E.L1-6, 18.6.2020 proferido no processo n.º 2973/18.8T8BRR.L1-2 [depois de aludir às posições da doutrina e da jurisprudência, considera existir «uma perspetiva mais otimista, que tende a considerar que a residência alternada terá a virtualidade de pacificar a situação de conflitualidade existente entre os progenitores, que alegadamente decorreria da guarda exclusiva atribuída à mãe, atenuando esse antagonismo, ou pelo menos não o agravando»; indica diversos arestos que perfilham esse entendimento] e de 24.01.2017 proferido no processo n.º 954-15.2T8AMD-A.L1-7 onde se lê que «Cremos ainda não poder dizer-se, sem mais, que a guarda/residência alternada fomenta o conflito entre os progenitores; ao invés, cremos que pode até concorrer para desvanecer os conflitos eventualmente existentes, pois que, com ela, nenhum deles se sentirá excluído ou preterido no seu direito de se relacionar com o filho e de participar ativamente, em termos práticos e psicológicos, no seu desenvolvimento como ser humano, sendo sabido que o progenitor “preterido”, movido pelo sentimento de exclusão que a maioria das vezes o assola, é levado a deixar de cumprir as suas obrigações parentais.».

²² Estudo publicado em 2012 e citado por Bolieiro, Helena - Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais, A residência alternada – casa do pai – casa da mãe – E agora”, p.235-241.

dos mesmos acerca das necessidades e superior interesse da criança; 6. Reflete o esquema de cuidados parentais praticado antes do divórcio; 7. Potencia a qualidade da relação progenitor/criança; 8. Reduz a atenção parental centrada na “matematização do tempo” e diminui a litigância; 9. Incentiva a negociação, a mediação parental e o desenvolvimento de acordos do exercício das responsabilidades parentais; 10. Proporciona “*guidelines*” claras e consistentes para a tomada de decisão judicial; 11. Reduz o risco e a incidência da “alienação parental”, 12. Permite a execução dos regimes de exercício das responsabilidades parentais, pela maior probabilidade de cumprimento voluntário pelos pais. 13. Considera os imperativos de justiça social relativos aos direitos da criança; 14. Considera os imperativos de justiça social relativos à autoridade parental, à autonomia e à igualdade, direitos e responsabilidades.

Em conclusão

Os pais devem saber pôr os filhos em primeiro lugar, mostrar civismo em prole destes, pela simples razão de que “*os filhos precisam de ambos*”, cabendo ao tribunal “*ajudar os pais a trabalhar em conjunto tendo em vista o bem-estar dos seus filhos*”.²³

²³ T. Berry Brazelton e Syanley I. Greenspan, *A Criança e o Seu Mundo – Requisitos Essenciais para o Crescimento e Aprendizagem*, págs. 52 e seguintes.