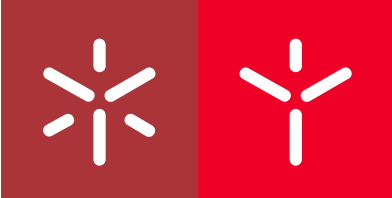


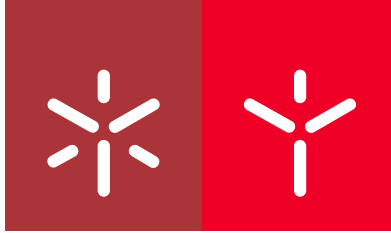


Residência alternada e o superior interesse da criança: uma perspectiva luso-brasileira

Lidia Marta Zucchi

Universidade do Minho
Escola de Direito





Universidade do Minho
Escola de Direito

Lídia Marta Zucchi

Residência alternada e o superior interesse da criança: uma perspectiva luso-brasileira

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direito Judiciário
(Direitos Processuais e Organização Judiciária)

Trabalho efetuado sob a orientação da
Prof.^a Doutora Rossana Martingo Costa Serra Cruz

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.

Licença concedida aos utilizadores deste trabalho



Atribuição

CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre me guiar.

À minha mãe, pelo seu amor incondicional, apoio constante e por sempre estar ao meu lado.

Ao meu pai, *in memoriam*, por todos os ensinamentos e por ser a minha fonte de inspiração.

Ao meu amor, pela paciência e pelo apoio ao longo desta trajetória.

À minha orientadora, Prof.^a Dra. Rossana Martingo Cruz, por me orientar na realização desta dissertação, pela disponibilidade e sabedoria sempre transmitida, cuja contribuição foi essencial na concretização deste estudo.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração.

Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Residência alternada e o superior interesse da criança: uma perspectiva luso-brasileira

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto de estudo o direito comparado entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro referente à prática da residência alternada da criança no contexto de pós-divórcio ou separação dos pais. Com essa finalidade, analisou-se a viabilidade jurídica desta modalidade de residência em ambos os países, bem como as vantagens da aplicação deste modelo, de forma a priorizar sempre o superior interesse da criança. Antes de adentrar diretamente no tema em questão, foi examinada a evolução da dinâmica familiar, origem da residência alternada nos Estados Unidos da América e o Princípio do Superior Interesse da Criança. Em um segundo momento, dedicou-se um capítulo para o estudo da residência alternada no ordenamento jurídico português, percorrendo sobre as alterações legislativas, antes e depois da Lei n.º 61/2008, análise do artigo 1906.º do Código Civil Português, especialmente o número 6 deste artigo, bem como decisões dos tribunais portugueses sobre o tema ora proposto. No capítulo seguinte, examinou-se a residência alternada na legislação brasileira, momento em que foi tratado sobre o poder familiar, modalidades de guarda admitidas pelo Código Civil de 2002 e, por fim, acórdãos de diversos tribunais brasileiros a respeito do tema. O último capítulo destinou-se ao estudo dos casos de inaplicabilidade da residência alternada, os argumentos dos doutrinadores contrários ao instituto, bem como o papel da mediação familiar e sua possível melhoria com relação à temática ora proposta.

PALAVRAS-CHAVE

Guarda conjunta; residência alternada; responsabilidades parentais; superior interesse da criança.

Shared Residence and the Best Interests of the Child: a Portuguese-Brazilian perspective

ABSTRACT

The present dissertation aims to study the comparative law between the Portuguese and Brazilian legal systems about the practice of shared residence of the child after divorce or separation. For this purpose, the legal feasibility of this type of residence was analyzed in both countries, as well as the advantages of applying this model, always prioritizing the best interests of the child. Before addressing the topic in question directly, the evolution of family dynamics, the origin of alternating residence in the United States of America and the Principle of the Best Interest of the Child were examined. In a subsequent section, a chapter was dedicated to the study of alternating residence in the Portuguese legal system, discussing the legislative changes, before and after Law n.º 61/2008, analysis of article 1906.º of the Portuguese Civil Code, especially number 6 of this article, as well as decisions of Portuguese courts on the proposed topic. In the following chapter, alternating residence in Brazilian legislation was examined, at which point family power, the types of custody permitted by the Civil Code of 2002 and, finally, rulings from various Brazilian courts regarding the topic were addressed. The last chapter is devoted to studying where alternating residence is inapplicable, the arguments of scholars opposed to the institute, as well as the role of family mediation and its possible added value in relation to this study.

KEYWORDS

Joint physical custody; shared residence; parental responsibilities; best interests of the child.

ÍNDICE

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIROS.....	ii
AGRADECIMENTOS	iii
DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE	iv
RESUMO.....	v
ABSTRACT	vi
ÍNDICE	vii
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS	ix
INTRODUÇÃO	1
1. EVOLUÇÃO DA DINÂMICA FAMILIAR	3
1.1. Lineamento histórico	3
1.2. Concepção na atualidade	5
1.3. Residência alternada	7
1.3.1. Definição e tipos	7
1.3.2. Origem da residência alternada	9
1.4. O Princípio do Superior Interesse da Criança	12
1.4.1. Audição da criança	15
2. A RESIDÊNCIA ALTERNADA EM PORTUGAL	19
2.1. Evolução legislativa	19
2.1.1. Antecedentes da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro	19
2.1.2. Regime introduzido pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro	21
2.2. A nova redação do art. 1906.º do CC, à luz da Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro.....	27
2.2.1. Propostas de Lei, audições parlamentares e pareceres.....	27
2.2.2. Possibilidade da determinação da dupla residência independentemente de acordo dos progenitores	30
2.3. Jurisprudência portuguesa sobre a dupla residência no contexto de pós divórcio ou separação de pessoas	38
3. A RESIDÊNCIA ALTERNADA NO BRASIL	44
3.1. O Poder Familiar	44
3.2. Guarda dos filhos	49
3.2.1. Apontamentos iniciais.....	49

3.2.2.	A guarda no CC de 2002	51
3.2.2.1.	Guarda unilateral	51
3.2.2.2.	Guarda compartilhada: física e legal	54
3.3.	Jurisprudência brasileira sobre a dupla residência no contexto de pós divórcio ou separação de pessoas	59
4.	INAPLICABILIDADE DA RESIDÊNCIA ALTERNADA.....	67
4.1.	Casos de inaplicabilidade da residência alternada.....	67
4.2.	Posicionamentos dos doutrinadores contrários a este regime.....	73
4.3.	Mediação familiar.....	77
	CONCLUSÃO.....	81
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APMJ - Associação Portuguesa de Mulheres Juristas

Art.º - Artigo

AR - Assembléia da República

CC – Código Civil

CCB – Código Civil Brasileiro

CCE – Código Civil Espanhol

CCP – Código Civil Português

CDC - Convenção dos Direitos da Criança

CEED - Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos

CP – Código Penal

CRP - Constituição da República Portuguesa

CSM - Conselho Superior de Magistratura

CSMP - Conselho Superior do Ministério Público

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LPCJP - Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo

N.º - Número

OA – Ordem dos Advogados

OTM - Organização Tutelar de Menores

PGR - Procuradoria-Geral da República

RGPTC - Regime Geral do Processo Tutelar Cível

SMF – Sistema de Mediação Familiar

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho de investigação tem ganhado crescente relevância na atualidade, no âmbito do Direito da Família, considerando as mudanças nas dinâmicas familiares, aumento no número de divórcios e conscientização sobre a importância da manutenção dos vínculos afetivos da criança com ambos os progenitores, independentemente do término da relação conjugal.

Diante deste cenário, essa modalidade de residência, após o divórcio ou separação, surge como alternativa que visa equilibrar a convivência do filho com ambos os progenitores, atendendo ao superior interesse da criança e diminuindo os impactos negativos que a rutura familiar pode causar ao infante.

Dessa forma, para compreender o tema que será aqui abordado, é necessário traçar, ainda que brevemente, não só o histórico da concepção da Família, como também a dinâmica da família nos dias de hoje. Nesse seguimento, dedicar-se-á o capítulo 1 à evolução histórica da composição da família e a sua concepção na atualidade.

Além disso, no primeiro capítulo, será estudada a definição e origem da residência alternada nos Estados Unidos da América, na figura da “*joint physical custody*”, e em França, bem como o princípio do Superior Interesse da Criança, assegurado na Convenção sobre os Direitos da Criança, e a importância da audição da criança nos processos que lhe dizem respeito, com as cautelas necessárias para que tal ato seja realizado.

Por sua vez, o capítulo 2 versará sobre a residência alternada (dupla residência) em Portugal, com análise da evolução legislativa deste instituto. Assim, serão tratados os antecedentes da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, e o regime introduzido pela referida Lei, que trouxe alterações importantes sobre o exercício das responsabilidades parentais no Código Civil português.

Com relação ainda ao capítulo 2, será analisada a nova redação do art. 1906.º do Código Civil, à luz da Lei 65/2020, de 4 de novembro, que esclareceu que a residência alternada pode ser determinada independentemente de acordo dos progenitores. Além disso, esta alteração aditou ao art. 1906.º um novo número, n.º 9, sobre a audição da criança. Por fim, será analisada a evolução da aplicação da residência alternada no contexto de pós-divórcio ou separação dos progenitores, à luz de acórdãos de diferentes Tribunais da Relação, observando-se os argumentos empregados para aplicação ou não deste regime.

Já, no capítulo 3, será abordada a residência alternada no Brasil, discorrendo-se sobre o poder familiar e as modalidades de guarda previstas no Código Civil brasileiro. Posteriormente, serão explanadas as alterações promovidas pela Lei n.º 11.698/2008, sendo esta Lei que deu origem ao conceito de guarda compartilhada legal. Ainda no capítulo 3, será examinada a Lei n.º 13.058/2014, no tocante à obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, e ao reconhecimento da guarda física compartilhada, cuja a prática insere-se na residência alternada.

Será oportuno destacar também, no terceiro capítulo, a recente alteração promovida pela Lei n.º 14.713, de 2023, ao art. 1584, §2.º, do Código Civil, que incluiu como exceção à aplicação da guarda compartilhada os casos em que houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar. Ademais, será estudada a residência alternada, no âmbito da guarda compartilhada, à luz de decisões de diferentes estados brasileiros, com atenção aos fundamentos utilizados para aplicação ou não deste instituto.

Por sua vez, o último capítulo destinará ao estudo dos casos de inaplicabilidade da residência alternada, ou seja, situações em que a convivência com um dos progenitores, ou ambos, poderá não ser benéfica à criança, não atendendo ao seu superior interesse, como, por exemplo, situações de violência no contexto familiar. Serão expostos também os argumentos empregados pelos doutrinadores contrários a este regime. Por fim, o último tópico será destinado à importância da mediação familiar e ao seu papel fundamental para ajudar os progenitores a restabelecerem o diálogo e, com a contribuição mútua, definirem a um acordo.

1. EVOLUÇÃO DA DINÂMICA FAMILIAR

1.1. Lineamento histórico

Tendo em vista que a finalidade do presente estudo é a análise da residência alternada da criança¹ no contexto de pós divórcio, é necessário conhecer um breve histórico acerca da dinâmica familiar.²

O conceito de família passou por grande evolução e, ao longo dos séculos, sofreu mudanças em muitas das concepções, seja na sua formação, seja na sua finalidade. Da inexistência de intervenção estatal no âmbito familiar, a família passou a ter interferência do Estado, por ser a origem da formação da pessoa e de sua personalidade.

Na Roma antiga, surgiu o modelo da família patriarcal, caracterizada por ter como figura central o *pater familias*, que era, simultaneamente, o chefe daquele organismo social e o administrador de toda a extensão económica e influência social que a família exercia.³ Já o *patria potestas* ocorria pela descendência no casamento legítimo, pela legitimação e por meio da adoção e, via de regra, só se extinguia com a morte do *pater familias*, mas, desde aquela época existia a previsão de extinção no caso de emancipação, por exemplo.⁴

O casamento no direito romano não era um ato jurídico feito de formação instantânea. Era uma situação que se mantinha enquanto durasse o *affectio maritalis* e, cessado o vínculo, extinguia-se por divórcio, considerando que este último era, sucintamente, a própria extinção dessa sociedade, pela cessação dos vínculos de afeto.⁵

Na época do imperador Constantino, surgiu uma nova noção de família, a cristã, assim a Igreja Católica começou a exercer muita influência na sociedade⁶, determinando a impossibilidade de dissolução do casamento, exceto pela morte natural de um dos cônjuges⁷.

Neste modelo familiar, autoritário e hierárquico, havia desigualdade entre os cônjuges, o homem era visto como o “chefe de família”, administrador do património e representante legal da

¹ No presente estudo, conforme definida pela Convenção sobre os Direitos da Criança trataremos como criança “(...) todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo”.

² Importa desde já referir que não será objeto deste trabalho de investigação a análise aprofundada da história do Direito da Família, mas apenas destacar alguns acontecimentos importantes que refletem no estudo ora proposto, tais como, a redefinição do papel da mulher na sociedade, igualdade de direitos e deveres dos progenitores no seio familiar, bem como novo espaço na família aos filhos, com a garantia de seus direitos.

³ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, Guarda *Compartilhada - física e jurídica*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 19 e ss.

⁴ Nesta época, a mulher casada encontrava-se bastante limitada na sua capacidade, tendo em vista que, somente após o falecimento do *paterfamilias* se tornava autônoma. BRIGAS, Miriam Afonso, *O direito da família na história do direito português (dos antecedentes ao século XVIII) – Primeiras Reflexões*, Lisboa: AAFDL, 2018, p. 36, Volume I.

⁵ PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa: Universidade Lusitana Editora, 2008, 4ª Edição, p. 73 e 74.

⁶ BRIGAS, Miriam Afonso, *Op cit*, p. 36.

⁷ GOMES, Joana Salazar, *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 19.

mulher e dos filhos, que àquele se subordinavam, e a mulher devia se dedicar às tarefas domésticas e maternas. Este modelo de família resistiu até a primeira metade do séc. XX.⁸

Após a Revolução Francesa, a Igreja perdeu sua influência, assim, o casamento foi perdendo caráter religioso passando a ser visto como um contrato laico, surgindo o casamento civil obrigatório na Europa Ocidental.⁹

Vale dizer que a questão de atribuição da guarda só começou a ser vista como um problema no momento em que marido e mulher começaram a ser vistos de forma igualitária, isto é, a ocuparem o mesmo lugar na “hierarquia” familiar.¹⁰

O casamento deixa de ser indispensável, surgindo, assim, novos arranjos familiares, dando espaço à proteção da personalidade, transcendendo os valores puramente económicos. Cada membro da família passou a ter assegurado o seu bem-estar e o desenvolvimento de sua individualidade sem ela deixar de ser uma instituição com normas legais que determinam os deveres e direitos de cada integrante.

Feito este panorama geral sobre a evolução histórica da composição da família e considerando que o objeto deste trabalho é o estudo do direito comparado entre Brasil e Portugal, é importante analisar, ainda que brevemente, alguns pontos importantes da história do direito de família nos ordenamentos jurídicos dos países ora analisados.

Em Portugal, o Código Civil (adiante, CC) de 1867 foi o primeiro regulamento que causou grande impacto no modelo de sociedade familiar, já que introduziu o casamento civil ao lado do casamento católico, que, até então, era o único modelo de constituição familiar.¹¹

Por sua vez, o segundo diploma que causou repercussão foi a legislação que resultou da implantação da República, em 1910, que passou a admitir a possibilidade do divórcio.¹²

Em 1976, foi aprovada a Constituição da República Portuguesa (adiante, CRP) que consagrou vários princípios em matéria de família, casamento e filiação, disposto no artigo 36º.

Ademais, em Portugal, o ano de 1977 representa outro marco particularmente importante, visto que as crianças e suas mães começaram a ganhar direitos de igualdade e foi abandonada a visão

⁸ ALMEIDA, Susana, ASSIS, Zamira de, *Parentalidade sócio-afectiva: Portugal e Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 15 e 16.

⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A desvalorização (?) do instituto do casamento no direito português*, Coimbra Editora Getslegal, 2019, p. 19 e 20.

¹⁰ GOMES, Joana Salazar, *Op cit*, p. 21 e ss.

¹¹ PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, 4ª edição, p. 81 e ss.

¹² O divórcio foi introduzido no ordenamento jurídico português em 1910, pelo Decreto Lei de 3 de novembro de 1910, com a implantação da República, que ficou conhecida popularmente pela “Lei do Divórcio”, admitia-se tanto o divórcio litigioso como o divórcio por mútuo consentimento e o primeiro em termos muito amplos para a época, em matéria de dissolução de casamento. COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 5ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016, p. 684 e 685.

das crianças como propriedades do pai. A aplicação difundida desta preferência só ocorreu após a Reforma de 1977.¹³

Nesse contexto, no Brasil colonial, em razão da influência do patriarcalismo nas Ordenações do Reino, o homem continuava sendo o chefe do casamento e a mulher ainda precisava do seu aceite para a prática dos atos da vida civil. O Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962) inovou os preceitos normativos da época ao ignorar a discriminatória feita somente no género sexual quando determinou o exercício das responsabilidades parentais¹⁴ em favor de ambos os genitores. Todavia, em caso de discordância entre os pais, prevalecia ainda a vontade do pai, cabendo a mãe o ingresso de ação para dirimir o conflito.¹⁵

O divórcio só foi instituído no Brasil com a emenda constitucional número 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei 6.515¹⁶ de 26 de dezembro do mesmo ano. Vale dizer que, até a referida data, o casamento era indissolúvel, e, caso a convivência fosse impraticável, poderia ser pedido o chamado “desquite”, que cassava com a sociedade conjugal, isto é, os bens eram divididos, finda a convivência sob a mesma residência, mas nenhum dos dois poderia constituir novo casamento.

1.2. Concepção na atualidade

Conforme foi elucidado no tópico anterior, a família sofreu grandes transformações ao longo do tempo. O surgimento de novos núcleos familiares, igualdade de seus membros e o aumento de divórcios demonstram a transformação na sociedade e na dinâmica parental, se afastando de um conceito mais clássico da família, como núcleo económico e de reprodução, passando a ter como ponto central a realização e amparo afetivo.

Assim, com as modificações ocorridas por várias décadas, as mulheres conquistaram mais espaço no mercado de trabalho, laborando fora da residência, e os homens passaram a atuar de forma mais ativa na educação dos filhos e a partilhar, com as mães, as tarefas e as responsabilidades em relação aos cuidados da prole.

¹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina, 2022, p. 68 e ss.

¹⁴ A nomenclatura “Responsabilidade parental” é utilizada em Portugal. Já no Brasil o termo empregado é “Poder familiar”. Nesse sentido, Dinamarca, Bélgica e Holanda utilizam a expressão autoridade parental. Já na Alemanha é cuidado parental. Por sua vez, o Reino Unido utiliza, desde 1989, a nomenclatura responsabilidade parental, conjunto de deveres e direitos que a integram e a forma como deve ser exercido. (CAMPOS, Diogo Leite (Coord.), *Estudo sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Edições Almedina, 2007, p. 88). Neste trabalho utilizaremos a nomenclatura responsabilidades parentais.

¹⁵ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 22 e 23.

¹⁶ O art. 10, parágrafo 1º, desta Lei estabelecia que, se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que tal atribuição de guarda se mostrasse moralmente prejudicial é que outra solução seria dada. O texto desta Lei pode ser acedido em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6515.htm> Acesso em 27/11/2023.

Hoje, os progenitores possuem direitos e deveres em iguais proporções, a educação e criação dos filhos passaram a ser papel de ambos os pais. Além disso, atualmente as responsabilidades parentais não se limitam apenas à ideia de ser um direito unicamente dos pais decidirem sobre o futuro dos seus filhos da forma que melhor lhes convém, as crianças carecem de proteção e são titulares¹⁷ de direito. Todas essas alterações refletem, diretamente, para o surgimento da dupla residência que será aprofundada nos capítulos seguintes.

De acordo com Rossana Martingo Cruz, “o Direito da Família também foi se alterando. O foco de atenção mudou, a criança passou a estar no centro das atenções e não o adulto, pois presume-se que o adulto é capaz de tomar conta de si e que não precisa do mesmo nível de proteção pela lei que uma criança”.¹⁸

Além disso, Maria Clara Sottomayor leciona que “a criança é considerada não apenas como um sujeito de direito suscetível de ser titular de relações jurídicas, mas como uma pessoa dotada de sentimentos, necessidades e emoções, a quem é reconhecida um espaço de autonomia e de auto-determinação, de acordo com a sua maturidade”.¹⁹

Nesse contexto, os direitos da criança passaram a ser objeto de preocupação a nível internacional. A necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi confirmada pela Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1924. Além disso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem também buscou garantir uma proteção especial às crianças (art. 25º, n.º2).

Ademais, a Convenção sobre os Direitos da Criança (doravante, CDC), de 20 de novembro de 1989, foi considerada como marco principal da proteção integral das crianças.²⁰ Com relação ao diploma legal supramencionado, importará destacar os seguintes artigos:

Art. 3º 1. “Toda as decisões relativas a criança, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.” (grifo nosso)

Art. 9º: “A criança tem direito a viver com os seus pais a menos que tal seja incompatível com o seu interesse superior. A criança tem também direito a manter contacto com ambos os pais se estiver separada de um ou de ambos.” (grifo nosso)

Art. 12º: 1. “Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.

¹⁷ Parecer da Procuradoria Geral da República número 8/1991, de 16 de janeiro de 1992. Pode ser consultado em: <https://www.ministeriopublico.pt/pareceres-pgr/8463>> Acesso em 10/11/2023.

¹⁸ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 53.

¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra, Almedina, 2022, p. 25.

²⁰ SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada*, Petrony, 2016, p. 32

2. Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”. (grifo nosso)

Art. 18º:1. “Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio Segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primordialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental”. (grifo nosso)

Nesse contexto, ainda, estão os artigos 3.º e 6.º da Convenção Europeia sobre o exercício dos Direitos da Criança adoptada em Estrasburgo, em 25 de Janeiro de 1996, acolhido pelo ordenamento português pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro.

Ante o panorama geral da evolução familiar tratada no início, por muito tempo as crianças foram submetidas ao poder do *pater familias*. Somente nas últimas décadas, diante da conjugação dos instrumentos normativos internacionais aqui expostos, houve a evolução da proteção dos direitos das crianças e garantia dos seus interesses superiores, estes que durante um longo período foram ignorados.

1.3. Residência alternada

1.3.1. Definição e tipos

A petição em prol da presunção jurídica da residência alternada²¹, que deu entrada na Assembleia da República, em 17 de julho de 2018, definiu a residência alternada como: “(...) o exercício conjunto das responsabilidades parentais por ambos os pais e mães, quanto aos atos de particular importância para a vida da criança, e o envolvimento parental simétrico de cada pai e mãe, quer nas atividades e responsabilidades parentais do quotidiano quer no tempo de residência com filhos e filhas. Em situações de acordo entre os pais e mães, este é determinado por, no mínimo, 10 pernoitas da criança por mês, distribuídas por dias de semana e de fim-de-semana, sem prejuízo de períodos de férias, para permitir que esta beneficie da vivência de um quotidiano familiar, escolar e

²¹ Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765647563464473947615735686246426c64476c6a6232567a4c7a557a4d47466b5a6d4a6b4c54566c4f4745744e4759794f5331684e6d526b4c54426c4d54637a4e446b344e5759354f4335775a47593d&fich=530adfbfd-5e8a-4f29-a6dd-0e1734985f98.pdf&Inline=true>. Acesso em: 07/03/2024.

social com ambos. Nas situações de desacordo aplica-se a presunção jurídica de envolvimento parental simétrico.”

Conforme leciona Maria Clara Sottomayor, a residência alternada consiste em a criança residir determinado tempo com cada um dos seus pais, segundo um padrão de alternância, o qual poderá ser semanal ou mensal. Ademais, as decisões relativas a rotina da criança devem ser tomadas pelo progenitor que se encontra, no momento com a guarda física da criança, considerando que, questões sobre a saúde e educação do filho, precisam da anuência de ambos os pais.²²

Sem considerar a exatidão contextual do conceito de residência alternada, na prática esta modalidade de residência se aplica aos casos de divórcio ou separação de pessoas²³, em que a criança reside com ambos os progenitores, em casas separadas, isto é, determinado tempo na casa da mãe e em outro período na casa do pai, da forma mais igualitária possível, considerando os interesses da criança e elementos fáticos do caso concreto.

Cumprir mencionar que a nomenclatura a indicar a residência alternada pode surgir de outras formas: guarda compartilhada física, custódia física compartilhada, dupla residência²⁴, todas a derivar das palavras anglo-saxônicas *shared parenting, joint (shared) physical custody, alternate residence*.^{25 26}

Destaca-se que residência alternada não se confunde com guarda alternada, esta última é o exercício das responsabilidades parentais com alternância de residência, isto é, cada progenitor detém, durante os seus períodos de estadia com a criança, a totalidade dos poderes-deveres integrados no conteúdo das responsabilidades parentais. Neste tipo de guarda, não somente as decisões relativas às situações quotidianas da criança, mas também as de particular importância seriam decididas unicamente por cada progenitor, com quem a criança estivesse residindo.^{27 28}

²² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 72.

²³ A residência alternada pode ocorrer mesmo naquelas situações em que os progenitores nunca residiram juntos. Todavia, neste trabalho de investigação será tratado apenas o contexto do pós-divórcio ou separação de pessoas.

²⁴ Desse modo, ao longo deste estudo serão utilizadas as nomenclaturas “dupla residência” e “residência alternada” para referir-se à mesma realidade.

²⁵ NIELSEN, Linda, *Custódia física compartilhada – 40 estudos sobre os seus efeitos nas crianças*, in MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 58.; No mesmo sentido, FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D’Plácido, 2021, 2ª edição, p. 43.

²⁶ Não há unanimidade na Doutrina na utilização destes conceitos. Guilherme de Oliveira, por exemplo, entende que a palavra “guarda” não tem sentido técnico, para ele, deve tomar-se a precaução de usar apenas com o sentido de guarda física, que pode ser guarda habitual, por parte do progenitor com quem a criança reside habitualmente, ou guarda temporária, por parte do outro progenitor que exerça direito de visita. (Vide OLIVEIRA, Guilherme de, *A residência alternada na A residência alternada em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008*, In MARINHO, Sofia; CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 153 e ss).

No mesmo sentido, Maria Clara Sottomayor considera que, com a mudança legislativa introduzida pela Lei 61/2008, o conceito de residência é idêntico ao de guarda. Por sua vez, Joaquim Manuel da Silva, utiliza o termo guarda alternada nos casos de residência alternada com exercício exclusivo nos respetivos períodos de residência de cada um dos pais, e guarda compartilhada nos casos de exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada. (Vide SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais, a guarda compartilhada*, Petrony Editora, 2016, p. 45).

²⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Coimbra: Almedina, 2016, p.74.

²⁸ No sistema jurídico português, o art. 1906.º do CC, não contemplou a guarda alternada. No mesmo sentido, no Brasil, de acordo com o art. 1634 do CC, esta modalidade de guarda também não foi acolhida.

Ademais, além da definição de residência alternada mencionada anteriormente, existe a chamada “*bird’s nest arrangement*”, que é, em regra, a solução de deixar a criança no que era a casa de morada de família, deslocando-se os pais para esse espaço alternadamente, em vez de ser a criança, que se mantém assim no mesmo espaço físico.^{29 30}

Por fim, com relação ao modo de organização da residência, pode ter várias formas, sendo comumente semanal ou quinzenal, mas conforme explica o jurista Joaquim Manuel da Silva, esta pode ser fixada de forma anual, diária ou de dois em dois dias, ou ainda em modos mais atípicos, em razão da vida das pessoas, por exemplo, por razões relacionadas com ocupação laboral.³¹

1.3.2. Origem da residência alternada

A aplicação da residência alternada, bem como a sua evolução, tem fundamento na complexidade das relações sociais e nas práticas conjugais e parentais, quer nas realidades culturais, sociais, económicas e políticas que com elas se entrelaçam. Por esta razão, a análise e entendimento das dinâmicas destas famílias precisam ser enquadradas na mudança social ao redor da família.³²

Sublinha-se que, ainda no século XIX, surge o chamado “*The primary caretaker presumption*”, na sequência da doutrina da “pessoa primária de referência”³³ na atribuição das responsabilidades parentais e residência da criança de “tenra idade” como presunção judicial na atribuição destas, que vinha da luta contra a sujeição da criança ao poder do *pater*, que levaria a que decisões judiciais tomadas em Inglaterra e nos Estados Unidos da América, tivessem confiado as crianças de tenra idade às mães, e que tinham subjacente o paradigma em relação ao papel das mulheres, cuidadora e amorosa, ao contrário do homem, símbolo de autoridade.³⁴

Nesse contexto, há autores que defendem a atribuição da residência da criança à figura primária de referência, nos casos de conflito parental, sob o fundamento de que é o que melhor atende ao interesse da criança, pois permite, em regra, a continuidade de ambiente e de relação afetiva principal da criança e estaria também de acordo com a preferência desta.³⁵

²⁹ SILVA, Joaquim Manuel da, *Op cit*, p. 113.

³⁰ Essa modalidade de residência exigiria, em princípio, três casas: a casa em que a criança permanece e as outras duas casas de ambos os pais. Caso os progenitores concordassem viver na segunda casa de forma alternada, seriam apenas duas casas. Todavia, este cenário é praticamente improvável em um contexto de pós-divórcio ou separação de pessoas.

³¹ SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada*, Petrony, 2016, p. 113.

³² MARINHO, Sofia, e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 14 e ss.

³³ O critério da figura primária de referência (*primary caretaker*) foi definido por uma decisão do Supremo Tribunal de West Virginia (*caso Garska x. McGoy*, 1981) como sendo aquele progenitor que tem a primeira responsabilidade pelo cuidado e sustento de uma criança. (In SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais, a guarda compartilhada*, Editora Petrony, 2016, p. 62 e ss).

³⁴ SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais, a guarda compartilhada*, Editora Petrony, 2016, p. 62 e ss.

³⁵ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 78 e ss.

Com o devido respeito à posição supramencionada, a figura primária de referência não deve ser considerada, unicamente, o melhor a ser aplicado como regra geral³⁶, pois é necessário avaliar diante do caso concreto o que melhor atende ao interesse do filho, conforme será analisado ao longo deste trabalho de investigação.

Assim, acompanhamos o pensamento de autores que entendem que a figura primária de referência não é suficiente, por si só, para determinar a residência da criança, devendo o Tribunal o dever de averiguar e potenciar as qualidades concretas de cada progenitor, em posições de neutralidade e igualdade, sem qualquer preferência de um deles.³⁷

Este critério foi criticado por décadas em razão do seu fundamento se basear em relações sociais antiquadas e não haver provas seguras de que defendia o superior interesse da criança, particularmente ao conceito de vinculação, pois essa relação poderia ser frágil, e também essa regra implica em uma desvalorização da figura paterna nos cuidados do filho e uma sobrevalorização da mãe.³⁸

Por conseguinte, o critério da “pessoa de referência” foi retirado da ordem jurídica dos Estados Unidos da América. Atualmente, nenhuma legislação das responsabilidades parentais dos seus 50 Estados consagra legalmente este critério.³⁹

Nesse contexto, a identificação e o estudo da residência alternada da criança após a separação conjugal são identificadas nos Estados Unidos da América⁴⁰ e em França⁴¹, na década de 70, do século XX.

Assim, embora a legislação dos Estados Unidos da América desta época não fizesse qualquer menção de tal tipo de arranjo familiar, resultou na aceitação prática da dupla residência.⁴²

Alice Abarbanel, psicóloga clínica de Berkeley, Califórnia/EUA, elaborou um estudo aprofundado sobre quatro famílias nas quais os genitores divorciados mantiveram o exercício conjunto das responsabilidades parentais, o qual resultou a publicação do artigo “*Shared parenting after separation and divorce: a study of joint custody*”.⁴³

³⁶ A exceção que deve ser considerada é o período de amamentação da criança em tenra idade, consoante será examinado no Capítulo 4 integrante deste estudo.

³⁷ SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais, a guarda compartilhada*, Editora Petrony, 2016, p. 62.

³⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 78 e ss.

³⁹ SILVA, Joaquim Manuel da, *A residência alternada, o direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais*, in MARINHO, Sofia, e CORREIA, Sónia Vladimira, *Op cit*, p. 177.

⁴⁰ ABARBANEL, Alice, *Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody*, in American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 49, 1979, p. 320.

⁴¹ NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia, e CORREIA, Sónia Vladimira, *Op cit*, p. 73 e ss.

⁴² FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 27 e ss.

⁴³ O artigo de ABARBANEL, Alice, *Shared parenting after separation and divorce: a study of joint custody*, in American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 49, 1979, p. 320-329, pode ser consultado em: <https://doi.org/10.1111/j.1939-0025.1979.tb02613.x>. Acesso em 01/09/2023.

O estudo supramencionado foi realizado sob a ótica do melhor interesse da criança. Nesse contexto, a psicóloga relata que todas as crianças disseram que moravam em duas casas e que se sentiam “em casa” em ambas. Além disso, em linhas gerais, nas quatro famílias houve cooperação e rotina sobre a dupla residência, isto é, com horários pré estabelecidos, mas flexíveis em caso de alguma exceccionalidade. Assim, a autora aduz que o exercício em conjunto das responsabilidades parentais funcionou nas quatro famílias pelos seguintes fatores: compromisso, mútuo apoio dos genitores e partilha flexível das responsabilidades.

A expressão “*sole legal custody*”, corresponde à custódia unilateral ou exclusiva, atribuída a um dos genitores, o qual detém exclusivamente o exercício das responsabilidades parentais. Por outro lado, a expressão “*joint custody*” refere-se à guarda compartilhada, no ordenamento jurídico brasileiro, e ao exercício conjunto das responsabilidades parentais no sistema jurídico português, e, por sua vez, admite outra duas modalidades: a “*joint legal custody*”, pela qual, ambos os genitores decidem em conjunto assuntos relevantes da vida da criança, que pode conviver somente com um dos genitores; e a “*joint physical custody*” ou “*dual residence*”, a custódia compartilhada física, pela qual os filhos residem com ambos os pais, por meio da partilha de período de tempo sucessivos de convivência, considerando que a prática da residência alternada se insere nesta modalidade de guarda.⁴⁴

Em França, desde a sua aparição nos anos 70, a representação social da residência alternada foi vista de forma negativa, especialmente entre os psicólogos clínicos⁴⁵ que a denunciavam como desestabilizadora para a criança. A partir da Lei de 1975 foi estabelecido como princípio de gestão o interesse superior da criança, até à de 2002, que reconheceu a prática da residência alternada como legítima, passando pela de 1987, que fixa como norma a autoridade parental desassociando-a da residência.⁴⁶

Considerando a evolução dos debates sobre esta matéria em França, a alternância já não era vista de forma prejudicial a criança. Chegou-se ao consenso de que, quando aplicada em boas condições, isto poderá revelar favorável ao interesse da criança.⁴⁷

⁴⁴ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 174; No mesmo sentido, FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *Op cit*, p. 29.

⁴⁵ O movimento dos profissionais contrários à prática da alternância de residência em França e favoráveis ao modelo tradicionalista da família, segundo ao qual o único cuidador válido da criança pequena é a mãe, resultou na elaboração de um manifesto anti-residência alternada, intitulado “*Le livre noir de La garde alternée*”.- NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia, e CORREIA, Sónia Vladimira, *Op cit*, p. 79.

⁴⁶ NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in MARINHO, Sofia, e CORREIA, Sónia Vladimira, *Op cit*, p. 73 e ss.

⁴⁷ *Ibidem*

1.4. O Princípio do Superior Interesse da Criança

Em se tratando de residência alternada da criança no contexto de pós divórcio ou separação de pessoas é fundamental que respeite ao melhor interesse desta. Por esta razão, a fim de responder os problemas que serão apresentados no presente estudo, é preciso compreender, ainda neste primeiro capítulo, no que consiste o princípio do superior interesse da criança.

A CDC de 1989, já destacada anteriormente, traz no artigo 3º, parágrafo 1º, em linhas gerais, o princípio do superior interesse da criança. Invoca, ainda, este princípio no artigo 9º n.º 1 e também no artigo 18º n.º1, que determina a responsabilidade de ambos os pais na educação e desenvolvimento da criança, determinando que o interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.

O Comité dos direitos da Criança sublinha que o interesse superior da criança é um conceito de natureza tripla: um direito substantivo, um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo e uma regra processual.⁴⁸

O princípio ora analisado trata-se de um conceito indeterminado, que implica uma análise casuística, ou seja, é necessário avaliar diante do caso concreto o que é considerado melhor para a criança. São processos de jurisdição voluntária, nos quais o julgador pode, em determinadas circunstâncias, decidir por critérios de conveniência e oportunidade.⁴⁹

Inicialmente, parece que se trata de um princípio de fácil compreensão, mas será exposto a seguir que na prática não ocorre bem desta forma. Diante do caso concreto, normalmente os progenitores estão em conflito intenso, visando os seus próprios interesses, o(s) filho(s) são deixados de lado e os interesses da(s) criança(s) ficam em um segundo plano. Ademais, a ideia do que consiste o superior interesse da criança é aquela que atende integralmente o seu bem-estar. Todavia, o conceito de bem-estar é universal? Essa questão será respondida ainda neste tópico.

⁴⁸ Segundo o Comité dos direitos das Crianças o superior interesse da criança é: (a) Um direito substantivo diz respeito ao direito das crianças a que o seu interesse superior seja avaliado e constitua uma consideração primacial quando estejam diferentes interesses em consideração, bem como a garantia de que este direito será aplicado sempre que se tenha de tomar uma decisão que afete uma criança; (b) Um princípio jurídico fundamentalmente interpretativo corresponde ao facto de se uma disposição jurídica estiver aberta a mais do que uma interpretação, deve ser escolhida a interpretação que efetivamente melhor satisfaça o interesse superior da criança. (c) Uma regra processual, pois sempre que é tomada uma decisão que afeta uma determinada criança o processo de tomada de decisão deve incluir uma avaliação do possível impacto, positivo ou negativo, da decisão sobre a criança. A avaliação e a determinação do interesse superior da criança requerem garantias processuais. Para além como sendo do interesse superior da criança; em que critérios se baseia a decisão; e como se procedeu à ponderação do interesse superior da criança face a outras considerações, sejam estas questões gerais de políticas ou casos individuais disso, a fundamentação de uma decisão deve indicar que direito foi explicitamente tido em conta. A este respeito, os Estados-partes deverão explicar como é que o direito foi respeitado na decisão, ou seja, o que foi considerado. Comentário geral n.º 14 (2013) do Comité dos Direitos da Criança sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primacialmente em consideração, p. 10. Pode ser consultado em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf > Acesso em 28/11/2023.

⁴⁹ No Código Processual Civil Português estes critérios estão definidos nos artigos 986.º e 987.º. No Código de Processo Civil Brasileiro, no artigo 371, está expresso o livre convencimento motivado do juiz.

Além disso, nos dias de hoje ainda há limitação de pensamento com relação ao impacto da separação dos genitores na criança, entre eles, podemos destacar o que considera a figura da mãe como sendo o único vínculo afetivo e a ideia de que se a criança tiver dupla residência pode enfraquecer e prejudicar a sua estabilidade. Este tipo de crença, influenciado por fatores culturais, tem sido amplamente contestado⁵⁰, inclusive é objeto deste trabalho de investigação, sob a ótica do bem-estar integral da criança.

Conforme explica Jorge Duarte Pinheiro, é necessário separar os poderes funcionais que buscam somente a prossecução de um interesse de outrem daqueles que, como as responsabilidades parentais, norteiam, sobretudo, para alcançar o interesse de outrem. Assim, a responsabilidades parentais cabem na categoria de poderes funcionais com menor acento funcional, o interesse dos pais é atendível desde que não colida com o interesse do filho.⁵¹

A criança é a destinatária principal da determinação da residência. O interesse orientador a proteger e, afinal, a alcançar é o do menor e, por esta via, o dos seus pais. Assim, os interesses dos progenitores não devem ser ignorados, pois eles ajudam a evidenciar o superior interesse daquela concreta criança.⁵²

Nesse contexto, os interesses de todas as partes devem ser equilibrados, todavia, os interesses da criança têm alta prioridade, devendo prevalecer à solução que assegure os seus direitos. Assim, a efetivação do exercício das responsabilidades parentais transcende os interesses dos titulares deste poder-dever, devendo ser sempre exercido em prol do interesse da criança, sendo este o sentido do princípio do melhor interesse perante o interesse individual de cada progenitor.⁵³

Embora existam opiniões diversas sobre a residência alternada, certamente se enquadra na definição do melhor interesse da criança a satisfação de realizar o seu direito de ser atendido tanto pela sua mãe quanto por seu pai, e não ser impedida da companhia de nenhum deles, ainda que os progenitores tenham optado pelo divórcio.⁵⁴

Conforme explica Joana Salazar Gomes, de acordo com a doutrina, o conteúdo do conceito do interesse da criança, não se trata de um conceito indecifrável. O legislador não o teria definido para permitir que a lei pudesse se adaptar à variabilidade e imprevisibilidade das situações da vida, principalmente da situação de cada criança.⁵⁵

⁵⁰ RIBEIRO, Catarina, *Contributos da avaliação psicológica para definição do regime adequado a cada criança em sede do Exercício das Responsabilidades Parentais*, in GUERRA, Paulo (Coord), *1 Congresso de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, p.120.

⁵¹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito de família*, Getslegal, 2020, 7ª Edição, p. 262 e 263.

⁵² ANCIÃES, Alexandra, AGULHAS, Rute e CARVALHO, Rita, *Divórcio e Parentalidade – Diferentes Olhares – Do direito à Psicologia*, Lisboa: Edições Sílabo, 2018, p. 64.

⁵³ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 169.

⁵⁴ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 189.

⁵⁵ GOMES, Joana Salazar, *Op cit*, 2017, p. 59.

Dessa forma, o legislador adotou a técnica legislativa que permite a junção entre o Direito e a realidade. Embora tenha assim determinado, confiou no bom senso do julgador, todavia está suscetível às convicções pessoais e preconceituosas dos magistrados. Nesse contexto, os juízes devem conhecer, não só o caso concreto, mas sim a sociedade em que está inserida e o conjunto de regras e estudos sobre o desenvolvimento das crianças, entre eles, os fundamentos que conduzem a jurisprudência na busca do interesse do menor.⁵⁶

Portanto, o método utilizado para determinar o interesse da criança envolve uma multiplicidade de factores.⁵⁷

Conforme as Diretrizes do Comité de Ministros do Conselho da Europa sobre a Justiça adaptada às crianças, adotadas em 17 de novembro de 2010, na apreciação do superior interesse da criança deve a sua perspectiva ser devidamente levada em consideração, todos os seus direitos devem ser respeitados e deve ser usada uma abordagem adequada por parte das autoridades, considerando o bem-estar físico e psicológico da criança, como também os seus interesses legais, sociais e económicos.⁵⁸

Há uma necessidade de avaliar e garantir que o interesse da criança está à frente de qualquer acordo ou satisfação do interesse dos pais. Assim, não existe uma “fórmula pronta” para aplicação do superior interesse da criança, mas sim uma análise casuística de acordo com as necessidades reais de cada uma delas. Por isso, o conceito de bem-estar não é universal, pois é variável de acordo com o caso concreto.

Contudo, esse conceito indeterminado do superior interesse implica o risco de certo relativismo, o que deve sempre ser levado em conta para considerar o interesse da criança é o seu desenvolvimento pleno e harmonioso seja físico, moral ou psíquico. Assim, a própria opinião da criança é um elemento que deve ser considerado na determinação do seu próprio interesse.⁵⁹

Maria Clara Sottomayor elenca fatores relevantes que devem ser seguidos pelo juiz a fim de determinar o interesse da criança: “1) a segurança e saúde da criança, o seu sustento, educação e autonomia; 2) o desenvolvimento físico, intelectual e moral da criança; 3) a opinião da criança.”⁶⁰

Desse modo, em processos que envolvem discussão sobre facto relacionado às responsabilidades parentais é necessária ouvir a criança por intermédio de uma equipa

⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 63 e ss.

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ CRUZ, Rossana Martingo, *Regime Geral do processo tutelar cível: anotado*, 2021, Coimbra: Edições Almedina, p. 105.

⁵⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, Coimbra: Gestlegal, 2020, p. 11.

⁶⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 63.

multidisciplinar, para que possam realizar uma abordagem cautelosa no momento de ouvi-la. Por isso, será tratado na sequência a importância da audição da criança na esfera judicial.

1.4.1. Audição da criança

Em busca da efetivação do melhor interesse da criança, a audição desta nos processos que lhe dizem respeito é de extrema importância, todavia é importante destacar que ouvir a criança não implica somente na formulação de perguntas, mas consiste em criar um ambiente propício para que ela se sinta confortável e revele a sua vontade, seja por meio da fala, ou por gestos e atitudes, pois a linguagem não verbal também deve ser levada em consideração.

O ambiente formal das salas de audiência pode gerar intimidação, medo, por isso muitos Tribunais possuem sala própria, com tons neutros e materiais lúdicos, para que a audição da criança seja efetivada. Outro ponto de relevo é que uma pergunta mal formulada pode levar o menor a responder de uma forma que ele não sinta de facto, assim, a audição da criança deve ser feita especialmente por uma equipa multidisciplinar especializada no assunto, principalmente para evitar falsas memórias, isto é, introduzir na mente da criança algo que não ocorreu, o que muitas vezes ocorre nos casos de alienação parental.

Nesse contexto, as psicóloga Rute Agulhas e Joana Alexandre desenvolveram o Guia de Boas Práticas da Audição da Criança sendo uma ferramenta muito eficaz para os profissionais de diversas áreas que se deparam com um processo de audição da criança, a fim de buscar todos os cuidados necessários para evitar um processo de revitimização da criança.⁶¹

São vários os preceitos legais que reforçam a importância da audição da criança, entre eles, o artigo 12º da CDC, já destacado anteriormente.

No mesmo sentido, estão os artigos 3º e 6º da Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças (adiante, CEEDC). O art. 3º dispõe que *“à criança que à luz do direito interno se considere ter discernimento suficiente deverão ser concedidos, nos processos perante uma autoridade judicial que lhe digam respeito, os seguintes direitos, cujo exercício ela pode solicitar: a) Obter todas as informações relevantes; b) Ser consultada e exprimir a sua opinião; c) Ser informada sobre as possíveis consequências de se agir em conformidade com a sua opinião, bem como sobre as possíveis consequências de qualquer decisão.”* Por sua vez, o art. 6º do mesmo diploma, determina que a autoridade judicial, antes de tomar uma decisão, nos processos que digam

⁶¹ AGULHAS, Rute, ALEXANDRE, Joana, *Audição da Criança guia de boas práticas*, pode ser acedido em: <https://crlisboa.org/2017/imagens/Audicao-Crianca-Guia-Boas-Praticas.pdf>> Acesso em 07.08.2023

respeito a uma criança, deverá: a) *Verificar se dispõe de informação suficiente para tomar uma decisão no superior interesse da criança e, se necessário, obter mais informações, nomeadamente junto dos titulares de responsabilidades parentais;*

b) *Caso à luz do direito interno se considere que a criança tem discernimento suficiente: - Assegurar que a criança recebeu toda a informação relevante; - Consultar pessoalmente a criança nos casos apropriados, se necessário em privado, diretamente ou através de outras pessoas ou entidades, numa forma adequada à capacidade de discernimento da criança, a menos que tal seja manifestamente contrário ao interesse superior da criança; - Permitir que a criança exprima a sua opinião; c) Ter devidamente em conta as opiniões expressas pela criança.*"

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 24, n.º 1, determina que *"as crianças têm direito à proteção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade."*

Vale mencionar também a Recomendação do Conselho da Europa n.º 1864 (2009) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, bem como a Recomendação CM/Rec. (2012) do Comité de Ministros do Conselho da Europa, adotada em 28 de março de 2012.

Já a Convenção de Lanzarote, de 25 de outubro de 2007, no âmbito de Proteção das Crianças contra a Exploração Sexual e os Abusos Sexuais, traz no seu artigo 35.º as regras para a audição da criança.

Além disso, sobre a audição da criança registe-se o Regulamento Bruxelas II *ter*.⁶² Anabela Susana de Sousa Gonçalves, explica que este Regulamento prevê o direito da criança ser ouvida em duas normas distintas (arts. 21.º e 26.º). Os dois dispositivos reforçam a ideia de que, se a criança é capaz de formar as suas opiniões, as autoridades do Estado devem garantir que esta tenha a possibilidade efetiva de se expressá-las de forma livre no processo, considerando que a ponderação desse pensamento livre deve ser feito de acordo com a idade e maturidade da criança.⁶³

No ordenamento jurídico brasileiro, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê no artigo 16, II, o direito da criança ser ouvida.⁶⁴ Além disso, o artigo 1.740, inciso III, do Código Civil, determina que incumbe ao tutor quanto à pessoa do menor adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade.⁶⁵

⁶² Regulamento (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e ao rapto internacional de crianças.

⁶³ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra: Editora d' Ideias, 2023, p. 138.

⁶⁴ Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) pode ser acessado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

⁶⁵ Código Civil de 2002 pode ser acessado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm

Por sua vez, em Portugal, os artigos 4.º, 1, alínea c, e o art. 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível (em diante, RGPTC) tratam da audição da criança pelo Tribunal. Além disso, desde 2015, o legislador português estabeleceu que a partir dos doze anos a criança tem uma presunção de maturidade para ser ouvida. Antes desta idade, ela será ouvida, de acordo com a sua maturidade. Ademais, a alteração legislativa de 04 de novembro de 2020 inseriu o número 9 no art. 1906.º, do Código Civil, determinando que o Tribunal deve proceder à audição da criança, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do RGPTC.⁶⁶ Outras normas que reforçam a audição da criança: arts. 1878.º, n.º 2 e 1901.º do CC, bem como o art. 4.º, al. J, da Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (em diante, LPCJP).

Nesse contexto, em razão de eventual conflito de interesse da criança e dos pais, e considerando que os advogados dos pais tendem a ser defensores dos interesses dos adultos, seus clientes, e que os magistrados estão sobrecarregados de trabalho para poderem atender, com a profundidade necessária, ao interesse da criança, o melhor seria que a criança, quando exprime a sua opinião, fosse acompanhada no processo por um advogado, em um ambiente livre de constrangimentos, para trazer ao conhecimento do Tribunal a sua vontade. Esta solução foi consagrada no RGPTC, que, no seu art. 18.º, n.º 2, prevê a nomeação de advogado à criança, quando o seu interesse e dos seus pais sejam conflitantes, e ainda quando a criança com maturidade adequada o solicitar ao Tribunal.⁶⁷

Ao dar voz a uma criança no âmbito judicial, é reafirmado que ela é sujeito de direitos, podendo expressar-se, assim, o julgador utiliza isto como ferramenta e não somente a audição determinar o desfecho da situação.

Dessa forma, o princípio da audição da criança resulta na efetivação do direito à palavra, bem como participação ativa nos processos que lhe digam respeito e de ver essa opinião levada em consideração. Todavia, não é assim em vários Estados-Membros, bastando ao legislador europeu que a criança seja ouvida por pessoa habilitada para proceder à audição e transmitir ao tribunal, de forma rigorosa, as percepções tidas na conversa com a criança.⁶⁸

O facto de a criança ser ouvida em juízo não a torna parte no processo, pois seus progenitores seguem como seus representantes judiciais, sendo que esta representação pode ser total, quando o filho não possui idade e grau de maturidade suficientes para exercer seu direito.⁶⁹

⁶⁶ Artigo 35.º, n.º 3, Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC). Pode ser acessado em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=2428A0035&nid=2428&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&inversao

⁶⁷ Para maior desenvolvimento da matéria consultar: SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 64.

⁶⁸ ANCIÃES, Alexandra, AGULHAS, Rute e CARVALHO, Rita, *Op cit*, p. 96.

⁶⁹ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p.171.

Ademais, é importante destacar que podem existir circunstâncias que a audição da criança não seja recomendada, como, por exemplo, o facto dela estar num estado de grande fragilidade física ou psíquica, ou ainda se recusar a participar do processo.⁷⁰

Portanto, em que pese a importância da audição da criança nos processos que lhe dizem respeito, buscando a concretização do seu superior interesse, há um conjunto de regras relativas à própria audição e a forma com que ela deve ocorrer nos processos judiciais, especialmente para que esta audição não cause qualquer tipo de trauma à criança.

⁷⁰ GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Op cit*, p. 138.

2. A RESIDÊNCIA ALTERNADA EM PORTUGAL

2.1. Evolução legislativa

2.1.1. Antecedentes da Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

O Código Civil Português (CCP) de 1966 atribuía ao pai o poder de representar de representar o filho, administrar os seus bens, orientar a sua educação e instrução, autorizar o filho a exercer uma profissão ou consentir na sua emancipação (art. 1881.º). Já a mãe tinha somente o direito de ser ouvida e de participar no que diz respeito ao interesse da criança só quando o pai estivesse ausente ou impossibilitado (art. 1882.º).⁷¹ Assim, mantinha a prevalência total da autoridade paterna.

A Reforma de 1977, conforme já elucidado anteriormente, representa um marco importante na história do Direito de Família português. Com esta Reforma, o Código Civil passou a prever que, nos casos de divórcio ou separação de pessoas, o exercício do poder paternal passava a caber ao progenitor a quem o filho fosse confiado (n.º 1, art. 1906.º). Por sua vez, ao progenitor não guardião cabia “o poder de vigiar a educação e as condições de vida do filho” (n.º 3, art. 1906.º). No caso de acordo, a guarda caberia ao membro do casal escolhido por ambos. E, caso não houvesse acordo, caberia ao Tribunal decidir. Nestas duas últimas hipóteses, competia ao progenitor a quem o filho não fosse confiado o poder-dever de administrar os bens da criança (n.º 2 do referido artigo).⁷²

A Reforma buscou, nesta matéria, concretizar o artigo 36º, n.º 3, da CRP⁷³, que determina a igualdade entre os cônjuges de direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.⁷⁴

Nesse contexto, a Lei n.º 84/95, de 31 de Agosto, alterou o art. 1906.º, de forma a garantir, nos números 2 e 3, a possibilidade de os progenitores optarem pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais ou de acordarem que determinados assuntos relativos a criança fossem resolvidos entre ambos.⁷⁵ Sublinha-se que isto só era possível no caso de acordo dos progenitores, não podendo o mesmo ser determinado pelo Tribunal contra a vontade de uma das partes. Nos casos de

⁷¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina, 2022, p. 288.

⁷² PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra, Getslegal, 2ª. edição, 2022, p. 275.

⁷³ Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=4&tabela=leis. Consultado em 23/02/2024.

⁷⁴ RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 19.

⁷⁵ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra, Getslegal, 2ª. edição, 2022, p. 275.

falta de acordo dos pais vigorava o princípio do exercício unilateral das responsabilidades parentais pelo progenitor a quem foi atribuída a guarda do filho (art. 1906.º, n.º 1).⁷⁶

Por sua vez, a Lei n.º 59/99, de 30 de Junho, veio conferir nova redação ao art. 1906.º, prevendo no n.º 1 o exercício conjunto do poder paternal, desde que obtido acordo entre os pais. Já o n.º 2, determinava que, na ausência de acordo, caberia ao tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder paternal fosse exercido pelo progenitor a quem o filho fosse confiado.

A alteração do artigo mencionado, n.º 1 do Código Civil, em 1999, não demonstrava uma preferência do legislador pelo exercício conjunto das responsabilidades parentais nem uma presunção legal a ser afastada tão somente nos casos em que se comprovasse que tal solução prejudicava o interesse da criança, sendo a opção deixada aos progenitores, respeitado-se assim a autonomia da família.⁷⁷

Apesar das leis de 1995 e de 1999, manteve-se o predomínio estatístico do exercício unilateral por um só dos progenitores (a mãe, na maior parte das situações), dada a fraca expressão quantitativa dos acordos de exercício conjunto.⁷⁸

No âmbito internacional, conforme explica Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira, “A Recomendação n.º (84) 4, de 28 de fevereiro de 1984, do Comité de Ministros do Conselho da Europa, que orientou os Estados Partes a adaptarem suas legislações em atenção aos princípios referentes às responsabilidades parentais desenvolvido pelo mencionado instrumento internacional sendo relevante mencionar o princípio 2, no sentido de que qualquer decisão da autoridade competente relativa à atribuição de responsabilidades parentais ou ao modo como essas responsabilidades serão exercidas deverá basear-se principalmente nos interesses da criança. Destaca-se, também, que a igualdade entre pais deve ser, igualmente, respeitada e não deve ser feita qualquer discriminação (...)” A autora trata, ainda, do princípio n.º 6, que no caso de dissolução do casamento ou separação dos pais, a autoridade competente a intervir deve decidir sobre o exercício das responsabilidades parentais, considerando qualquer acordo celebrado entre os progenitores, desde que este não contrarie aos interesses da criança.⁷⁹

Na sequência, será analisada a Lei n.º 61/2008⁸⁰, que procedeu alterações relevantes sobre o estudo ora proposto.

⁷⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 289.

⁷⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 293.

⁷⁸ *Ibidem*

⁷⁹ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós-divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, 1. ed, Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 158 e 159. No mesmo sentido, RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Op cit*, p. 25 e 26.

⁸⁰ Esta Lei teve origem no Projeto de Lei n.º 509/X, a exposição de motivos está disponível em: <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalhelIniciativa.aspx?BID=33847>. Consultado em 23/02/2024.

2.1.2. Regime introduzido pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro

No contexto das responsabilidades parentais, a Reforma de 2008 do Código Civil fez importantes alterações ao regime anterior, sendo que só com essa reforma ocorreu uma aproximação da criança do centro, no caminho para ficar em uma relação tendencialmente igualitária com cada um dos pais, e estes entre si, tanto na distribuição igualitária das responsabilidades parentais, ao consagrar o exercício conjunto, bem como outras alterações que serão tratadas a seguir.⁸¹

A exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 509-X, originária desta Lei, justifica que a mudança de designação de “poder paternal” por “responsabilidades parentais” foi essencial já que o conceito anterior supõe um modelo implícito que aponta para o sentido de posse, totalmente desadequado em uma época em que se reconhece cada vez mais a criança como sujeito de direitos.⁸²

83

Dessa forma, a expressão poder paternal estava em desacordo com a concepção familiar trazida pela Constituição e Código Civil, qual seja, a família democrática, com base na igualdade entre os seus membros e deveres mútuos de colaboração.⁸⁴

A expressão “responsabilidade parental” revela um sentido de cuidado, zelo, dos progenitores para com as necessidades dos filhos. Além disso, o conteúdo das responsabilidades parentais consiste nos cuidados diários com o infante, tais como, garantir a educação, desenvolvimento físico e psíquico, saúde e educação.

Oportuno mencionar que o art. 3.º da Lei 61/2008 não alterou a expressão em causa em todos os diplomas legais da ordem jurídica portuguesa e nas repartições oficiais conforme impunha o art. 4.º do Projeto de Lei n.º 509/X. Em consequência, existem normas legais que falam ainda em “poder paternal”, como era o caso da Organização Tutelar de Menores (OTM)⁸⁵, e outras que se fala de responsabilidades parentais, em resultado da Lei 61/2008. Todavia, mais desalinhado é o facto do próprio CC adotar a expressão “responsabilidades parentais” e algumas normas do mesmo diploma manter a expressão antiga, como é o caso do art. 124.º.⁸⁶

⁸¹ SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada*, Petrony, 2016, p. 49 e 50.

⁸² DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 36 e 37.

⁸³ Para Jorge Duarte Pinheiro tal alteração pode gerar confusão, já que a expressão “parental”, no português jurídico diz respeito a parentes, o que pode levar a pensar que o exercício das responsabilidades parentais caberia a qualquer parente, quando, na realidade, são originariamente exercidas pelos pais (Cf. PINHEIRO, Jorge Duarte, *Op cit*, p. 274)

⁸⁴ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 307.

⁸⁵ A OTM, Decreto-Lei n. 314/78, norma que conduzia os processos de regulação das responsabilidades parentais até então foi totalmente revogada pela Lei n.º 141/2015, de 08 de Setembro, que aprovou o Regime Geral do Processo Tutelar Cível (RGPTC).

⁸⁶ RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Op cit*, p. 27.

De referir também que esta Lei trouxe outra importante alteração⁸⁷, instituiu um modelo que confere aos progenitores maior partilha das responsabilidades parentais entre eles do que aquele que antes existia.⁸⁸

Ademais, se evidencia a separação entre relação conjugal e relação parental, assumindo-se que o fim da primeira não pode ser pretexto para a ruptura da segunda. Conforme se pode continuar a ler na referida exposição de motivos: “O divórcio dos pais não é o divórcio dos filhos e estes devem ser poupados a litígios que ferem os seus interesses, nomeadamente se forem impedidos de manter as relações afetivas e as lealdades tanto com as suas mães como com os seus pais”. Dessa forma, a designação agora proposta acompanha a legislação da maioria dos países europeus.⁸⁹

Nesse enquadramento, esta Lei passou a distribuir de forma total o exercício das responsabilidades parentais pelos dois progenitores⁹⁰, independentemente de quem detém a guarda física do filho.⁹¹

O dispositivo legal supramencionado se aplica ao exercício das responsabilidades parentais quer no caso de divórcio, separação de bens, invalidação do casamento, quer em situações de separação de facto, rutura da união estável ou de inexistência originária de coabitação entre os progenitores.⁹²

⁸⁷ Assim, o art. 1906.º do Código Civil, que regula o exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio ou separação, com a Lei n.º 61/2008, passou a ter a seguinte redação:

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.* (grifo nosso)

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.* (grifo nosso)

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

4. *O progenitor a quem cabe o exercício das responsabilidades parentais relativas aos actos 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.* (grifo nosso)

6. *Ao progenitor que não exerça, 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.”* (grifo nosso)

⁸⁸ Cumpre mencionar que autores como Jorge Duarte Pinheiro consideram que este modelo de exercício das responsabilidades parentais é mitigado, sob o fundamento de que a lei vigente continuou a tradição que atribui à preferência absoluta ou relativa a só um dos progenitores. Para ele, a alternativa seria conceder preferência legal ao modelo do exercício alternado das responsabilidades parentais. (Vide PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 336 e ss). Por sua vez, Maria Clara Sottomayor, argumenta que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio, representa um retorno ao patriarcado, pois as crianças continuam a residir com a mãe e os pais têm um direito de veto sobre as decisões daquela. (Vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 330 e ss).

⁸⁹ DIAS, Cristina M. Araújo, *Op cit*, p. 37.

⁹⁰ Nas questões de particular importância.

⁹¹ OLIVEIRA, Guilherme de, *A residência alternada em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008*, In MARINHO, Sofia; CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 153.

⁹² PINHEIRO, Jorge Duarte, *Op cit*, p. 277. No mesmo sentido, LIMA Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Volume V, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 402.

Diferente do texto anterior⁹³ ao regime introduzido pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que determinava a necessidade de acordo dos progenitores para o exercício conjunto das responsabilidades parentais, a nova redação determina como regra o exercício em comum por ambos os pais, independentemente se os pais estão de acordo. Com exceção nos casos de urgência manifesta, em que qualquer dos progenitores pode agir sozinho, com dever de informar ao outro logo que possível (n.º 1)

Assim, os progenitores não podem, em qualquer tipo de processo de divórcio, acordar em que o exercício das responsabilidades parentais cabe totalmente apenas a um deles, afastando-se, de forma voluntária, do regime regra. O regime do art. 1906.º não se trata de um regime supletivo, mas sim de um regime imperativo, de forma a atender o interesse do filho, e só pode ser afastado por uma decisão autónoma e fundamentada do Tribunal.⁹⁴

Se o Tribunal entender que, perante o acordo dos progenitores e todas as circunstâncias do caso, o exercício conjunto, mesmo só nas “questões de particular importância”, é contrário aos interesses do filho, poderá aplicar o regime do art. 1906.º, n.º 2. Assim, o Tribunal não é obrigado a aceitar o acordo dos pais.⁹⁵

Com relação ao art. 1906.º, números 1 e 3, vale mencionar que o legislador não definiu os conceitos de “questões de particular importância” e de “atos da vida corrente”, da mesma forma que optou por não definir o princípio do superior interesse da criança, destacado no capítulo anterior, justamente com o mesmo propósito: melhor adaptação do Direito de Família diante do caso concreto, considerando a variabilidade e imprevisibilidade de cada família e de cada criança.^{96 97}

Todavia, apesar da adaptabilidade acima mencionada, no âmbito do exercício das responsabilidades parentais, o conceito indeterminado cria dificuldade na sua aplicação, principalmente quando os progenitores não concordam sobre tais questões e há intensa conflitualidade entre eles. Por isso, cabe à Doutrina e a Jurisprudência tal tarefa.

⁹³ Observa-se que a Lei distribui todo o exercício das responsabilidades parentais sem mencionar a palavra “guarda”, ao contrário do que passava no direito anterior, que precisava de começar por estabelecer a “guarda” do filho. (Cf. OLIVEIRA, Guilherme de, *A residência alternada em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008*, In MARINHO, Sofia; CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 153). Assim, o legislador optou por não utilizar mais o termo guarda, passando a distinguir atos de particular importância e atos da vida corrente.

⁹⁴ OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui Moura, *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Edições Almedina, 2021, p. 309 e ss.

⁹⁵ *Ibidem*

⁹⁶ ROQUE, Helder, *Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito de Família e a sua integração*, in Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 2, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 95.

⁹⁷ Como já exposto no capítulo anterior, o problema do conceito indeterminado é a margem muito ampla que tem de ser preenchida pelo caso concreto, pela perceção que o julgador tem dos factos concretos. Por isso, o conceito indeterminado, a fim de atender ao superior interesse da criança, deve ser elaborado com base em uma dimensão interdisciplinar que se abre aos dados de outras ciências sociais e humanas, e também das ciências exatas, sob pena de o preenchimento ocorrer com meras convicções pessoais e preconceitos, mais ou menos marcantes, da história de cada um. (Para maior desenvolvimento da matéria, consultar SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A Autonomia do direito das crianças*, in ARMANDO, Leandro, LABORINHO, Lúcio e GUERRA, Paulo (Coord.), *Estudos em Homenagem de Rui Epifânio*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 86 e ss.; e SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda partilhada*, Petrony, 2016, p. 53 e ss.

Na hipótese de falta de acordo, a ideia de referência para decidir a importância de um ato, que exige intervenção judicial, deve ter um conteúdo uniforme e limitado, por razões de segurança jurídica e para reduzir o conflito entre ex-cônjuges. Este conceito de ato de particular importância deve ser, portanto, interpretado restritivamente sob pena de se criar incerteza para o progenitor residente e para terceiros.⁹⁸

Nesse sentido, como afirma Maria Clara Sottomayor a propósito do art. 1906.º “O princípio do exercício conjunto das responsabilidades parentais deve ser interpretado de uma forma que centralize as questões a decidir na pessoa da criança. As decisões de particular importância não constituem, assim, questões parentais negociadas livremente pelos pais ou coativamente decididas pelo Tribunal, mas questões em relação às quais a voz da criança é decisiva, assumindo a lei que as crianças são sujeitos de direito e não objetos de decisões alheias”.⁹⁹

As responsabilidades parentais relativas às questões de particular importância para a vida do filho serão tomadas pelos dois responsáveis, e não apenas por um deles, presumindo-se o consentimento do outro.¹⁰⁰

A noção de “questão de particular importância”¹⁰¹ já vem sendo utilizada desde 1977, no art. 1902.º, n.º 1. A prática revela um elenco, que sempre poderá gerar discussão, de atos com certa gravidade e que se praticam raramente: a deslocação permanente para o estrangeiro; a submissão a uma terapêutica pesada ou a uma cirurgia grave; uma opção religiosa fundamental; a matrícula em estabelecimento de ensino com implicações patrimoniais grandes; a defesa processual contra a perda de direitos, são partes desse elenco.¹⁰²

Por sua vez, a noção de “atos da vida corrente” está ligada às decisões quotidianas que devam ser tomadas com mais frequência. Exemplo disso é o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25 de setembro de 2018, Relatora Lina Baptista¹⁰³, que considerou a submissão da criança a consultas de psicologia clínica, atualmente, não deve considerar-se ato de particular importância, por se ter tornado

⁹⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 349 e ss.

⁹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 336.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito...*, p. 305.

¹⁰¹ No Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de fevereiro de 2024, Processo n.º 231/19.2T8LSB-P.L1-2, Relatora Rute Sobral, foi analisada uma questão de particular importância, qual seja, mudança da residência dos filhos. O Tribunal considerou, após a audição e participação das crianças, que deveria ser autorizada a mudança de residência, pois tal decisão atenderia o superior interesse destas. Pode ser consultado em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4a6631fba8c4ff7480258ad100405936?OpenDocument&Highlight=0,Responsabilidades,parentais>. Acesso em 01/03/2024.

Por sua vez, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de maio de 2023, Processo n.º 1117/14.OTMLS-F.L2-7, Relator Luis Felipe Pires de Sousa, a questão atinente à educação religiosa da criança constitui uma questão de particular importância. Pode ser acedido em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/42249c44a4829d2d802589b900319266?OpenDocument&Highlight=0,Responsabilidades,parentais>. Acesso em 01/03/2024.

¹⁰² OLIVEIRA, Guilherme de, *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Edições Almedina, 2021, p. 305; e RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Op cit*, p. 123 e ss.

¹⁰³ Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f4feaaa40a93e9c28025834000553fa8?OpenDocument&Highlight=0,RESIDENCIA,ALTERNADA>. Acesso em 05/03/2024.

num expediente corrente a que os pais recorrem crescentemente em casos de suspeita de inadaptação social ou emocional.

Ainda sobre esta temática, destaca-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02 de Maio de 2017, Relator Pedro Brighton, se pronunciou sobre as questões de particular importância e atos da vida corrente.¹⁰⁴ O Tribunal elencou situações sobre questões de particular importância, entre outras: “as intervenções cirúrgicas das quais possam resultar riscos acrescidos para a saúde do menor; a prática de atividades desportivas radicais; a saída do menor para o estrangeiro sem ser em viagem de turismo; a matrícula em colégio privado ou a mudança de colégio privado¹⁰⁵; mudança de residência do menor para local distinto da do progenitor a quem foi confiado”. Ademais, devem considerar-se atos da vida corrente, entre outros: “as decisões relativas à disciplina, ao tipo de alimentação, dieta, atividade e ocupação de tempos livres; as decisões quanto aos contatos sociais; o ato de levar e ir buscar o filho regularmente à escola, acompanhar nos trabalhos escolares; as decisões quanto à higiene diária, ao vestuário e ao calçado; a imposição de regras; as decisões sobre idas ao cinema, ao teatro, a espetáculos ou saídas à noite; as consultas médicas de rotina”.

Em que pese as relevantes alterações promovidas pela Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, fica o seguinte questionamento: se a intenção do legislador foi uma maior partilha das responsabilidades parentais dos progenitores no contexto de pós divórcio, por qual razão no art. 1906.º determinou a fixação de uma residência habitual e o direito de visita ao progenitor não residente? É incompatível a lei que buscou aumento da parentalidade conjunta tenha determinado um guardião como sendo principal, ao qual cabe decidir questões relacionadas aos atos da vida corrente da criança, remetendo ao regime tradicional, e ao outro progenitor, guardião não residente, ao qual caberia o “direito de visitas”.

Alguns operadores do Direito já defenderam¹⁰⁶ que esta Lei impõe que o filho tenha uma residência habitual e outra ocasional (art. 1906.º, n.º 3 e 5), o que significaria uma proibição de um regime de residência alternada.¹⁰⁷ Todavia, esse posicionamento não merece guarida. Seria, no mínimo,

¹⁰⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02 de Maio de 2020, Processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1. Relator Pedro Brighton. No caso em tela, a mãe e o Ministério Público entenderam que o ato da criança frequentar curso de inglês seria um ato da vida corrente, já para o pai se tratava de uma questão de particular importância.

¹⁰⁵ Para Maria Clara Sottomayor, a inscrição, seja em um estabelecimento público ou particular, é considerada usual na vida da criança e deve ser decidida pelo progenitor que cuida da criança no dia-a-dia. Além disso, a jurista considera que atividades extra-curriculares são atos da vida corrente da criança, para as quais não deve ser exigido o consentimento de ambos os pais, sob pena de burocratização e paralisação da vida da criança, em relação a atos correspondentes às suas necessidades educativas, e de aumento do conflito entre os pais, o que em nada beneficiará o interesse da criança. Vide SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 337 e ss.

¹⁰⁶ Nesse sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de julho de 2012 (Processo 2526/11.1TBBRR.L1-1), de 28 de junho de 2012 (Processo 33/12.4TBBRR.L1-8), 18 de Março de 2013 (Processo 3500/10.0TBBRR.L1-6) e de 9 de maio de 2013 (Processo 1297/12.9TBBRR.L1-8). Disponíveis em: www.dgsi.pt. Consultado em: 05/03/2024.

¹⁰⁷ Destaca-se que já se admitia a residência alternada com fundamento no n.º 7 do art. 1906.º decorrente da Lei n.º 61/2008. Assim, parte da Jurisprudência portuguesa, mesmo antes do advento da Lei n.º 65/2020, entendia que a dupla residência era cabível. Este ponto será aprofundado no tópico 2.2.2. deste trabalho de investigação.

contraditório a Lei, que pretendeu buscar o exercício conjunto das responsabilidades parentais, proibisse os acordos de residência alternada que os Tribunais entendessem dever homologar.¹⁰⁸

Na visão de Jorge Duarte Pinheiro este modelo de exercício das responsabilidades parentais é mitigado, sob o fundamento de que a lei vigente continuou a tradição que atribui à preferência, absoluta ou relativa, a só um dos progenitores. Para o autor, a alternativa seria conceder preferência legal ao modelo do exercício alternado das responsabilidades parentais.¹⁰⁹

Salvo o devido respeito, o exercício alternado das responsabilidades parentais não é o que melhor atende o superior interesse da criança, pois as decisões importantes relativas à criança é tomada exclusivamente por cada progenitor sem necessitar do consentimento do outro, sendo prejudicial para a estabilidade e segurança do infante.

Por sua vez, Maria Clara Sottomayor, levanta críticas a esse respeito, ao aduzir que o exercício conjunto das responsabilidades parentais, nos casos de divórcio, representa um retorno ao patriarcado, pois as crianças continuam a residir com a mãe e os pais têm um direito de veto sobre as decisões daquela.¹¹⁰

É certo que o texto legal faz referência ao modelo tradicional em que a criança vive habitualmente com um progenitor e o outro exerce o direito de visitas. Todavia, em razão das variáveis situações do dia a dia e das famílias, se faz necessário que o regime admita outras soluções finais à medida dos interesses da criança, em cada caso. Ou seja, apesar da menção legal ao regime tradicional, este regime é flexível, sendo cabível a aplicação da dupla residência.¹¹¹

Assim, seguimos o posicionamento de Guilherme de Oliveira, contrário a determinação obrigatória de um guardião principal ao qual cabe “as orientações educativas mais relevantes” que o guardião secundário deve respeitar, pois, se os dois progenitores alcançaram um acordo de partilha igualitária da convivência, ou próximo disso, com a criança, de facto já praticam um modo harmonizado da vida dele, e as orientações educativas são, desse modo, definidas pelos dois.¹¹²

Por fim, o art. 1906.º do Código Civil, passou por mais uma alteração, em 2020, com a publicação da Lei n.º. 65/2020, de 4 de novembro, consoante será analisado pormenorizadamente no tópico a seguir.

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *Op cit*, In MARINHO, Sofia; CORREIA, Sónia Vladimira, *Op cit*, p. 157 e ss.

¹⁰⁹ PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Lisboa: AAFDL, 2015, p. 336 e ss.

¹¹⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 330 e ss.

¹¹¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 330 e ss.

¹¹² OLIVEIRA, Guilherme de, *Op cit*, In MARINHO, Sofia; CORREIA, Sónia Vladimira, *Op cit*, p. 159.

2.2. A nova redação do art. 1906.º do CC, à luz da Lei nº 65/2020, de 4 de novembro

2.2.1. Propostas de Lei, audições parlamentares e pareceres

Em 19 de junho de 2018, a Associação Portuguesa para a Igualdade Parental e Direitos dos Filhos apresentou na Assembleia da República (adiante, AR) uma petição a favor da residência alternada, que teve “como objetivo sugerir à AR que proceda à alteração do Código Civil CC), no sentido de estabelecer a presunção jurídica da residência alternada para crianças cujos pais e mães se encontrem em processo de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, ou seja, da partilha entre mãe(s) e pai(s) de 33% a 50% do tempo de residência e do envolvimento continuado nos cuidados, na educação e na vida quotidiana dos seus filhos e filhas, como regime preferencial nas políticas públicas dirigidas à proteção das crianças”.¹¹³

Com este propósito, a petição propôs a alteração ao art. 1906.º do CC, buscando, em suma, as seguintes modificações: a) a fixação do regime da residência alternada enquanto regime preferencial no processo de regulação das responsabilidades parentais; b) quando a residência alternada for contrária aos interesses da criança, deve o Tribunal, através de decisão fundamentada, estipular ou homologar planos parentais de residência única e residência secundária com exercício conjunto das responsabilidades parentais ou fixar residência única com exercício exclusivo das responsabilidades parentais.

O Conselho Superior de Magistratura (CSM) pronunciou-se a favor da referida petição, considerando que “salvo motivos ponderosos, a residência dos filhos de pais separados deve ser com ambos os progenitores, de forma alternada e com possível adequação ao caso concreto pelo juiz, é de prever legalmente”.¹¹⁴

No mesmo sentido, foi o posicionamento da Procuradoria-Geral da República (PGR). Para além disso, a PGR defendeu que a alternância entre a casa dos pais não só deverá ser prevista em lei, como também deve ter um estatuto privilegiado relativamente a outras soluções, ainda que não haja acordo dos progenitores nesse sentido.¹¹⁵

¹¹³ Cfr. Petição em prol da presunção jurídica da residência alternada para crianças de pais e mães separados ou divorciados, disponível para consulta em: <https://igualdadeparental.org/peticao/>. Acesso em 26/03/2024.

¹¹⁴ Parecer do Conselho Superior de Magistratura à petição em prol da presunção jurídica da residência alternada, disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e52766331426c64476c6a595738765a4449795a6a41324f4451744d6a49775a5330304e6a64684c574668597a51744d4445344d446b335a4755794f4449784c6e426b5a673d3d&fich=d22f0684-220e-467a-aac4-018097de2821.pdf&inline=true&fbclid=IwAR1dg5WJLihbeROBLjqPZaCmg1ciWJirvpcu01ik1Sags352iExsi2dl3E>. Acesso em 26/03/2024.

¹¹⁵ Parecer da Procuradoria-Geral da República disponível em <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953556c4a5447566e4c304e505453387851304644524578484c305276593356745a57353062334e515a585270593246764c7a45784d446335593255344c5759784e5455>

Por outro lado, a petição supramencionada gerou controvérsia, o que deu origem a uma carta aberta subscrita por associações contrárias à imposição da residência alternada como regra, sob o argumento “de que a lei portuguesa não necessita de alterações neste ponto concreto, dado que já permite o modelo da residência alternada, se assim for pretendido pela família. As famílias são livres de determinar qual o modelo de guarda e residência que melhor se lhes aplica, tal como são livres de se estruturar e organizar na pendência do casamento/relação”.¹¹⁶

Além disso, os signatários da carta de oposição à presunção jurídica da residência alternada, fundamentam que: (...) Em crimes de violência doméstica, os tribunais de família tratam muitas vezes estes casos como um conflito e tentam impor a residência alternada na esperança de pacificar a família, mas acabando por colocar as crianças em grave perigo e aumentando ainda a situação de vulnerabilidade das vítimas. Portugal é um país onde são assassinadas uma média de 30 mulheres por ano e a maior parte dessas mulheres tem filhos e filhas com o agressor – razão pela qual é necessário garantir indubitavelmente o bem-estar das crianças, tal como é enquadrado na Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada por Portugal”.

Com relação ao argumento acima exposto, é evidente que nas situações de violência no âmbito familiar, a residência da criança não deve ser fixada junto do agressor, restando claro que esta situação é uma exceção à dupla residência, de forma a preservar a integridade física e psíquica da criança. Além disso, no âmbito da regulação/alteração do exercício das responsabilidades parentais, o ordenamento jurídico português prevê procedimentos específicos e de urgência para situações de violência em contexto familiar.

Ademais, cinco partidos políticos¹¹⁷ apresentaram na AR propostas de lei para alterar o art. 1906.º do CC, a fim de constar expressamente a figura da residência alternada e a suscetibilidade de ser aplicada pelos Tribunais, mesmo sem acordo dos pais nesse sentido, desde que tal solução não se opusesse o interesse da criança. Todavia, nenhuma das propostas aderiu a uma presunção legal de residência alternada.¹¹⁸

No entendimento de Maria Clara Sottomayor, os projetos-lei apresentados confiaram demasiado na eficácia da lei, que prevê a residência alternada para contribuir para a igualdade de

[744e444d33595330355932466d4c544d775a4455304d6d55785a575533595335775a47593d&fich=11079ce8-f155-437a-9caf-30d542e1ee7a.pdf&inline=true](https://www.dignidade.pt/carta-aberta.30d542e1ee7a.pdf&inline=true). Acesso em 26/03/2024.

¹¹⁶ Carta aberta de oposição à presunção jurídica da residência alternada, disponível em: <https://www.dignidade.pt/carta-aberta>. Consultada em 26/03/2024.

¹¹⁷ Projeto de Lei n.º 52/XIV/1ª (PAN); Projeto de Lei n.º 87/XIV/1ª (PS); Projeto de Lei n.º 107/XIV/1ª (PSD); Projeto de Lei n.º 110/XIV/1ª (CDS-PP); Projeto de Lei n.º 114/XIV/1ª (BE).

¹¹⁸ Para Maria Clara Sottomayor, a defesa da presunção ou imposição legal da residência alternada está mais ligada com as emoções positivas das pessoas em relação à igualdade entre os pais do que com a real e efetiva igualdade. Para a jurista, por questões de justiça e proteção dos interesses das crianças, a igualdade entre os pais deve ser aferida, não através de uma dedução lógica de princípios ou conceitos, mas tendo em conta a história da família desde o início da vida em comum, não podendo construir uma igualdade de facto, deduzindo de conceitos abstratos, legais ou políticos, que ela já existe ou que passa a existir com a imposição a todas as famílias da residência alternada. (Cfr. SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 438 e ss.)

gênero depois da separação, devendo antes o legislador concentrar-se em estipular medidas que promovam essa igualdade antes da cessação da convivência entre os pais e logo após o nascimento das crianças.¹¹⁹

A Associação Portuguesa de Mulheres Juristas (APMJ), no seu parecer¹²⁰, contrário à alteração legislativa, argumentando que “a introdução de uma regra geral preferencial, seja ela qual for, na regulação judicial do exercício das responsabilidades parentais viola o princípio geral do inquisitório que subjaz à jurisdição voluntária, sistema onde se integra este tipo de processos judiciais.” Defendeu, ainda, que “a lei substantiva relativa à regulação do exercício das responsabilidades parentais não deve nunca impor um modelo, qualquer que seja, porque cada criança é uma criança e merece que a Lei obrigue à ponderação da sua individualidade e características para fixar o regime a estabelecer”.

O parecer da Ordem dos Advogados (OA) foi no sentido da inadequação da residência alternada, como modelo privilegiado ou preferencial, ao supremo interesse da criança, sob o fundamento de que tal implica que a residência alternada seja aplicada logo aquando da fixação do regime provisório, até que em audiência final seja possível produzir prova para determinar qual o melhor modelo para a criança, alegando a dificuldade de prova dos factos suscetíveis de demonstrar a desadequação a residência alternada ao interesse da criança.¹²¹

Por sua vez, o Conselho Superior do Ministério Público (CSMP) apresentou um parecer em fevereiro de 2020, no qual menciona e trancreve parte de um parecer anterior, acrescentando comentários detalhados aos projetos lei apresentados no Parlamento sobre o tema. Neste parecer, favorável à residência alternada, dispõe que “é certo que o estabelecimento da residência alternada tem como propósito a aproximação do modelo existente antes da dissensão familiar, garantido a cada um dos progenitores a possibilidade de (continuar a) exercer os direitos e obrigações inerentes às responsabilidades parentais e de acompanhar e participar, em condições de igualdade e ativamente, no processo de crescimento e desenvolvimento dos filhos.” Além disso, afirma que não há qualquer vantagem em elevar a residência alternada no ordenamento jurídico como regime regra, sendo suficiente um ajuste do texto legal para prever de forma expressa a aplicação da residência alternada, dissipando eventuais dúvidas. Ademais, afirma o CSMP que a aplicação ou não da dupla residência exige uma análise casuística, considerando uma multiplicidade de fatores como “a idade da criança, a

¹¹⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 441.

¹²⁰ Parecer da Associação Portuguesa de Mulheres Juristas disponível em: [file:///C:/Users/HP/Downloads/Parecer%20APMJ%20-%20Resid%C3%A2ncia%20Alternada%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/HP/Downloads/Parecer%20APMJ%20-%20Resid%C3%A2ncia%20Alternada%20(2).pdf). Consulta em 27/03/2024.

¹²¹ Parecer da Ordem dos Advogados disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c63793959566b786c5a793944543030764d554e425130524d5279394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c3259554e7662576c7a633246764c7a5132593255344e6a41314c54646a4f5445744e4441785a4330354d5751344c5751784e474e6c4e3251794d5455334f4335775a47593d&fich=46ce8605-7c91-401d-91d8-d14ce7d21578.pdf&inline=true>. Consulta em 26/03/2024.

sua opinião, os seus contactos regulares, familiares ou de amizade, os seus hobbies e atividades extracurriculares (nomeadamente, desportivas ou religiosas), a menor perturbação nas atividades escolares, a manutenção de convívio, face à sua especial ligação, com irmãos, fruto de outros relacionamentos de algum dos progenitores ou com filhos dos atuais companheiros ou cônjuges daqueles”.¹²²

2.2.2. Possibilidade da determinação da dupla residência independentemente de acordo dos progenitores

Em virtude dos debates mencionados anteriormente, o art. 1906.º do Código Civil, passou por mais uma alteração, em 2020, com a publicação da Lei n.º. 65/2020, de 4 de novembro, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de novembro.

Assim, foi aprovada uma nova redação do art. 1906.º do CC, à qual foram aditados dois números, de forma a esclarecer que o modelo de exercício de residência alternada possa ser determinada independente de acordo dos progenitores, confirmando o que já ocorria na prática judiciária, mas aditando-se dois critérios: fixação de uma prestação de alimentos e a audição da criança.¹²³

Nesse seguimento, o n.º 6 do art. 1906.º, passou a ter a seguinte redação: “Quando corresponder ao superior interesse da criança e ponderadas todas as circunstâncias relevantes, o tribunal pode determinar a residência alternada do filho com ambos os progenitores, independentemente de mútuo acordo nesse sentido e sem prejuízo da fixação da prestação de alimentos”. (grifo nosso)

Já o n.º 9 do mesmo diploma legal dispõe: “O Tribunal procede à audição da criança, nos termos previstos nos artigos 4.º e 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível”. (grifo nosso)

Dessa forma, com essa alteração legislativa, põe-se fim a discussão quanto à questão de saber se, mesmo na ausência de acordo dos progenitores, pode ou não o Tribunal determinar a residência alternada do filho, tendo como ponto central para fixação da residência alternada atender o superior interesse da criança.

¹²² Texto do Parecer do CSMP disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063484d364c793968636d356c6443397a6158526c6379395953565a4d5a5763765130394e4c7a464451554e45544563765247396a6457316c626e527663306c7561574e7059585270646d46446232317063334e68627938314e446b7a5a544d774d6930794e6a526a4c5452695a444974596d4977595330795a5446694e474d334d6d46694d444d756347526d&fich=5493e302-264c-4bd2-bb0a-2e1b4c72ab03.pdf&inline=true>. Consulta em 26/03/2024.

¹²³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 446.

Como já referido anteriormente, grande parte da Jurisprudência portuguesa¹²⁴, mesmo antes da alteração legal supramencionada, entendia que a dupla residência é a solução adequada e cabível mesmo que não exista acordo dos pais, desde que atenda ao interesse superior da criança, tendo em conta todas as circunstâncias relevantes.

Nesse contexto, parte da doutrina também entendia dessa forma. Para Hugo Manuel Leite Rodrigues já era possível a fixação da dupla residência, sob o fundamento de que a lei não afirmava expressamente qual das formas era a eleita. O autor argumenta que, embora o n.º 5 do art. 1906.º, na redação da Lei n.º 61/2088, referia-se à fixação da residência (no singular), também não fazia menção a “uma residência” e, uma vez que não afirmava expressamente não ser possível a alternância de residência, entende-se que esta já era possível.”¹²⁵

No entendimento da juíza portuguesa Helena Bolieiro, o art. 1906.º, na redação da Lei n.º 61/2008, não proibia a alternância de residências. Como também não exigia que a alternância tenha sempre por base o acordo dos pais.¹²⁶

Maria Clara Sottomayor aduz que a possibilidade legal de uma decisão judicial de residência alternada, sem acordo dos pais, já existia na ordem jurídica portuguesa, não prevista ou regulada de forma expressa, mas como resultado da interpretação adotada pelos Tribunais da norma constante no art. 1906.º, n.º 7, do CC, na redação da Lei n.º 61/2008.¹²⁷

Nas palavras de Guilherme de Oliveira, “vale a pena acentuar que o regime da Lei n.º 61/2008 não alterava quase nada do que se refere à guarda física dos filhos. Tal como dantes, o tribunal pondera os acordos dos pais e o interesse dos filhos, e acabará por decidir com quem o filho vai viver, qual a distribuição do tempo que ele passará com cada um dos progenitores e com outras pessoas relevantes para o menor.”¹²⁸

Embora com esta alteração legislativa o Tribunal possa determinar a residência alternada da criança, independente de acordo dos progenitores, é necessário sublinhar desde logo que, na prática, podem existir casos em que a conflitualidade entre os progenitores seja tão intensa, de forma a impedir o diálogo e cooperação, que não se demonstre em conformidade com o superior interesse da criança,

¹²⁴ Nesse sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de dezembro de 2015, processo n.º 6001-11.6TBCSC.L1-6, Relatora Anabela Calafate; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de janeiro de 2017, processo n.º 954/15.2T8AMD-A.L1-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de outubro de 2017, processo n.º 273/13.9TBCTB-A.C1, Relator Alberto Ruço; Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de setembro de 2018, processo n.º 835/17.5T8SXL.L1-2, Relator Pedro Martins; Acórdão da Relação de Guimarães, de 17 de dezembro de 2018, processo n.º 60/16.2T8VLF.G1., Relatora Fernanda Proença Fernandes. Todos disponíveis em: www.dgsi.pt;

¹²⁵ RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Op cit*, p. 104, nota 315.

¹²⁶ BOLIEIRO, Helena, *Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada: na casa do pai – na casa da mãe – E agora?* In *Tutela civil do superior interesse da criança*, Tomo I, Lisboa: CEJ, Ebook p. 235-262. Disponível em: https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/1553/mod_resource/content/0/apresentacoes/AResidenciaAlternada_HelenaBolieiro.pdf. Acesso em 26/03/2024.

¹²⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 439.

¹²⁸ OLIVEIRA, Guilherme de, *A nova lei do divórcio*, Revista *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Coimbra: Coimbra Editora, p. 5-32.

revelando a necessidade de um regime diverso, que não o da residência alternada. Assim, no capítulo 4, serão abordados os casos em que a residência alternada não é aconselhada, como também o papel da mediação familiar e a sua possível mais-valia nestas situações.

Com relação à alteração ao n.º 6 do art. 1906.º, o legislador mencionou que devem ser consideradas as “circunstâncias relevantes” para que o tribunal possa determinar a dupla residência. Neste contexto, o conceito de “circunstâncias relevantes” é um conceito indeterminado, referindo-se, assim, a todos os fatores que podem contribuir para uma correta determinação do superior interesse da criança, tendo em conta a realidade concreta da família e as necessidades da criança.¹²⁹

A autora Helena Bolieiro elencou os seguintes critérios orientadores para uma decisão judicial de residência alternada: 1) Interesse superior da criança; 2) Capacidade de diálogo, entendimento e cooperação por parte dos progenitores; 3) Modelo educativo comum ou consenso quanto às suas linhas fundamentais, traduzidas nas orientações educativas mais relevantes; 4) Proximidade geográfica; 5) Vivência de facto que precede a tomada de decisão (qualidade, consistência e duração); 6) Opinião da criança.¹³⁰

Por sua vez, o n.º 6 do art. 1906.º, última parte, com a redação dada pela Lei n. 65/2020, prevê expressamente a possibilidade de fixação de pensão de alimentos mesmo em casos de residência alternada. Assim, põe fim ao argumento de que na dupla residência não haveria lugar ao pagamento de uma pensão de alimentos.¹³¹

Dessa forma, a jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor destaca que o juiz pode fixar uma pensão de alimentos a cargo do progenitor que auferir um rendimento mais elevado e/ou que menos tempo passa com a criança, ou que não tem por hábito, em função das divisões de tarefas previamente praticados durante a vida em comum, estar atento a determinadas necessidades do filho, como por exemplo, vestuário e calçado, que tendem a ser satisfeitas pelo progenitor que passa mais tempo com o filho e/ou já o fazia durante a vida em comum.¹³²

Oportuno referir que, bem antes desta alteração legislativa de 2020, que aditou ao art. 1906.º um novo número (n.º 9), ouvir a opinião da criança já era considerada importante, como elemento relevante nos processos que lhe dizem respeito, visto os diversos diplomas legais, nacionais e

¹²⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 447 e ss.

¹³⁰ BOLIEIRO, Helena, *Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada: na casa do pai – na casa da mãe – E agora?* In *Tutela civil do superior interesse da criança*, Tomo I, Lisboa: CEJ, Ebook p. 235-262. Disponível em: https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/1553/mod_resource/content/0/apresentacoes/AResidenciaAlternada_HelenaBolieiro.pdf. Acesso em 26/03/2024.

¹³¹ A título de exemplo sobre a possibilidade de alimentos na fixação da residência alternada, cita-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10 de julho de 2019, processo n.º 958/17.0T8VIS-A.C1; Tribunal da Relação do Porto de 09 de janeiro de 2020, processo n.º 5995/15.7T8VNG-C.P1; e Tribunal da Relação do Porto, de 29 de setembro de 2022, processo n.º 1777/21.5T8GDM.P1. Todos consultáveis em: <https://www.dgsi.pt/>

¹³² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 455 e ss.

internacionais, que reforçam a audição da criança.¹³³ A este propósito, destacam-se os artigos 4.º e 5.º do RGPTC, que buscaram a concretização dos direitos de participação e de audição da criança.

O princípio da audição e participação da criança já resultava expressamente da norma remissiva para os princípios da LPCJP, no art. 4.º, alínea J ¹³⁴: Todavia, o legislador procurou reforçar no RGPTC a ideia da necessidade de incentivar e promover a efetiva participação da criança nos processos que lhe dizem respeito.¹³⁵

Nesse contexto, o RGTC promoveu relevantes alterações no processo de regulação das responsabilidades parentais, ao introduzir princípios como a consensualização, proporcionando às partes acesso a recursos como a audição técnica especializada e a mediação familiar, instrumentos adequados para a resolução de conflitos familiares, além de consagrar como princípios orientadores a audição e participação da criança.¹³⁶

Os arts. 4.º e 5.º do RGPTC regulam o direito de participação e audição da criança que possuam capacidade de compreensão dos assuntos discutidos, tendo em consideração a sua idade e maturidade, nos processos tutelares cíveis e de promoção e proteção, aplicando-se tais normativos na promoção e proteção por força do art. 84.º da LPCJP.¹³⁷

O art. 5.º, nº1 do RGPTC dispõe que a criança tem o direito a ser ouvida e a sua opinião considerada pelas autoridades judiciais na aferição do seu superior interesse. A única vinculação a que estas autoridades estão sujeitas é ao superior interesse da criança, cuja avaliação, poderá coincidir, ou não, com a opinião manifestada por ela. Todavia, será um direito seu ser devidamente escutada.¹³⁸

No que diz respeito à idade para a audição da criança, o RGPTC não estipula uma idade mínima, mas estabelece como parâmetro a capacidade de compreensão dos assuntos envolvidos, considerando a idade e maturidade da criança (art. 4.º, n. 1, al. c). O magistrado deverá analisar, cuidadosamente, a capacidade de compreensão da criança diante dos assuntos discutidos podendo, para este fim, recorrer ao apoio da assessoria técnica (art. 4.º, n. 2).¹³⁹

Por seu turno, o art. 35.º, n. 3, do diploma legal supramencionado, estabelece que *“a criança com idade superior a 12 anos ou com idade inferior, com capacidade para compreender os assuntos*

¹³³ Para maior desenvolvimento da matéria, consultar ponto 1.4.1.

¹³⁴ Art. 4.º, alínea J, LPCJP: *“A criança ou jovem, em separado ou na companhia dos pais ou de pessoas por si escolhida, bem como os pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção.”*

¹³⁵ Paulo Guerra, *Regime Geral do processo tutelar cível: anotado*, 2021, Coimbra: Edições Almedina, p. 72.

¹³⁶ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *Op cit*, 1. ed., p. 184.

¹³⁷ GUERRA, Paulo, in *Regime Geral do processo tutelar cível: anotado*, Coords. DIAS, Cristina Araújo; BARROS, João Nuno; CRUZ, Rossana Martingo, 2021, Coimbra: Edições Almedina, p. 85.

¹³⁸ CRUZ, Rossana Martingo, *Regime Geral do processo tutelar cível: anotado*, 2021, Coimbra: Edições Almedina, p. 104.

¹³⁹ CRUZ, Rossana Martingo, *Op cit*, p. 106.

em discussão, tendo em atenção a sua idade e maturidade, é ouvida pelo tribunal, salvo se a defesa do seu superior interesse o desaconselhar.”

No mesmo sentido, o n.º 9 do art. 1906.º do CC dispõe que o Tribunal deve proceder a audição da criança, apenas excecionado se esta, face à sua idade e maturidade, não tiver capacidade de compreensão dos assuntos em discussão. Dessa forma, o legislador buscou a efetiva participação da criança, não somente como elemento probatório fundamental na avaliação do seu superior interesse, mas o próprio meio de prossecução do seu interesse.

No que respeita à violação do direito de audição da criança, o Supremo Tribunal de Justiça já se pronunciou no acórdão de 14 de dezembro de 2016¹⁴⁰, processo 268/12.0TBMG.C1.S1, considerando que a audição da criança não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta, constituindo um meio de prova privilegiado de prossecução do superior interesse e a violação deste direito afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais. Sendo o seu sumário:

“ I - A audição da criança num processo que lhe diz respeito – no caso, de promoção e proteção – não pode ser encarada apenas como um meio de prova, tratando-se antes de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afeta. (grifo nosso).

II - O exercício do direito de audição, enquanto meio privilegiado de prossecução do superior interesse da criança, está, naturalmente, dependente da maturidade desta.

III - A lei portuguesa atual, seguindo os diversos instrumentos internacionais, alterou a forma de determinar a obrigatoriedade dessa audição, tendo passado a prever – onde antes se estabelecia que era obrigatória a audição de criança com mais de 12 anos “ou com idade inferior quando a sua capacidade para compreender o sentido da intervenção o aconselhe” – que a criança deve ser ouvida quando tiver “capacidade de compreensão dos assuntos em discussão, tendo em conta a sua idade e maturidade” (artigo 4.º, alínea c), do Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei n.º 141/2015, de 08-09).

IV - A ponderação acerca da maturidade da criança terá de se revelar na decisão, só estando dispensada a justificação para a sua eventual não audição quando for notório que a sua baixa idade não a permite ou aconselha. (grifo nosso)

¹⁴⁰ Acórdão do STJ, de 14 de dezembro de 2016, processo 268/12.0TBMG.C1.S1, Disponível em: <https://www.dgsi.pt/istj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/083b3a40efc82d16802580890062b3f4?OpenDocument>. Acesso em 28/03/2024.

V - A falta de audição da criança afeta a validade das decisões finais dos correspondentes processos por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva, não sendo adequado aplicar-lhe o regime das nulidades processuais.” (grifo nosso).

No sentido de defender a audição da criança, está o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24 de setembro de 2020, (processo n.º 595/19.5T8PTM-A.E1)¹⁴¹, que anulou a decisão de primeiro grau de regime de residência alternada, pela circunstância de as crianças não terem sido ouvidas, sob a seguinte fundamentação: *“Com efeito, entendemos que a não audição tem de ser justificada e, por isso, como se pode ler no mencionado aresto, que acompanhamos “a ponderação acerca dessa maturidade da criança terá de se revelar na decisão, só estando dispensada a justificação para a sua eventual não audição quando for notório que a sua baixa idade não a permite ou aconselha (...) a audição da criança num processo que lhe diz respeito não pode ser encarada apenas como um meio de prova, com o qual se pretende fazer prova de um facto relevante no processo. É muito mais vasta a finalidade da audição. Trata-se antes de mais de um direito da criança a que o seu ponto de vista seja considerado no processo de formação da decisão que a afecta. (...). E daí que não seja “(...) “adequado aplicar o regime das nulidades processuais à falta de audição. Entende-se antes que essa falta afecta a validade das decisões finais dos correspondentes processos, por corresponder a um princípio geral com relevância substantiva (...).” Sendo assim, e pelas razões expostas, falta de audição dos ditos menores impõe que se anule a decisão em recurso, a fim de os mesmos serem ouvidos sobre a matéria em questão para proferir decisão”.* (grifo nosso)

Nesse posicionamento, veja-se também o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07 de dezembro de 2023, (processo 1292/23.2BTMR-A.E1)¹⁴², que anulou a decisão de 1.ª instância que dispensou a audição da criança de nove anos. Na fundamentação destacou que o art. 4.º, alínea c, do RGPTC, consagra o princípio da audição obrigatória da criança e no caso concreto este direito não havia sido respeitado. A argumentação da decisão de primeiro grau pela dispensa da audição foi a seguinte: *“a idade da criança e as referências que foram feitas quanto às dificuldades que o jovem sente ao deixar a casa do pai, como por outro lado, as condutas que o pai terá assumido para com este no que se prende com censuras físicas, não se procede, por ora, à audição do menino”.* Assim, o Tribunal entendeu que *“a idade da criança (nove anos) assegura já uma certa capacidade de discernimento e compreensão da vida familiar e das dificuldades que a família atravessa com a rutura*

¹⁴¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24 de setembro de 2020, Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/itre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/88ff93723b65cea8025861c003cfd?OpenDocument>. Acesso em 04/04/2024.

¹⁴² Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07 de dezembro de 2023, Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/itre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/4ad9ac19c71c27ad80258a840050a102?OpenDocument>>

Acesso em

04/04/2024.

da vida conjugal dos pais. A referência às dificuldades que o menor evidencia em deixar a casa do pai, e a referência a anteriores comportamentos do pais quanto a castigos físicos, serão razões de reforço para o menor ser ouvido. O risco de traumatizar uma criança se colocada a falar sobre estes assuntos sérios, que no despacho não está invocado, mas subentende-se da fundamentação, deverá ser razão apenas para redobrar a prudência e acuidade no seu interrogatório, mas não para o evitar.”

Por outro lado, no sentido da dispensa da audição da criança, em razão da sua idade, destaca-se o acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16 de março de 2023, processo n.º 3642/20.4T8VCT-A.G1¹⁴³, onde se sumariou que: *“I - A audição da criança não vincula o tribunal ao sentido expresso por ela, que só deverá ser tomado em linha de conta quando essa vontade é compaginável e vai de encontro ao melhor para a mesma, quando é manifestação do seu superior interesse. II – Tendo os menores seis anos de idade, da respectiva audição dificilmente se retiraria algum elemento útil à decisão, atenta a imaturidade inerente às suas idades, muito propícias a influências externas na determinação da vontade.”* (grifo nosso)

No mesmo sentido, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de novembro de 2023, processo n.º 3063/20.9T8VFR-G.P1¹⁴⁴, que argumentou que nenhuma norma legal impõe a obrigatoriedade da audição da criança, nem prescreve a consequência da sua não audição e, no caso em tela, a audição prévia da criança comportaria o risco de a expor a tal conflito, colocando-a numa situação de conflito de lealdade, e o superior interesse da criança impõe que se previnam/acaulem tais riscos.

A audição da criança só não será permitida, se circunstâncias relevantes o desaconselharem. Nesse sentido, está o acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de novembro de 2010, processo n.º 2134/09.7TBCTB.C)¹⁴⁵, em que havia suspeitas de abuso sexual da criança pelo progenitor sem a guarda, que o Tribunal considerou cabíveis, através de produção de prova testemunhal de terceiros a quem a criança narrou os factos, num processo cível de alteração do regime de visitas.

Ademais, a jurisprudência portuguesa tem entendido, todavia, que a vontade da criança não vincula a decisão do Tribunal, mas somente um fator a ponderar na decisão. Nesse sentido, o Tribunal da Relação de Lisboa, no acórdão de 12 de julho de 2021, processo n.º 14658/17.8T8LSB.L1-2

¹⁴³ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16 de março de 2023. Disponível em:

<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/3642-2023-878597875>. Acesso em 04/04/2024.

¹⁴⁴ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de novembro de 2023. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/itrc.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/886eb1fe9424667180258a92004e520e?OpenDocument>.

Acesso em

¹⁴⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de novembro de 2010.

Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/itrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/085e85dd2ae3d33c802577ea005b4d6f?OpenDocument>.

Acesso em

considerou que: a expressão “sendo a sua opinião tida em consideração” (constante do n.º 1, do art. 5.º, do RGPTC) deve ser interpretada no sentido de impor ao julgador a ponderação dos pontos de vista e argumentos da criança, sem que o mesmo fique vinculado a decidir de acordo com a opinião da criança. No caso em tela, o Tribunal entendeu que a residência alternada é a solução que melhor atende o interesse da criança, mesmo esta manifestando contrariedade em sua aplicação. Na mesma linha de pensamento, destaca-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de novembro de 2020, processo n.º 3162/17.4T8CSC.L1-7, em que decidiu o seguinte: *“Num procedimento de regulação do exercício das responsabilidades parentais ou sua alteração em que se discute a residência de duas jovens atualmente com 14 e 17 anos, respectivamente, deve o Tribunal determinar a residência alternada, ainda que as mesmas a tal se oponham, se estiver convencido de que esse é o regime que melhor serve o superior interesse daquelas”*.¹⁴⁶

De acordo com a análise dos acórdãos dos Tribunais portugueses destacados, alguns justificam a audição das crianças e, noutros casos, a não audição das mesmas. De notar que, embora a audição da criança em processos que lhe dizem respeito seja a regra, muitas decisões dispensam a sua audição de forma não motivada. Assim, entendemos que a exceção ao direito da criança em ser ouvida só é cabível quando a sua audição possa causar, comprovadamente, danos psíquicos ou quando se tratar de criança em tenra idade sem capacidade de discernimento.

No entendimento da Maria Clara Sottomayor, a audição da criança é obrigatória, e no caso da tenra idade da criança não permitir a sua audição pelo Tribunal, a auscultação dos seus sentimentos deve ser feita através de profissionais da psicologia.¹⁴⁷

No mesmo sentido, Paulo Guerra defende que audição da criança deveria somente ser efetuada por quem tem específicos conhecimentos científicos e técnicos para o efeito: o psicólogo, o o pedopsiquiatra ou um técnico habilitado para o efeito. Para o autor, os operadores judiciais apenas deveriam propor perguntas sobre factos, mas não sobre a rigorosa forma de as fazer.¹⁴⁸

Sottomayor defende, ainda, que a ligação do Direito da Família a outras ciências humanas não compreende somente numa maior especialização do conhecimento, especialmente na psicologia, mas também participação mais eficiente das áreas da psicologia e psiquiatria que “devem participar nos processos de regulação das responsabilidades parentais, contribuindo com a sua orientação para enriquecer as informações fornecidas ao juiz e que servirão de base para a decisão deste”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Todos disponíveis em: <https://www.dgsi.pt/>

¹⁴⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação...*, 2022, p. 394.

¹⁴⁸ GUERRA, Paulo, in *Regime Geral do processo tutelar civil: anotado*, Coords. DIAS, Cristina Araújo; BARROS, João Nuno; CRUZ, Rossana Martingo, 2021, Coimbra: Edições Almedina, p. 87.

¹⁴⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 6ª ed, Coimbra, Almedina, 2016, p. 338.

As psicólogas Rute Agulhas e Joana Alexandre, no guia já referido anteriormente, explicam que as salas de audição devem estar preparadas para receber e ouvir as crianças. Assim, o espaço físico de audição deve ser: calmo, acolhedor, seguro e privado. Além disso, aduzem que, para que a criança se sinta mais confortável, deve encontrar à sua disposição mobiliário ajustado (neutro) e uma decoração com poucos estímulos distratores, bem como materiais lúdicos que tornem o espaço mais empático. Estes materiais lúdicos-pedagógicos devem estar guardados num armário adequado e só depois o profissional os seleciona em função da idade e nível de desenvolvimento da criança.¹⁵⁰

Por conseguinte, em atenção ao superior interesse da criança, a sua audição nos processos que lhe dizem respeito é essencial, mas deve ser realizada de forma segura, cuidadosa, em um espaço físico adequado, por meio de um profissional especializado que deve se atentar às particularidades de cada criança, adaptando a sua audição de acordo com a sua idade, maturidade e capacidade de compreensão.

2.3. Jurisprudência portuguesa sobre a dupla residência no contexto de pós divórcio ou separação de pessoas

Neste tópico, será analisada a evolução da aplicação da residência alternada no contexto de pós divórcio ou separação de pessoas à luz de acórdãos de diferentes Tribunais da Relação, atentando-se aos fundamentos empregados para aplicação ou não deste regime.

Inicialmente, oportuno ressaltar que, ainda no regime anterior à reforma de 2008, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de dezembro de 2006¹⁵¹, considerou que: *“o regime da ‘guarda conjunta’ afigura-se o regime de regulação do exercício do poder paternal mais em conformidade com o interesse da criança porque lhe possibilita contactos em igual proporção com o pai, a mãe e respectivas famílias. Não se deve exagerar o facto de representar inconvenientes para a criança a mudança de residência pela instabilidade criada, considerando que a instabilidade é uma realidade presente e futura na vida de qualquer criança com pais separados e, por outro lado, na realidade o que a criança adquire são duas residências cada qual com as suas características próprias, que permitem o contacto mais constante e efetivo com os dois pais, não devendo esquecer-se a extraordinária adaptabilidade das crianças a novas situações. No entanto, este regime não é, face à lei que nos rege, o regime-regra, pois, atento o disposto no artigo 1905.º/1 do Código Civil”*. (grifo nosso).

¹⁵⁰ AGULHAS, Rute, ALEXANDRE, Joana, *Op cit*, p. 18.

¹⁵¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/itrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/787ab69b167a649a8025726400532462?OpenDocument>. Acesso em 15/04/2024.

No caso referido, o Tribunal determinou a guarda da criança à mãe e o direito de visitas ao pai, mas importante observar que, mesmo anterior ao regime de 2008, conforme a fundamentação acima sublinhada, foi elucidada as vantagens da dupla residência, entre as quais a possibilidade do filho ter um contato mais contínuo com ambos os progenitores e também que tal regime não deve ser visto como óbice na vida do filho, em razão da possibilidade de adaptabilidade das crianças à novas situações.

Por sua vez, destaca-se a posição do Ministério Público no Tribunal da Relação de Lisboa, de 09 de maio de 2013, processo n.º 1297/12.9TBBRR.L1-8¹⁵², contrário à aplicação da residência alternada, sob o fundamento de que *“(...) o legislador não quis permitir aquilo que é vulgarmente designado por “guarda alternada”, ou seja, o facto de a criança viver com cada um dos progenitores durante um período de tempo idêntico”. Fundamenta, ainda, que a redação do art. 1906.º do CC pela Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, não teria admitido a possibilidade da referida “guarda alternada”, mas tendo em mente a tradicional “guarda única ou singular”.*

Após o recurso formulado pelo *Parquet*, o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que, no caso em tela, não se mostra que o facto da filha residir alternadamente com cada um dos progenitores prejudique a sua vida. Além disso, fundamentou que essa circunstância de viver em duas casas alternadamente, já se tornou uma rotina, o que representa uma estabilidade na vida da criança, considerando que ambos os progenitores são tripulantes de aviões e a sua profissão obriga-os a estarem ausentes no estrangeiro duas semanas intercaladas em cada mês. Assim, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou a decisão do Tribunal *“a quo”*.

De igual modo, está o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8¹⁵³, com o posicionamento do Ministério Público contrário à residência alternada. A fundamentação do recurso formulado pelo *Parquet* foi a mesma do acórdão mencionado anteriormente, mas importante destacar a manifestação do Tribunal da Relação de Lisboa, que trouxe definições importantes, ao clarificar os conceitos de guarda conjunta e guarda alternada, sendo, o primeiro, o exercício conjunto das responsabilidades e tomadas de decisões pelos pais das crianças, de tal forma que estes já não vivem mais juntos, o filho passaria períodos ora com um, ora com outro, nos termos em que ambos os progenitores, em conjunto e de comum acordo, assim o decidirem, as decisões conjuntas das responsabilidades.

¹⁵² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09 de maio de 2013. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e3e3aa7dbbaf3f2080257b8e004adc16?OpenDocument>. Acesso em 08/04/2024.

¹⁵³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>. Acesso em 22/04/2024.

Com relação à guarda alternada¹⁵⁴, explicou que esta implicaria a alternância de residências, por certos períodos, considerando que nesta modalidade de guarda cada progenitor decidiria, à sua maneira, por sua iniciativa e independentemente do outro, o que seria melhor para o filho durante o período em que possui a guarda da criança.

Isto posto, o Tribunal da Relação de Lisboa confirmou a decisão do Tribunal *a quo*, que fixou a residência alternada, no âmbito da guarda compartilhada, sob o argumento de que o acordo não colide com o preceituado no art. 1906.º do CC, na redação introduzida pela Lei n.º 61/2008.

Verifica-se divergência entre os Tribunais na aplicação da residência alternada quando a criança é de tenra idade. À título exemplificativo, destacam-se os acórdãos: Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de junho de 2012, processo n.º 256/11.1TBRR.L1-1; Tribunal da Relação de Lisboa, de 08 de fevereiro de 2024, processo n.º 2429/20.9T8VFX-A.L1-2; do Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 14 de julho de 2020, processo n.º 546/19.7T8PTM.E1; e do Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 30 de maio de 2023, processo n.º 1362/18.9T8CLD-A.C1.

No primeiro acórdão citado¹⁵⁵, o Tribunal de 1ª Instância homologou um acordo que aplicava a residência alternada, por períodos de dois ou três dias, de uma criança com três anos à data da homologação do pedido. O Ministério Público recorreu da decisão, por entender que o acordo não acautelava o interesse da criança. O Tribunal da Relação de Lisboa considerou que não havia incompatibilidade entre o acordo e a lei, sob o fundamento do art. 1906.º, n.º 7, na redação da Lei n.º 61/2008, que permitia aos progenitores, com grande flexibilidade, fixar soluções que estimulassem a partilha das responsabilidades parentais. Todavia, o Tribunal da Relação revogou a decisão recorrida, remetendo o processo para o Tribunal *“a quo”*, para substituir a decisão por outra que assegurasse o prosseguimento dos autos com a realização das diligências tidas por conveniente para apurar da conformidade do acordado entre os progenitores ao interesse da filha, sob o fundamento de que: *“os autos não contêm elementos que permitam “apostar” com um mínimo de segurança que viver alternadamente com cada um dos pais, por períodos de dois ou três dias consecutivos, acautela suficientemente o interesse da C”*.

De outro modo, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08 de fevereiro de 2024¹⁵⁶, se pronunciou em sentido favorável à residência alternada da criança de tenra idade. No caso em tela, o Tribunal da Relação confirmou a decisão de primeiro grau que determinou a residência alternada do

¹⁵⁴ Há quem designe, erradamente, “guarda alternada” quando se quer referir a “residência alternada”. Todavia, a residência alternada não se confunde com a guarda alternada, conforme tratado no tópico 1.3.1. sobre o rigor destes conceitos.

¹⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de junho de 2012. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/itrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cda5bda55b037a6780257a41004928ae?OpenDocument>. Acesso em 08/04/2024.

¹⁵⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08 de fevereiro de 2024. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/itrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5f1e6e415ef4efe180258acc0052edcf?OpenDocument>. Acesso em 30/04/2024.

filho de três anos de idade à data da fixação do regime, considerando: *“não há nenhuma evidência de que este regime seja penoso para a criança, pelo contrário, atenta a proximidade geográfica das residências dos pais que cuidam e acarinhos o filho em cuja companhia o menor se mostra equilibrado, alegre e dos próprios avós paternos e maternos os quais, ao que tudo indica, têm tido um papel importante no desenvolvimento harmonioso desta criança, o regime tem-se evidenciado adequado, não obstante os pais não manterem qualquer tipo de relacionamento, comunicando sobre as necessidades médicas e educativas do menor bem como sobre as despesas. O ideal é que os pais mantivessem um relacionamento entre si que fosse cordial, tal não acontece por razões que se desconhecem e a verdade é que obrigar os pais a alterar o seu comportamento não é possível, muito embora, para bem do salutar desenvolvimento do filho, devam fazer um sério esforço nesse sentido, mas tal não obsta ao regime da residência alternada.”* (grifo nosso).

O Tribunal da Relação de Évora, no acórdão de 14 de julho de 2020¹⁵⁷, confirmou a aplicabilidade da residência alternada sem o consentimento de ambos os progenitores e mesmo para criança em idade de amamentação¹⁵⁸.

Já o Tribunal da Relação de Coimbra, no acórdão de 30 de maio de 2023¹⁵⁹, considerou que, como critério orientador da decisão quanto à residência da criança, surge o interesse superior da criança e o seu direito a manter relações estáveis com ambos os progenitores. Reforçou a mudança de paradigma impõe que a residência alternada atualmente é, não só, como uma das soluções a equacionar, mas ainda que, na tomada de decisão sobre a entrega da criança, se deva avaliar, em primeiro lugar, a aplicação do regime de residência alternada e, só se esta não se mostrar adequada ao caso concreto e não for aquela que melhor salvaguarda os interesses da criança, ponderar se a residência deve ser fixada junto do pai ou da mãe.

No caso em tela, o Tribunal considerou que a idade da criança, seis anos de idade, não pode ser considerada tenra idade para o efeito de obstar ou desaconselhar a residência alternada. Argumentou, ainda, que a residência alternada pode justificar-se também quando a conflitualidade entre os progenitores se centre essencialmente no facto de a mãe se opor à pretensão do pai à residência alternada entre ambos os pais, sem que tal inviabilize o contacto e o diálogo entre os progenitores.

¹⁵⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14 de julho de 2020, Disponível em: <https://www.dgsi.pt/itre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/594118f18b694ca2802585b3003490b8?OpenDocument>. 22/04/2024.

¹⁵⁸ Este ponto será desenvolvido de forma mais aprofundada no capítulo 4 deste estudo.

¹⁵⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de maio de 2023, Disponível em: <https://www.dgsi.pt/itre.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/853382ef0d03c8a0802589d0003ad63d?OpenDocument>. 30/04/2024.

Prosseguindo na análise jurisprudencial, veja-se o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de março de 2013¹⁶⁰, em que a primeira instância determinou que a criança ficaria a residir com a mãe e que permaneceria com ambos os progenitores em semanas alternadas. O Ministério Público e o genitor recorreram da decisão proferida pelo tribunal “*a quo*”. Ambos os recorrentes convergiram em alegar a existência de contradição entre a fixação de residência do infante com a mãe e ao mesmo tempo a sua permanência com ambos os progenitores em semanas alternadas. Nesse sentido, o Tribunal da Relação julgou procedentes os recursos e, por consequência, alterou a decisão de primeiro grau determinando a residência da criança com a mãe, exercício das responsabilidades parentais nas questões de particular importância exercido em conjunto por ambos os pais, e a permanência do filho durante dois dias por semana com o genitor, em dias que coincidam com as folgas deste, mas em tempo equivalente como se se tratasse de um fim-de-semana.

O magistrado português Joaquim Manuel da Silva, quando atuou na jurisdição especializada de Família e Menores, em Loures, diz que era contrário ao regime de residência alternada, mesmo da guarda compartilhada¹⁶¹. Todavia, em setembro de 2005, explicou que mudou de convicção após defrontar-se com um caso em que tinha sido fixada a guarda compartilhada, por acordo dos pais na regulação do exercício das responsabilidades parentais, desde 1999, mas estava pendente uma alteração, pela qual o genitor pedia a guarda única do filho. Nas palavras do referido autor, a criança pedia pela manutenção da “guarda compartilhada”, sob o argumento de que esta era a “única forma de ter aos dois”. Além disso, mencionou que ficou evidenciado por um funcionário judicial, que tinha acompanhado o caso desde 1999, que a criança, no plano do conflito entre os progenitores, estava, afinal, mais protegida, pois este tinha diminuído em relação ao que se tinha assistido no início.¹⁶²

Nesse contexto, nas palavras do aludido autor “*estava semeada a semente: a necessidade de ultrapassar o conflito do casal parental. Mas, para o fazer, não bastava a nossa intervenção no processo, mostrava-se também necessário que o regime contribuísse para uma adaptação que emocionalmente permitisse aos pais essa evolução, e os levasse a reconstruir uma relação pessoal, agora apenas parental, com contornos positivo.*”¹⁶³

¹⁶⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de março de 2013, Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c004f6271?OpenDocument>. Acesso em 15/04/2024.

¹⁶¹ O jurista era contrário pelos seguintes motivos: 1. De que as crianças estariam mais expostas ao conflito parental, mais do que na residência exclusiva, pois o regime obrigava a contactos permanentes dos pais e presença da criança; 2. Facto de os pais terem, em regra, dois estilos educativos se apresentava prejudicial ao desenvolvimento da criança, gerando confusão na sua estruturação e autonomia de diversidade de modelos dos dois ambientes familiares em que vivia; 3. A criança necessitava de um “lugar”, pelo que a vivência em duas casas, e a instabilidade das consecutivas alterações de residência, levaria a criança a sentir que não pertencia a nenhum lugar. Ademais, tinha a convicção de que, apesar de tudo, a residência exclusiva protegia mais as crianças do conflito e havia assim a necessidade de uma relação positiva entre os pais para que se fixasse uma guarda compartilhada que defendesse o superior interesse da criança.

SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais - a guarda compartilhada*, 2016, Petrony Editora, p. 114.

¹⁶² SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais - a guarda compartilhada*, 2016, Petrony Editora, p. 114 e 115.

¹⁶³ SILVA, Joaquim Manuel da, *Op cit*, p. 115 e 116.

No acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8¹⁶⁴, o Tribunal decidiu pela legalidade da homologação dos acordos de residência alternada, considerando que o acordo de residência alternada é compatível com a lei e que a intenção do legislador foi de fomentar a relação da criança com ambos os progenitores e o princípio da autonomia privada da família perante a intervenção do Estado, que faz dos pais os melhores decisores da vida dos seus filhos, como também a natureza da jurisdição voluntária do processo.

O Tribunal da Relação do Porto, de 24 de outubro de 2019, processo n.º 3852/18.4T8VFR-A.P1¹⁶⁵, considerou em seu sumário que: *“I - o exercício conjunto das responsabilidades parentais com residência alternada não se pode confundir com a chamada guarda alternada. II- A opção pela residência alternada só se justifica quando haja acordo dos pais nesse sentido, o qual é imprescindível, exigindo-se ainda que essa solução defenda os superiores interesses da criança. III – Sem o acordo dos pais e num quadro factual de conflito latente entre os progenitores, é desaconselhável fixar mesmo a título provisório, um regime de residência alternada”*.

Diante do exposto, a entrada em vigor da Lei n.º 65/2020 e a nova redação dada ao art. 1906.º do CC, a jurisprudência tem entendido que não é mais possível defender-se a necessidade de exigir acordo de ambos os progenitores para ser decretada a residência alternada.¹⁶⁶

Considerando os posicionamentos dos acórdãos colacionados é notório que não há unanimidade na jurisprudência portuguesa quanto às decisões relacionadas à aplicação da residência alternada no âmbito da guarda conjunta, na regulação do exercício das responsabilidades parentais. De um lado, grande parte da jurisprudência destaca os benefícios da residência alternada e que tal modelo é o que melhor corresponde ao superior interesse da criança. Todavia, de outra forma, há divergência de aplicação deste regime ainda quando se trata de criança em tenra idade e quando há clima de conflitualidade entre os progenitores. Será tratado adiante sobre os argumentos contrários a aplicação da dupla residência.

¹⁶⁴ Acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>. Acesso em 15/04/2024.

¹⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de outubro de 2019, Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bad48978dd8a951b802584b700424d04?OpenDocument&Highlight=0,3852%2F18.4T8VFR-A.P1>. Acesso em 22/04/2024.

¹⁶⁶ Sobre este assunto, consultar o ponto 2.2.2.

3. A RESIDÊNCIA ALTERNADA NO BRASIL

3.1.0 Poder Familiar

Inicialmente, destaca-se que, com o advento do Estado Democrático de Direito durante o século XX, ocorreu uma mudança de estrutura e função nesta instituição, e a Constituição Federal de 1988 (adiante, CF/88), chamada Constituição Cidadã, representou o marco transitório entre a visão rigorosamente materialista e patrimonial que imperava, rompendo com o patriarcalismo que norteava o antigo Código Civil brasileiro de 1916¹⁶⁷, para uma visão mais humanista em que a busca pela realização pessoal ganharam relevância jurídica e passaram a ter destaque dentre aqueles bens dignos de proteção estatal.¹⁶⁸

A CF/88 consagra em seu no art. 5.º, inciso I, como garantia fundamental, o princípio da igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. O art. 226, parágrafo 5º, do mesmo diploma, assegura que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, cabendo a ambos os encargos decorrentes da criação e educação dos filhos (ar. 229, CF).

A terminologia “poder familiar” foi introduzida no Código Civil de 2002 e substituiu o “pátrio poder”, nomenclatura utilizada no Código Civil de 1916 (nos artigos 379 a 395) e que representava o poder exclusivamente ao marido como chefe da sociedade conjugal. Somente na sua falta ou impedimento é que passava esta autoridade à mulher, quando então assumiria o exercício do pátrio poder dos filhos.¹⁶⁹

Observa-se na doutrina mais antiga, juristas como Lafayette Rodrigues Pereira e Clóvis Bevilacqua, não privilegiaram a figura materna no conceito do então “pátrio poder”, ao conferir somente à figura paterna um complexo de direitos sobre a pessoa e os bens do filho.¹⁷⁰

Por sua vez, a nomenclatura “poder familiar”, atualmente utilizada pelo Código Civil, foi criticada por parte da doutrina¹⁷¹, pois, ainda que o atual CC tenha eleito a referida expressão para

¹⁶⁷ No Código Civil de 1916, o critério de atribuição da guarda assentava-se na não culpa do genitor pela separação conjugal, o culpado perdia a guarda dos filhos comuns. Se ambos fossem considerados culpados, a guarda dos filhos menores era atribuída à mãe. Esse critério permaneceu na Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977) e só mudou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que vários princípios constitucionais foram então consagrados. In FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 66. e ss.

¹⁶⁸ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Guarda Compartilhada - física e jurídica*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 19.

¹⁶⁹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 351 e ss.

¹⁷⁰ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 44 e 45.

atender à igualdade entre o homem e a mulher, mantém ênfase no poder, somente deslocando-o do pai para a família. Assim, a expressão que goza da simpatia da doutrina é autoridade parental¹⁷², que melhor reflete a mudança que resultou da consagração constitucional do princípio da proteção integral de criança dispostos no art. 227 da CF.¹⁷³

Conforme explica o autor Rolf Madaleno, “o instituto do poder familiar perdeu a sua organização despótica inspirada no direito romano, deixando de ser um conjunto de direitos do pai sobre a pessoa e sobre os bens dos filhos, amplos e ilimitados, para se tornar um complexo de deveres de ambos os pais. A evolução orientou-se, fundamentalmente, para três finalidades: a) limitação temporal do poder; b) limitação dos direitos do pai e do seu uso; c) colaboração do Estado na proteção do filho menor e intervenção no exercício do poder familiar para poder orientar e controlar.”¹⁷⁴

O Código Civil de 2002 trata sobre o tema, em seu Capítulo V – Do Poder Familiar, nos artigos 1.630 até 1.638, e determina que compete a ambos os pais, durante o casamento ou a união estável, o pleno exercício do poder familiar. Somente na falta ou impedimento de um dele é que o outro exercerá o poder familiar com exclusividade (art. 1.631 do CC). Já o parágrafo único do artigo supramencionado, trata que, na divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, não prevalece a vontade de nenhum deles. É atribuído ao magistrado o encargo de solucionar eventuais controvérsias.

Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também trata do poder familiar (arts. 21 a 24). Já os arts. 155 a 163 deste diploma, versam sobre o procedimento para a perda e suspensão do poder familiar.

É importante frisar que as prerrogativas decorrentes do poder familiar persistem mesmo após o término da relação conjugal, conforme o disposto no art. 1.579 do CC. Assim, o término do vínculo de conjugalidade não interfere em nada no exercício do poder familiar com relação aos filhos (art. 1.632, CC).¹⁷⁵

Maria Berenice Dias esclarece que, o exercício do poder familiar não tem relação com o facto de a guarda ser compartilhada ou unilateral, até porque a guarda unilateral não subtrai nenhuma

¹⁷¹ Para Waldyr Grisard Filho, a denominação adotada pelo Código não é a mais apropriada, ao passo que mantém a expressão “poder”, que não corresponde ao princípio de igualdade entre os genitores. Já a expressão “familiar” não guarda relação ao pai e a mãe, mas à família toda, incluindo-se aí os avós, os tios e os irmãos nas funções parentais. *In* FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 51.

¹⁷² DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 351 e ss.

¹⁷³ Art. 227, CF: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Destaca-se, também, o art. 229 da CF, que dispõe: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

¹⁷⁴ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 27.

¹⁷⁵ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 357.

obrigação do não guardião, nem confere mais direitos a quem está com o filho sob sua guarda, isto é, a lei não lhe atribui mais prerrogativas ou mais direitos.¹⁷⁶

Nesse contexto, o professor José Fernando Simão entende que “o poder familiar é um *quid* e não um *quantum*. Nenhum dos genitores tem redução do poder familiar se, com o divórcio, a guarda for unilateral. O poder familiar não se abala com o divórcio ou separação fática do casal”.¹⁷⁷

Todavia, será que ao determinar a guarda unilateral o poder familiar realmente não se abala? É possível que o genitor não-guardião observe a limitação ou a redução no exercício do poder familiar neste tipo de guarda? Essas questões serão respondidas ainda neste capítulo.

Com relação à origem do poder familiar, é decorrente da natural necessidade dos filhos de proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência a partir do seu nascimento e reduzindo esta intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da autoridade parental quando atingem a maioridade civil (18 anos) ou por meio de sua emancipação, de acordo com as situações previstas no art. 5º do CC.¹⁷⁸

Nesse contexto, o poder familiar não resulta do casamento ou da união estável, ele é inerente ao estado de filiação desde o nascimento do filho, e decorre da paternidade natural, sendo um atributo irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível, sendo que, qualquer tentativa de renúncia ao poder familiar é obrigatoriamente nula, e as obrigações decorrentes deste vínculo são personalíssimas.¹⁷⁹

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho, o poder familiar “é o conjunto de faculdades encomendadas aos pais, como instituição protetora da menoridade, com o fim de lograr o pleno desenvolvimento e a formação integral dos filhos, física, mental, moral, espiritual e social. Para alcançar tal desiderato impõe-se ainda aos pais satisfazerem outras necessidades dos filhos, notadamente de índole afetiva, pois o conjunto de condutas pautado no art. 1.634 do CC¹⁸⁰, é em

¹⁷⁶ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 358.

¹⁷⁷ SIMÃO, José Fernando, *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*, 2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas/>. Acesso em 04/07/2024.

¹⁷⁸ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 24 e 25.

¹⁷⁹ *Ibidem*

¹⁸⁰ “Art. 1.634 (redação dada pela Lei n.º 13.058, de 2014). *Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:*

I – dirigir-lhes a criação e a educação; (grifo nosso).

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (grifo nosso).

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para cessarem;

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

caráter mínimo, sem excluir outros que evidenciem aquela finalidade”.¹⁸¹

Portanto, o conceito de poder familiar contemporâneo deve garantir a realização pessoal das crianças, e o poder familiar já não se trata mais de um exercício de poder unilateral e indiscutível dos progenitores sobre os seus filhos, pelo contrário, e acima de tudo uma obrigação dos pais com os seus filhos, um dever assumido para garantir todos os meios necessários ao pleno desenvolvimento das crianças.¹⁸²

Como visto anteriormente, o poder familiar investe os progenitores em um complexo de direitos e deveres em relação aos filhos menores. Consoante leciona Waldyr Grisard Filho, trata-se de um *munus* público, razão pela qual o Estado está legitimado a entrar no recesso da família, a fim de defender as crianças que ali vivem. E o faz fiscalizando a atuação dos pais, por não ser o poder familiar absoluto nem intangível, com a finalidade de evitar abusos.¹⁸³

Neste enquadramento, caso o exercício do poder familiar esteja em desacordo com o princípio do Superior Interesse da Criança, a suspensão e a perda deste poder constituem sanções aplicadas aos pais por infração aos deveres que lhes são inerentes. Em razão das sequelas que a perda do poder familiar gera, deve somente ser decretada quando sua manutenção colocar em perigo a segurança da criança. Desse modo, se for possível recompor os laços de afetividade, é preferível a suspensão do poder familiar.¹⁸⁴

Cumpra salientar que perda e extinção do poder familiar não se confundem. A primeira é uma sanção imposta por sentença judicial (art.1638, CC), enquanto a segunda ocorre por uma das situações previstas no art. 1635 do CC.¹⁸⁵

Por conseguinte, vejamos as hipóteses de extinção do poder familiar previstas no art. 1635,CC : I – pela morte dos pais ou do filho; II – pela emancipação; III – pela maioridade; IV – pela adoção; V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638.

Já a suspensão do exercício do poder familiar cabe nas hipóteses de abuso de autoridade (art. 1.637, CC): faltar aos deveres de sustento, guarda e educação ou arruinar os bens dos filhos. O parágrafo único deste artigo determina que suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai

¹⁸¹ FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 45.

¹⁸² MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Guarda Compartilhada - física e jurídica*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 24 e 25.

¹⁸³ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 59.

¹⁸⁴ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 365 e ss.

¹⁸⁵ *Ibidem*

ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.¹⁸⁶

A suspensão do poder familiar é medida menos grave, tanto que está sujeita a revisão. Desse modo, se superadas as causas que a provocaram, pode ser cancelada sempre que a convivência familiar atender aos interesses da criança.¹⁸⁷

O art. 1.638 e seus incisos do CC, autoriza a perda por ato judicial do poder familiar. Destaca-se o inciso I que dispõe “castigar imoderadamente o filho”, o que dava margem a entender que poderia tolerar o castigo moderado. Todavia, é evidente que o castigo físico viola diversos dispositivos legais que buscam a proteção da criança. Com a aprovação da Lei Menino Bernardo (Lei n.º 13.010/2014)¹⁸⁸, acrescentou novos artigos ao art. 18 do ECA, são eles os arts. 18-A e 18-B. Assim, a referida lei define como castigo físico o uso da força física que resulta em sofrimento ou lesão física, mesmo que disponha de natureza disciplinar ou corretiva. Também considera tratamento cruel ou degradante a conduta que humilha, a ameaça grave ou a postura que ridicularize o menor de idade.¹⁸⁹

Quem maltrata seu próprio filho não tem condições de exercer o poder familiar, além de que, configura crime previsto no art. 136 do Código Penal (CP) expor a perigo a vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina.¹⁹⁰

Em qualquer situação, o mais importante é assegurar o melhor interesse da criança. Como o afastamento do filho do convívio de um ou de ambos os progenitores produz sequelas que podem comprometer o seu desenvolvimento psíquico, é recomendado que, ao ser decretada a suspensão ou destituição do poder familiar, seja aplicada alguma medida protetiva de acompanhamento, apoio e orientação tanto ao filho, como a seus pais.¹⁹¹

Dentre as condutas pautadas no art. 1634 do CC referente ao poder familiar, está no inciso II, que compete aos pais exercer a guarda unilateral ou compartilhada dos filhos. Isto posto, será

¹⁸⁶ A autora Maria Berenice Dias considera descabida a suspensão do poder familiar nesta hipótese, sob o fundamento de que tal quantidade de pena não implica privação da liberdade em regime fechado ou semiaberto, já que o cumprimento de pena igual ou inferior a quatro anos se sujeita ao regime aberto, desde que não haja reincidência (art. 33, § 2.º, c, CP), havendo a possibilidade de sua substituição por sanções restritivas de direitos (art. 44, CP). A autora explica, ainda, que como a suspensão do poder familiar busca atender o interesse dos filhos, é descabida a sua imposição discricionariamente, sem qualquer atenção aos que mais lhes convêm. In DIAS, MARIA Berenice, *Op cit*, p. 367.

¹⁸⁷ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 367.

¹⁸⁸ A Lei 13.010/2014, conhecida como Lei Menino Bernardo, visa coibir a violência por parte de quem tem o dever legal de proteger, cuidar e educar. O nome da lei é uma alusão ao infortúnio ocorrido com Bernardo Boldrini que, aos 11 anos, órfão de mãe, foi morto pela madrasta e pelo pai. - In DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 372.

¹⁸⁹ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 369; e MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 39.

¹⁹⁰ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 39.

¹⁹¹ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 369

analisada no próximo tópico o instituto da guarda e as suas formas, visto que esta reflete diretamente no tema proposto neste trabalho de investigação.

3.2. Guarda dos filhos

3.2.1. Apontamentos iniciais

No entendimento de Waldyr Grisard Filho é uma tarefa difícil conceituar a guarda, considerando “a multiplicidade de fatores que intercorrem no largo espectro apreciativo que a guarda dos filhos enseja”. Para o autor, a guarda não se define por si mesma, mas sim por meio dos elementos que a asseguram, conectada ao poder familiar pelos artigos 1.634, II, do CC e 21 e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), surge como um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com os seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais.¹⁹²

Para o referido autor, a guarda não é da essência do poder familiar, sendo apenas de sua natureza, podendo ambos conviver pacificamente, ou seja, a primeira (a guarda) não exclui o segundo (o poder familiar). A guarda é dos elementos do poder familiar o mais destacável, com maior grau de independência, possui desdobramentos próprios.¹⁹³

A guarda dos filhos é um atributo do poder familiar, todavia, não se confunde com este, pois, quem detém o poder familiar nem sempre será o guardião da criança, sendo possível que ocorra a transferência da guarda da criança para terceiro, sem que isto resulte na mudança de titularidade do poder familiar. À título exemplificativo, no caso de a guarda ser deferida aos avós, os genitores, que nesta hipótese não mais dispõem da custódia do filho, seguirão no exercício do poder familiar, visto que se trata de um instituto jurídico que versa sobre a relação entre pais e filhos, por isto, não se extingue automaticamente pela simples alteração de guarda.¹⁹⁴

O Direito de Família Português, após a regime introduzido pela Lei n.º 61/2008, no CC português, a expressão guarda ficou restrita aos não progenitores, ou seja, avós, tios, dentre outros, pois, com a nova redação, ficou mais claro que os pais, independentemente de estarem ou não juntos, exercem conjuntamente as responsabilidades parentais.¹⁹⁵

¹⁹² FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 65.

¹⁹³ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 75.

¹⁹⁴ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 43 e ss.

¹⁹⁵ *Ibidem*

Cumpra mencionar que, embora o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente utilizem a mesma denominação e, ainda que as duas normas legais busquem a proteção integral da criança, há uma distinção entre a guarda do CC e do ECA.¹⁹⁶

No âmbito do ECA, a guarda é substituta, pois, é entregue para terceiros em razão da impossibilidade de a criança conviver com qualquer dos pais, seja porque eles representam uma ameaça ou, porque violaram os direitos dos seus filhos, ou, ainda em razão do abandono e da orfandade. A guarda prevista no ECA serve para regularizar a posse de facto, como medida específica de proteção por falta, abuso ou omissão dos pais, ou em razão de sua própria conduta (arts. 33¹⁹⁷, §§ 1.º e 2.º, e 101¹⁹⁸, VIII, do ECA).¹⁹⁹

O CC de 2002, em seu Capítulo XI – Da Proteção da Pessoa dos Filhos, artigo 1.583, faz alusão a duas modalidades de guarda. O diploma legal supramencionado dispõe que a guarda²⁰⁰ poderá ser unilateral ou compartilhada, sendo a primeira “a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua” e, a segunda, “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns”.²⁰¹

Com base na leitura do art. 10, parágrafo 1.º da antiga Lei do Divórcio²⁰² – Lei n.º 6.515/1977, bem como do art. 16 do Dec. Lei n.º 3.200/1941²⁰³, nota-se que a mãe era considerada a mais adequada para ficar com a guarda dos filhos, porém, essa tendência foi se modificando ao longo do tempo.²⁰⁴

¹⁹⁶ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 50 e ss.

¹⁹⁷ “Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§1.º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2.º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados; (...).”

¹⁹⁸ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: (...) VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar; (...).

¹⁹⁹ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 50 e ss; e DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito das Famílias, p. 397.

²⁰⁰ Há a possibilidade de a guarda ser fixada em favor de terceiros, mediante acordo autônomo, em que ambos os pais concordam em confiar o filho aos cuidados de uma pessoa que entendam ser capacitada para exercer esta tarefa. O art. 1.584, parágrafo 5.º, do CC, dispõe que, o juiz, se verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda da criança para pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (*In* MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 59 e ss). Todavia, esta modalidade de guarda não será analisada neste trabalho de investigação.

²⁰¹ É deferido ao juiz, regular a guarda de maneira diversa, sempre em função dos interesses da criança e de acordo com as suas convicções quando houver motivos graves que justifiquem a tomada de outra providência (art. 1.586 do CC). Destaca-se que isso já era possível no no CC de 1916 (art. 327) e na Lei do Divórcio – Lei n.º (art. 13 da Lei n.º 6.515/1977). *In* MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 59 e ss.

²⁰² “Art. 10 - Na separação judicial fundada no “caput” do art. 5º, os filhos menores ficarão com o cônjuge que a e não houver dado causa. § 1º - Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges; os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles.” (grifo nosso).

²⁰³ “Art. 16. O filho natural enquanto menor ficará sob o poder do genitor que o reconheceu e, se ambos o reconheceram, sob o poder da mãe, salvo se de tal solução advir prejuízo ao menor.” (grifo nosso).

²⁰⁴ MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes, *A guarda compartilhada como uma resposta eficaz à alienação parental: uma visão multidisciplinar*, 2.ª edição – Belo Horizonte: Artesã, 2023, p. 93.

Conforme visto no capítulo 1, o cenário marcado pelo pai provedor e a mãe dona de casa permaneceu até meados da década de 60 do século XX, momento em que as mulheres começaram a ingressar no mercado de trabalho. Assim, em decorrência do facto de a mulher trabalhar fora de casa, ajudando no sustento da família, o homem passou a participar de forma mais ativa da vida dos filhos e cuidados do lar.

Diante deste cenário, de maior partilha das responsabilidades em relação aos cuidados da prole, a guarda, antes concedida somente de forma unilateral, que limitava o contato do genitor não guardião com o filho, passa a ser questionada por uma corrente que defende o exercício conjunto destas responsabilidades. Sendo vontade de ambos os progenitores participarem das decisões relacionadas aos seus filhos, surge a ideia de um novo modelo de guarda, a guarda compartilhada.

Feito estes breves apontamentos iniciais, serão examinadas a seguir a guarda unilateral e compartilhada previstas no Código Civil de 2002.

3.2.2. A guarda no CC de 2002

3.2.2.1. Guarda unilateral

O Código Civil de 2002, ao disciplinar a guarda dos filhos após o divórcio ou separação dos pais, abandonou o critério da prevalência materna para determinar, na redação original²⁰⁵ do art. 1.584 que: *“decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem melhores condições para exercê-la”*. (grifo nosso).

Já no parágrafo único do artigo citado, na redação original, preconizava: *“verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade”*. (grifo nosso).

Nota-se que o legislador da época não fez qualquer menção ao compartilhamento pelos pais desta função, sendo que a única alternativa prevista na lei era a concessão da guarda unilateral àquele progenitor que revelasse ter melhores condições de exercê-la.²⁰⁶

O art. 1.583, § 1.º, primeira parte, do CC, na nova redação dada pela Lei n. 11.689/08, determina que compreende-se por guarda unilateral²⁰⁷ a atribuída a um só dos genitores, ou a alguém

²⁰⁵ Redação anterior à Lei 11.698/2008.

²⁰⁶ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 101.

que o substitua. Esta modalidade de guarda também é cabível quando um deles declarar ao juiz que não deseja a guarda compartilhada, ou ainda, quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar ²⁰⁸ (art. 1.584, § 2.º, CC).

Já o § 5.º do artigo 1.583, CC, na redação dada pela Lei n. 13.058/2014, dispõe que a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Waldyr Grisard Filho explana que o direito de fiscalização é o exercício indireto, pelo genitor não guardião, da sua responsabilidade parental, que fica latente e só se manifesta quando o genitor guardião atue com irregularidade, abuso, omissão ou negligência. Sempre que houver exercício incorreto da obrigação, pode o genitor não guardião reclamar ao juiz providências para reparação do deslize.²⁰⁹

Como já referido em outro momento, com o divórcio ou separação dos progenitores, a guarda, que representa um dos atributos do poder familiar, dissocia-se deste, e ocorre uma divisão da guarda entre o genitor guardião e o não guardião.

Rolf Madaleno e Rafael Madaleno explicam que o genitor guardião é aquele que dispõe da guarda material, representada pela posse e vigilância contínua do filho que reside sob o mesmo teto, e também a guarda jurídica. A guarda jurídica é a própria expressão do poder familiar e implica todos os direitos e deveres decorrentes da parentalidade, inclusive o de fiscalização sobre as decisões tomadas pelo genitor guardião. Dessa forma, os dois progenitores irão exercer a guarda jurídica e apenas ao genitor guardião será atribuída a guarda material.²¹⁰

De acordo com o art. 1.589 do CC, é assegurado ao genitor não guardião o direito de visitar o seu filho e tê-lo em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Assim, há um desdobramento da guarda, em que esse direito é atribuído a um dos pais e o de visita ao outro.²¹¹

Por certo, na guarda unilateral, o genitor não guardião tem limitado o exercício do poder familiar, pois à ele cabe somente o dever de fiscalização e as decisões relativas ao filho são tomadas pelo guardião. Além disso, os laços afetivos podem ser enfraquecidos, já que é reduzida a convivência

²⁰⁷ A guarda unilateral também chamada de guarda exclusiva.

²⁰⁸ Registe-se, desde já, que o § 2.º do art. 1.584 do CC foi alterado pela Lei n.º 14.713, de 2023, ao trazer uma situação de limitação à guarda compartilhada. Essa hipótese será tratada de forma pormenorizada no tópico dedicado à Guarda Compartilhada.

²⁰⁹ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 121.

²¹⁰ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 102.

²¹¹ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 95 e ss.

da criança com o genitor não guardião, cabendo a ele somente o chamado “direito de visitas”, exercido, normalmente, em uma data pré determinada.²¹²

Nesse sentido, Waldyr Grisard Filho leciona que “o desdobramento da guarda enfraquece o poder familiar do genitor não guardador, uma vez estabelecida a igualdade conjugal (arts. 226, § 5.º, e 227, § 6.º, da CF/1988), que fica impedido do amplo exercício do seu direito com a mesma intensidade e na mesma medida que o outro, o guardador. Nesse viés, são naturais os conflitos relativos à guarda de filhos”.

A guarda unilateral afasta o laço de paternidade da criança com o genitor não guardião, pois a este é estipulado o dia de visita, sendo que nem sempre esse dia é um bom dia, isso porque é previamente marcado, e o genitor guardião geralmente impõe regras.²¹³

Tal modalidade de guarda, na grande maioria dos casos, sempre privilegiou a mãe, causando prejuízos tanto ao filho quanto ao pai, cuja falta de contato mais próximo leva a um enfraquecimento dos laços amorosos, tornando-o um mero genitor, sendo privado do contato diário com a criança.²¹⁴

Além disso, a guarda única pode favorecer insatisfações, conflitos e barganhas envolvendo os filhos. O estado de beligerância, que se instala com a separação, acaba refletindo nos próprios filhos, que, muitas vezes, são usados como instrumentos de vingança pelas mágoas acumuladas durante o período da vida em comum.²¹⁵

A convivência do genitor não guardião é assegurado pelos artigos 1.589 e 1.632 do CC, sendo certo que, em condições ideais e não havendo nenhuma restrição perante a conduta dos pais, não há como contestar que o amplo convívio do filho com ambos os pais atende ao superior interesse da criança. Assim, um ajuste que não considere ou que restrinja sem razão a convivência da criança com o progenitor não guardião deve ser prontamente rejeitado pelos julgadores.²¹⁶

Em que pese os dispositivos legais supracitados assegurarem o amplo convívio da criança com ambos os progenitores, é evidente que essa convivência fica prejudicada ao genitor não guardião na vigência da guarda unilateral, pois, não se pode falar em “amplo convívio” com dia de visita previamente marcado, o que viola o direito do progenitor de ter seu filho em sua companhia e o direito da criança de ter seu progenitor a acompanhar o seu dia a dia.

²¹² No Recurso Especial do STJ, n. 1.251.000/MG, julgamento em 31.08.2011, a Relatora Min. Nancy Andrighi mencionou que a consequência mais visível da guarda unilateral é o fenômeno denominado *Sunday dads* – pais de domingo. Nessa situação, o progenitor que não detém a guarda, geralmente o pai, distancia-se do seu filho e a criança é privada de importante referencial para a sua formação. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011. Acesso em 10.07.2024.

²¹³ CANEZIN, Claudete Carvalho, *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Sintese, n.º. 28, p.24.

²¹⁴ CANEZIN, Claudete Carvalho, *Op cit*, p.03.

²¹⁵ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 394.

²¹⁶ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 90.

Considerando que a guarda unilateral não permite a participação, de forma igualitária, dos progenitores nas decisões referentes aos filhos, surge a necessidade de buscar novas formas de guarda que possam garantir o direito da criança de relacionar-se com ambos os pais.

Buscou-se, então, escolher um modelo, novo, que privilegiasse a ideia, na ruptura do relacionamento, de compartilhamento dos pais no cuidado com os prole, voltado para o melhor interesse da criança. A substituição do modelo tradicional de guarda única, exercida sistematicamente pela mãe, por outro, que busque preservar o melhor nível de relacionamento entre pai e mãe.²¹⁷

Assim sendo, a guarda compartilhada assume uma notória importância, na medida em que valoriza o convívio da criança com ambos os progenitores. Referida a relevância deste instituto, a sua análise será feita no tópico subsequente.

3.2.2.2. Guarda compartilhada: física e legal

No direito brasileiro anterior à Lei n.º 11.698/2008, a guarda compartilhada tinha pouca admissibilidade, incomum na doutrina e tímida na jurisprudência, constantemente confundida com a guarda alternada²¹⁸ com visitação livre, sob a alegação da falta de previsão legal no ordenamento jurídico. Antes da vigência desta lei, essa modalidade de guarda era praticada em maior medida por via de acordo entre os pais e mais raramente, por determinação do juiz.²¹⁹

Logo, a guarda compartilhada surgiu no Brasil com a Lei n.º 11.698/2008, a qual alterou os artigos 1.583 e 1.584 do CC. Esta lei deu origem ao conceito de guarda compartilhada legal, definida pela responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres por ambos os progenitores que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns (art. 1.583, § 1.º, segunda parte, do CC).²²⁰

Nas palavras de Waldyr Grisard Filho, “a guarda compartilhada, ou conjunta, é um dos meios de exercício da autoridade parental, que os pais desejam continuar exercendo em comum quando fragmentada a família. De outro modo, é um chamamento dos pais que vivem separados para exercerem conjuntamente a autoridade parental, como faziam na constância da união conjugal.”²²¹

Maria Berenice Dias explica que a preferência legal é pelo compartilhamento e este modelo de guarda representa um avanço, já que retira da guarda a ideia de posse e propicia a continuidade da

²¹⁷ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 163.

²¹⁸ A questão da confusão realizada na doutrina entre guarda alternada e guarda compartilhada será tratada ainda neste tópico.

²¹⁹ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 169 e ss.

²²⁰ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 104 e ss.

²²¹ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 135.

relação dos filhos com ambos os pais. A autora diz, ainda, que a regra passou a ser a guarda compartilhada e a sua adoção não fica mais adstrito à acordos firmados entre os pais, e pode ser imposta pelo juiz, independentemente da concordância dos genitores.²²²

Com a alteração do Código Civil, em 2008, o § 2.º do art. 1.584 estabeleceu que, quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível a guarda compartilhada. Entretanto, o uso da expressão “sempre que possível” deu margem a uma equivocada interpretação por parte da Jurisprudência e muitos juízes passaram a não conceder a guarda compartilhada, se presentes desentendimentos entre os progenitores.²²³

Nesse contexto, destaca-se o Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2007.018927-3²²⁴, Relator Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 02/04/2009 e publicado em 19/06/2009, que considerou como requisito para a concessão deste tipo de guarda a convivência harmoniosa entre os progenitores: *“A guarda compartilhada é medida exigente de harmonia entre os pais e de boa disposição de compartilhá-la como medida eficaz e necessária à formação do filho. À míngua de tais pressupostos, não há dúvida de que a constante alternância de ambiente familiar gerará, para a criança, indesejável instabilidade emocional”*.

Em sentido contrário, colaciona-se julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²²⁵, que decidiu pela aplicação da guarda compartilhada, mesmo sem o consenso entre os progenitores, conforme argumentação que segue: *“A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. (...)”*

²²² DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 387.

²²³ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 378 e ss.

²²⁴ Acórdão pode ser consultado em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/6552542>. Acesso em 11/07/2024.

²²⁵ Recurso Especial do STJ, n. 1.251.000/MG, julgamento em 31.08.2011, Relatora Min. Nancy Andrighi. https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1082610&num_registro=201100848975&data=20110831&formato=PDF. Acesso em 16/07/2024.

Então, embora a Lei n. 11.698/2008, tenha trazido no Código Civil o instituto da guarda compartilhada, para atender a nova realidade social nas dinâmicas familiares no contexto de pós divórcio ou separação dos pais, os operadores do Direito demonstravam certa resistência para a sua aplicação. Pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revelou que a guarda compartilhada teve um crescimento pequeno. Em 1984, a guarda compartilhada foi atribuída a 3,5% dos casos, sendo que, em 2014, o percentual aumentou para somente 7,5% das guardas.²²⁶

Nesse contexto, o deputado Arnaldo Faria de Sá apresentou, perante a Câmara dos Deputados, o projeto de lei n.º 1009/2011, com a finalidade de “conceder maior clareza sobre a real intenção do legislador quando da criação da guarda compartilhada”.²²⁷

Na exposição de motivos para aprovação do referido projeto de lei o deputado, autor do projeto, considerou: “ (...) Ocorre que alguns magistrados e membros do ministério público, têm interpretado a expressão ‘sempre que possível’ existente no inciso em pauta, como ‘sempre que os genitores se relacionem bem’. Ora nobres parlamentares, caso os genitores, efetivamente se relacionassem bem, não haveria motivo para o final da vida em comum, e ainda, para uma situação de acordo, não haveria qualquer necessidade da criação de lei, vez que o Código Civil em vigor a época da elaboração da lei já permitia tal acordo. Portanto, ao seguir tal pensamento, totalmente equivocado, teria o Congresso Nacional apenas e tão somente desperdiçado tempo e dinheiro público com a elaboração de tal dispositivo legal, o que sabemos, não ser verdade. (...) A suposição de que a existência de acordo, ou bom relacionamento, entre os genitores seja condição para estabelecer da guarda compartilhada, permite que qualquer genitor beligerante, inclusive um eventual alienador parental, propositalmente provoque e mantenha uma situação de litígio para com o outro, apenas com o objetivo de impedir a aplicação da guarda compartilhada, favorecendo assim, não o melhor interesse da criança, mas, os seus próprios, tornando inócua a lei já promulgada”.²²⁸

Em sequência, aprovado na Câmara dos Deputados, o projeto foi enviado ao Senado Federal, recebido como Projeto de Lei n.º 117/2013²²⁹, com parecer favorável da Comissão de Constituição de Justiça e da Comissão de Direitos Humanos daquela casa legislativa.²³⁰ Aprovado posteriormente pelo plenário do Senado, com as alterações dos artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil de

²²⁶ Adesão à guarda compartilhada de filhos ainda é baixa no País, O Estado de São Paulo, 30 de Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/brasil/adesao-a-guarda-compartilhada-de-filhos-ainda-e-baixa-no-pais/>. Acesso em 12/07/2024.

²²⁷ Ficha de tramitação do projeto de lei n.º 1009/2011, Câmara dos Deputados, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=858734&filename=PL%201009/2011. Acesso em 15/07/2024.

²²⁸ Ficha de tramitação do projeto de lei n.º 1009/2011, Câmara dos Deputados, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codeor=858734&filename=PL%201009/2011. Acesso em 15/07/2024.

²²⁹ Tramitação do Projeto de lei da Câmara n.º 117/2013, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115668>. Acesso em 15/07/2024.

²³⁰ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 198 e ss.

2002, através da Lei n.º 13.058/2014, para estabelecer o significado da guarda compartilhada e dispor sobre sua aplicação.

Dessa forma, a redação da Lei n.º 13.058/2014 trouxe a obrigatoriedade da aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho e caso ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar (art. 1584, § 2.º, primeira parte, do CC). Por sua vez, a segunda parte deste artigo, refere-se às exceções da guarda compartilhada: 1) se um dos genitores declarar ao juiz que não deseja a guarda da criança²³¹; 2) se houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar (esta última exceção foi inserida pela redação dada pela Lei n.º 14.713, de 2023).

Já o parágrafo 3.º do art. 1.583 do CC, com a redação dada pela Lei n. 13.058/2014, dispõe que, na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses da criança.

Conforme leciona Maria Berenice Dias, é desnecessário, e até inconveniente, o estabelecimento de uma base de moradia, ao considerar que a guarda compartilhada encerra não só a custódia legal, mas também a custódia física do filho, sendo assim, a fixação do duplo domicílio é a decorrência lógica. A nobre jurista diz, ainda, que estabelecer uma base de moradia acaba por alimentar o desequilíbrio nas relações parentais, que está mais do que na hora de acabar.²³²

Com o advento da Lei 13.05/2014, acrescentou o parágrafo 2.º do art. 1.583, que passou a constar de forma expressa que, na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, disposição que representa o advento da guarda compartilhada física. Portanto, existem duas formas de guarda compartilhada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro: física/material e legal/jurídica.²³³

Oportuno clarificar, desde já, que a guarda física compartilhada não se confunde com guarda alternada. Conforme o disposto no Enunciado 604 do Conselho da Justiça Federal²³⁴: *“A divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta na guarda compartilhada pelo § 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de*

²³¹ Maria Berenice Dias considera inadequado que a lei admita que um dos pais, sem a necessidade de apresentar qualquer justificativa, abdique do dever de convívio com o filho, hipótese em que é atribuída ao outro a guarda unilateral. A autora entende que, se a lei atribui a ambos os pais a responsabilização conjunta e o exercício dos direitos concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, não há como admitir que um deles, por vontade própria e de forma imotivada, abra mão de tais responsabilidades. In DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 393.

²³² DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 390.

²³³ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 104 e ss.

²³⁴ Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/836>. Acesso em 15/07/2024.

permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho”.

Não obstante a clara diferença acima referida sobre o instituto da guarda física compartilhada e a guarda alternada, alguns autores insistem em afirmar que a Lei n.º 13.058/14 consagrou, na realidade, a guarda alternada obrigatória, o que representa um grande erro.²³⁵

Nesse sentido, o autor Flávio Tartuce denomina a Lei n. 13.058/14 de guarda alternada obrigatória. Nas palavras do referido autor, “A novel legislação traz outros sérios problemas. O principal deles é a menção a uma custódia física dividida, o que parece tratar de guarda alternada e não de guarda compartilhada. Continuamos a seguir a ideia de que a guarda alternada é aquela em que o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho fica sob a custódia do pai de segunda a quarta-feira; e da mãe de quinta-feira a domingo. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança”.²³⁶

Da mesma forma, os autores Rolf Madaleno e Rafael Madaleno entendem que “a guarda alternada e a guarda compartilhada física (Lei 13.058/2014) são muito semelhantes, na medida em que, ambas presumem a divisão da custódia física da criança, e por isto, estas duas espécies de guarda implicam constantes e rotineiros deslocamentos do menor, situação que, por certo, não atende aos melhores interesses dos infantes pois, como visto, carecem de uma moradia de referência e precisam viver em um ambiente previsível e estável para possibilitar o sadio e regular desenvolvimento”.²³⁷

Waldyr Grisard Filho pondera que “ao enfatizar a necessidade de se determinar um lapso temporal de convivência de pais e filhos, a nova redação não privilegia os fatores existenciais e se aproxima da nefasta guarda alternada. A guarda compartilhada, da qual de facto trata a lei, corre o risco de ser mal interpretada e transmutada em guarda alternada, operando verdadeiro retrocesso social”.²³⁸

Com o devido respeito ao pensamento contrário, a guarda física compartilhada e a guarda alternada não são sinónimas. Na guarda alternada, as decisões referentes aos filhos são tomadas de

²³⁵ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D’Plácido, 2021, 2ª edição, p. 119 e ss.

²³⁶ TARTUCE, Flávio, *A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da Lei 13.058/2014*, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/215990/a-lei-da-guarda-compartilhada-ou-alternada-obrigatoria-analise-critica-da-lei-13-058-2014--parte-i>. Acesso em 16/07/2024.

²³⁷ MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Op cit*, p. 103.

²³⁸ FILHO, Waldyr Grisard, *Op cit*, p. 212.

forma exclusiva, ou seja, unilateralmente pelo progenitor que se encontra no período estabelecido em companhia da criança. Por sua vez, na guarda compartilhada, ocorre de forma oposta, as decisões acerca da prole são sempre tomadas em conjunto pelos pais.

Resta evidenciado que a Lei n. 13.058/14 buscou sanar as dúvidas sobre a guarda compartilhada a fim de concretizar o princípio do melhor interesse da criança, que até então estava sendo esquecido, no momento em que a guarda unilateral era atribuída, para atender, na maior parte dos casos, somente os interesses dos progenitores.

Com efeito, pesquisa realizada em 2023 pelo IBGE demonstra que o número de pais que optaram pela guarda compartilhada dos filhos subiu de 7,5% em 2014 para 34,5% em 2021. O aumento desse número se deve à criação da Lei n. 13.058, de 2014, que ficou conhecida como Lei da guarda compartilhada, e se tornou regra nos casos de divórcio ou separação dos progenitores.²³⁹

Isto posto, após a análise do compartilhamento da guarda no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre estudar no tópico seguinte as decisões dos Tribunais brasileiros acerca da residência alternada da criança.

3.3. Jurisprudência brasileira sobre a dupla residência no contexto de pós divórcio ou separação de pessoas

Neste tópico, será estudada a aplicação da residência alternada, no âmbito da guarda compartilhada, no contexto de pós divórcio ou separação dos pais, à luz de acórdãos de diferentes Estados brasileiros, observando-se aos argumentos utilizados para aplicação ou não deste regime.

Impende, inicialmente, salientar que o ordenamento jurídico brasileiro não faz menção de forma expressa à residência alternada da criança, entretanto, há fundamentação legal para a sua aplicação, conforme será explanado adiante.

A partir de 2014, a guarda dos filhos após o rompimento do vínculo conjugal passou a ser determinada na forma compartilhada, mas, em grande parte dos casos, é somente compartilhada a guarda jurídica da criança. No que diz respeito à guarda física, nota-se que os Tribunais têm a preferência em fixar uma residência habitual ou lar de referência para a criança.

²³⁹ IBGE: Guarda compartilhada após separação aumenta; guarda só de mãe cai, São Paulo: Universa, 16 de fevereiro de 2023. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2023/02/16/ibge-guarda-compartilhada-de-pais-separados-aumenta-guarda-so-da-mae-cai.htm?utm_source=twitter&utm_medium=social-media&utm_content=geral&utm_campaign=universa. Acesso em 15/07/2024.

Nesse sentido, destaca-se o Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios²⁴⁰ que manteve a residência habitual na casa do pai, sob o fundamento de que a adoção da guarda compartilhada não exclui a possibilidade de definição de um lar de referência e que as mudanças sucessivas de domicílio podem ser prejudiciais à criança. É o que consta da ementa do julgado, *in verbis*:

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL. GUARDA COMPARTILHADA. FIXAÇÃO DE LAR REFERENCIAL. NECESSIDADE DE DEFINIÇÃO. RELATÓRIO TÉCNICO RECOMENDANDO O LAR PATERNO. CÓDIGO CIVIL, ARTIGO 1.584, § 2º. SENTENÇA MANTIDA. 1. A guarda tem por objetivo preservar os interesses do menor em seus aspectos patrimoniais, morais e psicológicos de que necessita para se desenvolver como indivíduo. 2. Em questões envolvendo a guarda e responsabilidade de menores, o julgador deverá preservar os interesses do infante. 3. Segundo o preceptivo inserto no § 2º do art. 1.584 do CC quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. 4. "A guarda compartilhada não é sinônimo de divisão de tempo de permanência com os filhos, ou ausência de residência fixa, eis que disto trata a guarda alternada, sendo pouco recomendada na prática processual pelos supostos problemas que cria para a prole com sua constante locomoção e perde de referências. Portanto, na guarda compartilhada, que representa dividir responsabilidade legal pela tomada de decisões relevantes na vida dos filhos, não há compartilhamento do tempo e nem existe um dever alimentar diferenciado e muito menos dispensado, eis que seguem os filhos em residência fixa e com as usuais visitas do outro genitor, detentor de uma responsabilidade conjunta, que não o exime do ordinário dever alimentar representado pelas pensões alimentícias que deve alcançar todos os meses, na proporção de suas possibilidades e das necessidades do credor". (Rolf Madaleno, Curso de Direito de Família, 5ª Ed., 2013, p. 441- 960). 5. O laudo psicossocial é relevante para a solução da controvérsia ora analisada. 6. A adoção do regime de guarda compartilhada não exclui a possibilidade de definição de um lar de referência, especialmente diante da possibilidade de as sucessivas mudanças de domicílio tenderem a ser prejudiciais ao menor, na medida em que as adaptações e readaptações necessárias podem fomentar uma instabilidade

²⁴⁰ Apelação Cível, processo n.º 0702576-36.2017.8.07.0008, 6.ª Turma Cível, Relator Carlos Rodrigues, Data do julgamento: 24/07/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/900829594>. Consultado em 23/07/2024.

psicológica, decorrente da ausência de um local de referência particular. 7. Constatado do conjunto fático-probatório que o menor se encontra bem assistido na residência paterna e que a alteração do lar de referência nenhuma vantagem lhe trará, é de se manter o lar paterno como seu lar de referência. (...) (grifo nosso)

No mesmo sentido, está a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁴¹, julgado em 20 de maio de 2020, que considerou: *“A chamada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto, que fica à disposição de cada genitor por um determinado período, mas uma forma harmônica ajustada pelos genitores, que permita à criança desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de convivência amplo e flexível, mas sem que ela perca os seus referenciais de moradia, justificando-se tal modalidade quando é equilibrado e harmônico o relacionamento entre os genitores. 2. Considerando o estudo social elaborado e as provas produzidas, é cabível o estabelecimento da guarda compartilhada, tendo como referencial de moradia a casa do genitor, a fim de manter a rotina diária da criança, que já está adaptada ao arranjo familiar paterno, e a convivência da filha com a genitora na forma estabelecida na sentença”*. (grifo nosso)

Respeitosamente, os argumentos dos julgados supramencionados não merecem guarida, pois não há qualquer justificação para ser fixada uma residência habitual para a criança quando ambos os progenitores estão aptos para exercer a guarda compartilhada e ter o filho em sua companhia.

Conforme leciona Maria Berenice Dias, é necessário reconhecer que, na guarda compartilhada, independentemente do período de convívio com cada um dos pais, o filho tem dupla residência, dispondo, portanto, de duplo domicílio.²⁴²

Estabelecida a guarda compartilhada, logo surgirão duas casas, e os filhos terão a estrutura de um lar em cada uma e só se falará em cidade base de moradia (art. 1.583, § 3.º, CC) quando os pais residirem em cidades distintas, cuja distância geográfica implique em se determinar a base da residência, considerando que há casos de municípios de grande proximidade que dispensam tal fixação. Fora dessa situação, falar em “residência base” é uma criação não encontrada e amparada pelo texto legal.²⁴³

Destarte, se a criança estiver sob o poder familiar de ambos os pais, tem ela duplo domicílio. Quem tem mais de uma residência tem mais de um domicílio (art. 71, CC). Com exceção à situação

²⁴¹ Apelação Cível n.º 0237495-26.2019.8.21.7000, 7.ª Turma Cível, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data do julgamento: 20/05/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/925420899>. Acesso em 23/07/2024.

²⁴² DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 391.

²⁴³ CHERULLI, Jaqueline, *Da dupla residência na Lei brasileira da guarda compartilhada*, in Sofia Marinho e Sônia Vladimira Correia Coord., Uma família parental, duas casas, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p.167.

referida no parágrafo anterior, não se deve falar em residência base, tendo em conta que a base de sustentação e organização psíquica das crianças e adolescentes em ambas as casas reforça suas necessárias referências principais: pai e mãe.²⁴⁴

Além disso, os contrários à aplicação da residência alternada argumentam que esta alternância de moradia é prejudicial ao infante²⁴⁵ e que fixar uma residência habitual traz mais estabilidade ao seu desenvolvimento. Todavia, tais argumentos geralmente são infundados, exceto nos casos em que não houver condições fáticas a suportarem a residência alternada, aí sim seria fundamentada a fixação de um lar de referência.²⁴⁶

Nas palavras da psicóloga Beatrice Marinho Paulo “minha experiência profissional me mostrou que a criança que vive entre duas casas, além de lucrar com a convivência e igual possibilidade de trocas com ambos os genitores, aprende rápido que as diferenças existem e devem ser respeitadas. E desenvolve bem antes de outras a opinião própria e seu raciocínio lógico. Ademais, elas se sentem sim em casa, em ambos os ambientes.”²⁴⁷

Além disso, estudos norte-americanos e canadenses recolheram dados sobre famílias de pais e mães divorciados com filhos, avaliaram o comportamento das crianças na custódia física compartilhada e, em síntese, revelaram melhores desempenhos e bem-estar nas crianças com custódia física compartilhada. Oportuno destacar uma destas pesquisas: o estudo americano mais antigo, o *Stanford Custody Project*, recolheu dados de 1.100 famílias divorciadas, com 1.386 crianças. Os resultados indicam que, quatro anos após a separação, 51 adolescentes a viver em custódia física partilhada apresentavam melhores resultados em todas as áreas comportamental e emocional, incluindo uma melhor relação com os dois progenitores, do que os adolescentes que residiam em apenas uma residência.²⁴⁸

Edward Kruk, realizou um estudo sobre os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais, com base em teóricos do desenvolvimento da criança, como Abraham Maslow, Brazelton e Greenspan, Erik Erikson e Simone Weil. O pesquisador considerou que, na medida em que os Tribunais afastam efetivamente um progenitor do seu papel de prestador de cuidados diários, pela

²⁴⁴ DIAS, Maria Berenice, *Op cit*, p. 391; e PEREIRA, Rodrigo da Cunha, *Novas concepções para a guarda dos filhos*, Instituto Brasileiro de Direito de Família, publicado em 01/03/2021. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1654/Novas+concep%C3%A7%C3%B5es+para+guarda+de+filhos>. Acesso em 24/07/2024.

²⁴⁵ Nesse sentido está a decisão da 7.ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no agravo de instrumento n.º 70077944403, Relatora Sandra Brisolara Medeiros, de 26 de setembro de 2018. Segue trecho do referido julgado: (...) *Com efeito, a alternância de domicílios está sendo prejudicial ao menor e ao seu desenvolvimento, não lhe convindo essas sucessivas modificações de rotina, sem uma referência do que seja seu espaço, sua casa. (...)*. Julgado pode ser consultado em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/631603927>. Acesso em 31/07/2024.

²⁴⁶ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 134.

²⁴⁷ PAULO, Beatrice Marinho, *Uma análise a respeito da guarda compartilhada com alternância de residência*, Revista IBDFAM: igualdade parental – guarda compartilhada com duas residências?, Belo Horizonte, ed. 40, p. 14.

²⁴⁸ NIELSEN, Linda, *Custódia física partilhada, 40 estudos sobre os seus efeitos nas crianças*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia Coord., *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 59 e ss.

atribuição de sentenças de residência única, está-se a impedir que as crianças tenham as suas necessidades satisfeitas. Nas palavras do aludido autor, “se a legislação, as políticas e práticas dirigidas às crianças e às famílias apoiarem o envolvimento parental responsável e a aptidão dos dois progenitores para satisfazerem as necessidades dos seus filhos, apoiam também as crianças a satisfazerem as suas necessidades essenciais”.²⁴⁹

Avançando na análise jurisprudencial, vale dizer, na prática judiciária, a guarda compartilhada física tem sido, muitas vezes, confundida com a guarda alternada. Muitos Tribunais designam, erroneamente, “guarda alternada” quando querem referir-se a “residência alternada”, como já mencionado em outros momentos neste estudo. A este propósito, está a decisão do Tribunal de Justiça do Ceará²⁵⁰, em que foi fixada, na guarda compartilhada, a residência habitual da criança com a mãe, cabendo ao pai o direito de convivência com a filha às quartas-feiras e aos finais de semanas alternados. Inconformado, o pai impugnou da decisão e pleiteou a guarda compartilhada física da criança. Porém, o agravo interno cível foi desprovido pelo Tribunal com a seguinte fundamentação: (...) *A respeito do tempo de convivência na guarda compartilhada, a Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014 regulamenta que o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada entre os pais, visando sempre as condições fáticas e os interesses dos filhos - O regime pretendido pelo recorrente acaba por se confundir com o da guarda alternada, nesse tipo de regime os filhos residem de forma fracionada, com cada um dos genitores por determinado período, sendo, todavia, desaconselhada a sua utilização pela jurisprudência pátria em razão da ausência de estabilidade, criação de rotina e hábitos. Destarte, a alternância de lares, com tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais acaba por ser prejudicial à rotina da infante, dada sua pouca idade, apenas 08 anos - Ademais, considero que o regime de visitas atualmente estabelecido é suficientemente amplo e apropriado ao caso concreto, garantindo o direito de convívio entre pai e filha (...)*. (grifo nosso)

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento n.º 2212405-55.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo²⁵¹, reformou a decisão de primeiro grau que havia rejeitado o acordo firmado entre os progenitores com relação à convivência dos filhos, sob o

²⁴⁹ KRUK, Edward, *Os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais, a fundamentação para a responsabilidade parental partilhada*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia Coord., *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 39 e ss.

²⁵⁰ Tribunal de Justiça do Ceará, Agravo Interno Cível: AGT 0012905-42.2015.8.06.0075/50000, 1.ª Câmara de Direito Privado, Relator Emanuel Leite Albuquerque, julgamento 24/11/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-CE/attachments/TJ-CE_AGT_00129054220158060075_335dc.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1721828538&Signature=80aJRTnNZyVg6u7544iR%2BSYFk%3D. Acesso em 24/07/2024.

²⁵¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento n.º 2212405-55.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 2.ª Câmara de Direito Privado, Julgado em 26/11/2020, Relator José Carlos Ferreira Alves. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1133045759>. Acesso em 26/07/2024.

argumento que caracterizava o exercício da guarda alternada. O Tribunal, acertadamente, considerou que a fixação de residência alternada, por si só, não configura o regime da guarda alternada, e a alternância de residência das crianças já era praticada pelos pais sem implicar na perda do poder familiar por qualquer deles.

Verifica-se, também, resistência dos Tribunais brasileiros na aplicação da residência alternada quando a criança é de tenra idade. É o que se depreende da Apelação Cível da 8.^a Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ²⁵², de 14 de setembro de 2017. No caso em tela, a decisão de 1.^o grau indeferiu o pedido de guarda compartilhada com alternância de residência pleiteado pelo pai, sob o fundamento da tenra idade da filha (03 anos de idade) e pela “falta de consenso” dos progenitores. Inconformado da decisão, o pai recorreu da sentença.

Acertadamente, no caso em questão, o Presidente e Relator Desembargador Rui Portanova ponderou que a falta de consenso entre os progenitores não é motivo adequado para indeferir a guarda compartilhada, com fundamento na Lei n.º 13.058/2014. Além disso, com relação à dupla residência o nobre Relator considerou: *“(...) Em se tratando de guarda compartilhada, instituto no qual se busca efetivar a igualdade de direitos de ambos os pais em relação à prole, não há óbice de que a criança ‘crie referenciais’ em relação a duas casas. Aliás, melhor do que dizer ‘a casa do pai e a casa da mãe’ é lograr que a criança diga ‘a casa onde moro com a mãe’ e ‘a casa onde moro com o pai’.* Por certo, *o facto de a criança conviver, alternadamente, uma semana para cada genitor, é fator que tem o potencial, de conseguir que a criança venha a considerar, sem problemas as duas casas, como a ‘sua’ casa. Isso atende ao melhor interesse da menor. (...) Ambos os pais residem em município de pequeno porte do interior do Estado, situação que favorece a alternância semanal da criança entre as residências do pai e da mãe, em razão da proximidade de domicílios. Também no que diz com a idade da filha (03 anos), não se verifica óbice à convivência alternada. Portanto, também no tocante à convivência alternada, dou provimento”.* (grifo nosso).

Em que pese a brilhante explanação do Relator acima mencionado, este foi voto vencido, já que os demais desembargadores, com o devido respeito, confundiram o instituto da guarda alternada e residência alternada. Alegaram que o facto da criança ter apenas três anos e passar uma semana na residência de cada progenitor poderia acarretar instabilidade emocional à infante. Destarte, deram parcial provimento à apelação, somente para estabelecer a guarda compartilhada legal, com fixação da residência da criança na companhia da mãe e convivência paterna nos moldes estabelecidos na sentença.

²⁵² Apelação Cível Nº 70074081456, 8.^a Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/09/2017. Disponível em: <https://www.iusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/505397151>. Acesso em 30/07/2024.

Por fim, destaca-se a decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal²⁵³, de maneira acertada, explicou que a residência alternada não se confunde com a guarda alternada e que é compatível com a guarda compartilhada. É o que se depreende da ementa do julgado de 29 de setembro de 2021, *in verbis*:

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. GUARDA E REGIME DE CONVIVÊNCIA. GENITORES APTOS AO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR. ADOÇÃO PRIORITÁRIA DA GUARDA COMPARTILHADA. RESIDÊNCIA ALTERNADA. COMPATIBILIDADE COM A GUARDA COMPARTILHADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DIVISÃO PROPORCIONAL DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. I. Dada a sua potencialidade nociva para o menor, a guarda alternada não encontra previsão legal, nos termos do artigo 1.583, caput, do Código Civil, e tem pouca receptividade doutrinária e jurisprudencial. II. Estando ambos os genitores aptos ao exercício do poder familiar, somente em situações extraordinárias pode deixar de ser adotada a guarda compartilhada, consoante a inteligência do artigo 1.584, caput e § 2º, do Código Civil. III. O regime de convivência mediante residência alternada, que não se confunde com guarda alternada, é perfeitamente compatível com a guarda compartilhada e pode ser utilizado quando se revela apropriado aos interesses do filho, à luz do que dispõem os artigos 1.583, § 2º, e 1.584, § 3º, do Código Civil. (grifo nosso).

Em razão dos entendimentos jurisprudenciais ora colacionados, é evidente que a residência alternada no âmbito da guarda compartilhada não é um assunto pacífico na jurisprudência brasileira. Na maior parte dos casos, mesmo após o advento da Lei n.º 13.058/2014, que tornou obrigatória a guarda compartilhada ainda que haja desacordo entre os pais, muitos operadores do Direito não compreendem que a guarda compartilhada inclui não só a custódia legal, como também a custódia física do filho.

Dessa forma, muitos Tribunais ainda tem preferência em fixar uma residência habitual para a criança, afastando a aplicação da dupla residência, sob o argumento que esta última pode trazer prejuízos ao filho. Estudos e experiências de profissionais da área da psicologia expostos neste tópico evidenciam os benefícios que a residência alternada pode trazer para a criança. Todavia, certamente não se trata de um regime de convívio que possa ser aplicado em todas as situações, devendo ser analisado casuisticamente se a residência alternada atende ao superior interesse da criança, por se tratar de um conceito indeterminado.

²⁵³ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 0003089-24.2012.8.07.0007, 4.ª Turma Cível, Julgado em 29/09/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1295917186>. Consultado em 23/07/2024.

Isto posto, cumpre estudar no Capítulo seguinte as eventuais situações em que a residência alternada da criança no contexto de pós divórcio ou separação dos pais não deve ser aplicada.

4. INAPLICABILIDADE DA RESIDÊNCIA ALTERNADA

4.1. Casos de inaplicabilidade da residência alternada

Nos capítulos anteriores, tanto na legislação portuguesa quanto na brasileira, foi examinado que a criança tem o direito à convivência familiar quotidiana com ambos os progenitores, independentemente da situação conjugal destes. Contudo, cabe analisar, neste tópico, algumas hipóteses em que o convívio com um ou ambos os progenitores pode não ser benéfico para o infante.

É oportuno destacar, desde já, que as legislações dos países *sub examinen* não contemplam todas as situações em que não deverá ser aplicada a residência alternada no âmbito da guarda compartilhada. As hipóteses que serão tratadas a seguir constituem um rol exemplificativo, e não taxativo, levando em conta que as circunstâncias do próprio caso em concreto podem indicar ao julgador que o instituto não deve ser aplicado, por não atender ao superior interesse da criança.

Sobre esta temática no direito comparado, destaca-se que o legislador espanhol estabeleceu os casos de inaplicabilidade da guarda compartida, conforme o disposto no art.º 92. 7 do Código Civil Espanhol (CCE), quando qualquer dos pais estar em curso em processo penal por atentar contra a vida, a integridade física, a liberdade, dignidade sexual, do outro cônjuge ou dos filhos que convivam com ambos. Além disso, nos casos de indícios fundados de violência doméstica, detetados pelo Juiz a partir das alegações das partes e das provas constantes dos autos, não se aplicará a guarda compartilhada.²⁵⁴

Como já referido anteriormente, é claro que nas situações de violência no âmbito familiar, a residência da criança não deve ser fixada junto do agressor, sendo esta situação uma exceção à guarda compartilhada física.²⁵⁵

Maria Clara Sottomayor pontua que *“a violência não acaba necessariamente com o divórcio, pois a separação e o esforço contínuo de manter distância podem enraivecer ainda mais o agressor,*

²⁵⁴ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 68.

²⁵⁵ Sobre este assunto, Miguel Flor Duarte Rosa analisa a viabilidade da residência em casos de violência doméstica e pontua que é necessário evitar cenários inflexíveis. No entendimento do autor, “a prática de violência doméstica no contexto conjugal não significa necessariamente a sua continuação em todos os contactos que os progenitores tenham posteriormente”. Além disso, considera que “não é inviável que uma residência alternada funcione sem contacto físico entre os progenitores, sendo habitual, nestes casos, as alternâncias realizarem-se na escola do menor. Nota-se que esta hipótese também não se pode alhear de um papel interventivo dos tribunais, na medida em que pode implicar uma substituição de agressões físicas por agressões psicológicas, igualmente atentatórias dos direitos da vítima. (...) Face ao exposto, não sendo possível prever uma evolução positiva dos acontecimentos, por estarmos perante um agressor muito estável ou que não esteja disposto a colaborar, a residência alternada não pode ser considerada.” (grifo nosso) *In* Da residência alternada e outros modos de exercício das responsabilidades parentais, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, p. 33. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47944/1/ulfd145927_tese.pdf.

*tornando-se o direito de visita ou o exercício conjunto das responsabilidades parentais mais uma oportunidade para a continuação da violência.”*²⁵⁶

Diante de um quadro de exposição da criança à violência familiar, a criança que assiste será, também ela, vítima direta^{257 258}. Dessa forma, deve-se afastar a aplicação da residência alternada, tendo em vista que, nessas hipóteses, o filho fica vulnerável a situações que podem trazer consequências graves para o seu bem-estar e para o seu desenvolvimento físico e psíquico, o que, certamente, não assegura o seu superior interesse.

Como bem explicam Ana Isabel Sani e Diana Cardoso, *“Embora a criança possa não ser o alvo direto da violência perpetrada no seu contexto doméstico, o facto de observar os conflitos entre os pais, duas figuras importantes de vinculação e num contexto essencial para o seu desenvolvimento, faz desta também uma vítima. Seja pela observância direta das agressões, seja pelo facto de verem no dia seguinte as consequências dos atos agressivos, estas crianças expostas à violência podem exibir níveis elevados de reatividade emocional, ameaça e culpa pela ocorrência dos conflitos”*.²⁵⁹

No caso do filho presenciar violência no contexto familiar, destaca-se decisão da Corte portuguesa, no acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03 de março de 2014, Relator João Lee Ferreira, processo n.º 1396/12.7GBBCL.²⁶⁰, considerou em seu sumário que: *“I – A agravação do crime de violência doméstica, resultante do facto ser praticados na presença de menor (art. 152 n.º 2 do Código Penal), espelha a intenção do legislador de estender a tutela penal a pessoas de maior vulnerabilidade, que possam tornar-se vítimas “indiretas” dos maus tratos inicialmente dirigidos a outras pessoas. II – Ocorre aquela circunstância agravante quando são perpetradas agressões física e dirigidos insultos à mãe de um menor de um ano e seis meses que está ao seu colo, pois, para além do risco do menor ser atingido fisicamente, nessa idade a criança já se apercebe da emoção dos adultos, vivendo a perturbação que a rodeia”*. (grifo nosso).

Neste contexto, a Corte brasileira, na 6.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Laurita Vaz, de 27 de novembro de 2018, entendeu que crimes que envolvem violência

²⁵⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina: 2022, 8ª Edição, p. 371.

²⁵⁷ Consoante explica Maria Clara Sottomayor, “o progenitor que expõe a criança a uma situação de violência doméstica está, não só a agredir o cônjuge, mas também a criança”. In *Tema de Direito das Crianças*, Coimbra: Edições Almedina, 2016, p. 129. Nesse contexto, destaca-se também a Lei da Violência doméstica e a definição no art. 2.º, alínea a. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1138&tabela=leis.

²⁵⁸ Conforme pontua Margarida Santos, os termos vítimas “diretas e indiretas”, “criança testemunha de violência doméstica” no sentido de criança “exposta” ao fenómeno têm sido frequentemente utilizados, nomeadamente pela literatura jurídica, mas não são isentos de crítica pela psicologia e pela sociologia. In *A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspetivas à luz da norma penal e da prática judiciária*. Disponível em: <https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/download/30/71/830?inline=1>. Acesso em 14/10/2024.

²⁵⁹ CARDOSO, Diana e SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime*, Revista Julgar online, 2013, p. 3. Pode ser consultado em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/A-EXPOSICAO-C3%87%830-DA-CRIANC3%87A-C3%80-VIOL-C3%80-INTERPARENTAL-Ana-Sani-e-Diana-Cardoso.tif.pdf>. Acesso em 12/08/2024.

²⁶⁰ Pode ser consultado em <https://www.dgsi.pt/itrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9577fd5f9c32918080257ca10059c2cd?OpenDocument>. Acesso em 07/08/2024.

doméstica e familiar contra a mulher é adequada a valoração negativa da culpabilidade do agente que pratica o crime na presença de seu filho menor de idade.²⁶¹

Nota-se a preocupação a nível internacional de proteger à criança em situações de violência no contexto familiar. A Convenção do Conselho da Europa sobre prevenção e o combate à violência contra as mulheres e a violência doméstica adotada em Istambul, em 11 de maio de 2011, aprovada em Portugal em 14 de dezembro de 2012, no tocante às crianças, no superior interesse destas, no seu art. 31.º, prevê que nas decisões proferidas pelos Tribunais sobre a regulação das responsabilidades parentais, particularmente sobre a custódia e o direito de visita das crianças, sejam tidos em consideração incidentes de violência familiar anteriores.²⁶²

Destaca-se também a Resolução n.º 2079 (2015) do Conselho da Europa sobre a igualdade e responsabilidade parental partilhada e o papel dos pais, no seu item 5.5, a introduzir na sua legislação o princípio de 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.²⁶³

Em Portugal, através da Lei n.º 24/2017, de 24 de maio, aditou o art. 1906.º-A do CC, ao prever a regulação das responsabilidades parentais no âmbito de violência doméstica e de outras formas de violência em contexto familiar, como maus tratos ou abuso sexual de crianças. Além disso, a Lei de Proteção das Crianças e Jovens em Perigo (LPCJP)²⁶⁴, Lei n.º 147/99, de 1 de setembro, define no art. 3.º as situações em que uma criança ou jovem está em perigo, incluindo quando sofre maus tratos físicos ou psíquicos ou é vítima de abusos sexuais (art. 3.º n. 2, alínea *b*). O art. 4.º traz os princípios orientadores da intervenção, entre os quais, o superior interesse da criança. Por sua vez, o art. 40, n. 9, da LPCJP, determina que presume-se contrário ao superior interesse da criança o exercício em comum das responsabilidades parentais quando seja decretada medida de coação ou aplicada pena acessória de proibição de contacto entre os progenitores.²⁶⁵

A título exemplificativo, da inaplicabilidade da residência alternada por não atender ao superior interesse da criança, destaca-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de março de 2018, Relator Tomé Ramião, processo 297/15.1T8PTM-C.E1²⁶⁶. No caso em tela, o Tribunal *a quo* decidiu

²⁶¹ HC n.º 461.478/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, 6ª Turma, julgado em 27/11/2018. Pode ser consultado em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860375527/inteiro-teor-860375537>. Acesso em 07/08/2024.

²⁶² Pode ser acedido em: <https://earhvd.sg.mai.gov.pt/LegislacaoDocumentacao/Pages/ConvencaoDelstambul.aspx>. Acesso em 07/08/2024.

²⁶³ Pode ser consultado em: <https://igualdadeparental.org/internacional/resolucao-2079-2015-do-conselho-da-europa/>. Acesso em 06/08/2024.

²⁶⁴ Pode ser acedido em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=545&tabela=leis

²⁶⁵ Não é qualquer medida de coação aplicada no âmbito do processo-crime, por violência doméstica que fundamenta a presunção a que alude o n.º 9 do art. 40 do RGPTC, mas sim medidas de coação que impliquem a restrição de contato entre os progenitores. Neste sentido, está o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de março de 2018, processo 297/15.1T8PTM-C.E1.

²⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora pode ser consultado em: <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/32dda5f11dad65bb8025826600309601?OpenDocument>.

“fixar a residência da menor em períodos de 15 (quinze) dias alternados com cada um dos progenitores, iniciando-se tal período a residência alternada da criança em períodos de quinze dias alternados com cada um dos progenitores”. Inconformada, a genitora recorreu da decisão, por entender que foi violado o disposto no art. 40.º, n.º 9, do RGPTC. O Tribunal considerou que restou demonstrada a dificuldade séria de comunicação e de estabelecer um diálogo, bem como a ausência de cooperação, beneficiando a mãe do estatuto de vítima, não se justifica o estabelecimento de um regime de residência alternada com o exercício conjunto das responsabilidades parentais.

Já no Brasil, oportuno destacar a Lei n.º 11.340/2006, denominada de Lei Maria da Penha²⁶⁷, que no art. 22, incisos II e IV, dispõe que, constatada a prática de violência doméstica e familiar, o juiz poderá afastar o agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, como também restringir ou suspender as visitas aos dependentes menores, ouvida a equipa multidisciplinar. Por sua vez, a Lei n.º 14.713, de 2023, alterou a redação do § 2.º do art. 1.584 do CC, ao determinar que a guarda compartilhada não será aplicada quando houver elementos que evidenciem a probabilidade de risco de violência doméstica ou familiar.²⁶⁸

Em que pese a criação de leis e medidas que visem a proteção de crianças expostas à violência doméstica e familiar, importante mencionar os dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2023²⁶⁹, demonstram o aumento significativo dos estupros, maus-tratos, abandono de incapaz e lesão corporal em contexto de violência doméstica no Brasil em 2022. Dessa forma, mesmo sendo importantes as políticas de combate à violência no contexto familiar, elas são insuficientes, sendo necessário investir em medidas de prevenção para salvaguardar a integridade e interesse das crianças, além de apoiar aquelas que já vivem expostas a esse tipo de violência.

Conforme explicam Ana Isabel Sani e Diana Cardoso, *“a exposição da criança à violência interparental constitui uma das mais flagrantes formas de vitimação infantil, se consideramos a extensão de casos de violência doméstica anualmente reportados e o reconhecimento (...) da presença de menores aquando dos conflitos violentos. Estas crianças são frequentemente caracterizadas como vítimas ‘escondidas’, ‘esquecidas’, ‘desconhecidas’ ou ‘silenciosas’, isto porque há tendência a*

²⁶⁷ Finalidade da Lei Maria da Penha é criar mecanismos para coibir atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Pode ser consultada em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm.

²⁶⁸ Oportuno mencionar que a Lei n.º 13.431/2017, em seu art. 4.º, inciso II, alínea c, ampliou as forma de violência contra a criança e adolescente sendo “qualquer conduta que exponha a criança ou o adolescente, direta ou indiretamente, a crime violento contra membro de sua família ou de sua rede de apoio, independentemente do ambiente em que é cometido, particularmente quando isto a torna testemunha”.

²⁶⁹ Pode ser consultado em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/08/anuario-2023-texto-09-o-aumento-da-violencia-contra-criancas-e-adolescentes-no-brasil-em-2022.pdf>. Acesso em 09/08/2024.

focalizar-se o problema da violência no casal, sem considerar as implicações sérias que a vivência um ambiente familiar violento tem no ajustamento da criança."²⁷⁰

É evidente também a impossibilidade da residência alternada no âmbito da guarda compartilhada nos casos de indícios de abuso sexual de crianças. À este propósito, destaca-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 3214/15.5T8BRRR-K.L1-2, Relator Carlos Castelo Branco, de 03 de dezembro de 2020. Nos autos principais de regulação do exercício das responsabilidades parentais o Tribunal *a quo* fixou a residência da criança com ambos os progenitores em semanas alternadas. Todavia, posteriormente o regime da residência alternada foi suspenso, diante da alegação de abuso sexual e maus tratos do filho praticados pelo progenitor. Assim, foi aplicada medida provisória e cautelar, de apoio junto da mãe, com quem a criança passou a residir em exclusivo. O progenitor recorreu da decisão e o Tribunal da Relação de Lisboa considerou que: “ (...) Assim, se bem que não se tenha comprovado a situação que desencadeou os autos de promoção e proteção – invocado abuso sexual da criança por parte do progenitor – apurando-se, no prosseguimento dos autos, que o comportamento dos ‘adultos cuidadores’ – aqui se incluindo os progenitores – não acautelou convenientemente a segurança e a proteção da criança, subsistindo perigo para a criança, embora com contornos diversos daqueles que impulsionaram os autos, mostra-se adequada e proporcional, na procura do estabelecimento da estabilidade das interações entre os progenitores e a criança, a manutenção da aplicação da medida provisória e cautelar de apoio junto dos pais, residindo a criança em exclusivo com a mãe, durante a duração da mesma e fixando-se contactos entre a criança e o pai/família paterna por videoconferência ou outro meio similar e com supervisão, não sendo benéfico para a criança que o retomar do relacionamento da criança com o pai/família paterna se opere, por ora, sem qualquer supervisão.”²⁷¹ (grifo nosso).

Nos casos de indícios de abuso sexual, assegurar o direito à convivência familiar da criança não é uma tarefa simples. Contudo, afastar a convivência da criança com o acusado, para garantir a proteção integral do infante até que seja comprovada a prática ou não do abuso sexual, é medida que se impõe, pois, caso a acusação seja verdadeira, os danos decorrentes de um abuso sexual são, muitas vezes, irreversíveis.

Avançando na análise das situações de inaplicabilidade da dupla residência, destaca-se a situação de um ou ambos os progenitores não possuírem condições para exercer, com êxito, as

²⁷⁰ CARDOSO, Diana e SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interpaparental: uma violência que não é crime*, Revista Julgar online, 2013, p. 2-3. Pode ser consultado em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/A-EXPOSICAO-C3%87%C3%83O-DA-CRIANCA-C3%87A-C3%80-VIOL-C3%8ANCIA-INTERPARENTAL-Ana-Sani-e-Diana-Cardoso.tif.pdf>. Acesso em 12/08/2024.

²⁷¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 3214/15.5T8BRRR-K.L1-2, Relator Carlos Castelo Branco, de 03 de dezembro de 2020. Pode ser consultado em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5dea26995086a93680258661003ff118?OpenDocument>. Acesso em 15/08/2024.

responsabilidades parentais, seja por problemas emocionais, psicológicos ou psiquiátricos, seja por apresentarem algum tipo de dependência química. Nessas hipóteses, mesmo diante de um acordo entre os progenitores em relação à guarda compartilhada, o juiz pode decidir de forma diversa, podendo se valer da prova pericial para tanto.²⁷² É o que se depreende da ementa do julgado brasileiro do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios²⁷³, de 25 de outubro de 2006, *in verbis*:

ACÇÃO DE GUARDA E RESPONSABILIDADE DE MENORES - GENITORA COM DISTÚRBIOS EMOCIONAIS - PARECER DO SERVIÇO PSICOSSOCIAL FORENSE.1 - COMPROVADO PELO PARECER DO SERVIÇO PSICOSSOCIAL, BEM COMO POR TESTEMUNHAS, QUE OS MENORES ESTÃO SENDO BEM CUIDADOS PELO GENITOR, NA CASA DOS AVÓS PATERNOS, QUE LHES DEDICAM ATENÇÃO E AMOR, APRESENTANDO A GENITORA DISTÚRBIOS EMOCIONAIS, IMPÕE-SE A MANUTENÇÃO DA SITUAÇÃO TAL COMO SE ENCONTRA.2 - A PRESENÇA MATERNAL, ENTRETANTO, É IMPRESCINDÍVEL PARA AS CRIANÇAS. DESSA FORMA, A MÃE DEVE TER SEU DIREITO À REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS ASSEGURADO E RESPEITADO. (...) (grifo nosso).

No mesmo sentido está a decisão brasileira do Tribunal de Justiça do Tocantins, de 07 de julho de 2021, conforme trecho que segue: *“A alteração da guarda no primeiro grau se justifica, pois está evidenciada no caderno probatório dos autos, situação de risco da criança na companhia da genitora. Em ação de guarda devem ser considerados o princípio de proteção integral e do melhor interesse do menor, que prevê que a guarda provisória de filhos menores deve permanecer com aquele que oferecer melhores condições para promover sua proteção e amparo (...)”*.²⁷⁴

Ademais, destaca-se decisão portuguesa do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10 de novembro de 2022, que em sede de inibição do exercício das responsabilidades parentais, por evidentemente configurar violência física e psicológica praticado pelo progenitor contra o filho, além deste negligenciar os cuidados com a prole, conforme sumário que segue: *“Um pai que: a) ao invés de velar pela segurança do seu filho o agride na face e mesmo a pontapé, fazendo-o cair no chão; b) frequentemente agarrava o menor com bastante força, levava-o para o quarto e fechava a porta à chave, deixando-o bastante tempo a chorar; c) apesar de estar desempregado, nunca cuidava do filho nem brincava com ele, levando-o para casa da mãe; d) quando o menor ainda em tenra idade chorava durante a noite, ralhava-lhe e gritava-lhe, e não revelava qualquer carinho; e) quando o menor tinha apenas um ano de idade, e em altura em que se encontrava aos cuidados do pai durante o dia pois a mãe trabalhava, foi encontrado desidratado, desnutrido e com princípios de anemia, tendo dado entrada no hospital, onde permaneceu internado; f) que não visitou o filho enquanto esteve internado; g) que dizia que o menor era responsabilidade da mãe; h) condutas estas que duraram cerca de 6 anos até ter sido criminalmente condenado em pena de prisão*

²⁷² FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 143 e ss.

²⁷³ Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 5ª Turma Cível, Relatora Haydevalda Sampaio, de 25 de outubro de 2006. Pode ser consultado em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/2758712>. Acesso em 26/08/2024.

²⁷⁴ Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Tocantins, julgamento 07 de julho de 2021, Relator Ricardo Ferreira Leite. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-to/2042089288>. Acesso em 26/08/2024.

*e em proibição de contactos com o filho, e que com tudo isto causou ao seu filho alterações do foro emocional, não tem condições para exercer as responsabilidades parentais, devendo ser judicialmente inibido. 2. Não altera a solução o facto de tais comportamentos terem parado com a prisão do progenitor, ocorrida há 5 anos, porque os comportamentos descritos revelam ausência de amor pelo filho, e revelam igualmente traços de personalidade que não são compatíveis com o cumprimento dos deveres de pai”.*²⁷⁵

Ante o exposto no Capítulo 3, o art. 1.584, § 2.º, segunda parte, do Código Civil brasileiro determina que não será aplicada a guarda compartilhada se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda da criança ou do adolescente. Dessa forma, esta é outra hipótese de inaplicabilidade da dupla residência no Brasil, considerando que o legislador trouxe essa possibilidade de forma expressa.

Maria Berenice Dias entende que é um absurdo a lei admitir que um dos pais, sem a necessidade de apresentar qualquer justificativa, abdique do dever de convívio com o filho, hipótese em que é atribuída ao outro a guarda unilateral. A autora entende que, se a lei atribui a ambos os pais a responsabilização conjunta e o exercício dos direitos concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, não há como admitir que um deles, por vontade própria e de forma imotivada, abra mão de tais responsabilidades.²⁷⁶

Portanto, o modelo de residência alternada mostra-se desadequada em situações que envolvam progenitores negligentes, não responsivos ou abusivos.²⁷⁷ Exposto alguns casos de inaplicabilidade do instituto, cumpre analisar no tópico seguinte os argumentos dos doutrinadores contrários à residência alternada.

4.2. Posicionamentos dos doutrinadores contrários a este regime

Inicialmente, impende pontuar que não se pretende esgotar, neste tópico, todos os argumentos contrários à residência alternada apontados pelos doutrinadores, mas apenas destacar alguns posicionamentos daqueles que não defendem a aplicação do instituto.

A jurista portuguesa Maria Clara Sottomayor é uma das mais categóricas doutrinadoras a posicionar-se contra a dupla residência residência das crianças após o divórcio ou separação dos pais.

²⁷⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10 de novembro de 2022, Relator Afonso Cabral de Andrade. Disponível em: <http://www.gde.mj.pt/itrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/29c63038fe21c08b80258903004f6343>. Acesso em 26/08/2024.

²⁷⁶ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 393.

²⁷⁷ FIGUEIREDO, Pedro Raposo de, *A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores*, Almedina: Julgar n.º 33, 2017, p. 106.

A autora apresenta em sua obra²⁷⁸ dados de estudos realizados nos Estados Unidos da América, em 1989, quanto os efeitos da guarda conjunta física, demonstrando que as crianças, apesar de manterem uma relação mais estreita com ambos os pais, não mostraram nem menos perturbações nem melhor adaptação social do que as crianças em guarda única. Além disso, aduz a autora que os estudos apontam que as consequências da guarda conjunta variam de acordo com a idade das crianças: de três a cinco anos mostraram mais perturbações de comportamento do que as de um a dois anos. Já as crianças em idade de escola primária estariam mais preparadas para esta adaptação. Ademais, em relação aos adolescentes, informa que não há informações suficientes.

Contudo, conforme bem aponta Petra Sofia Portugal Mendonça Ferreira, os dados apresentados pela referida autora diferem de estudos mais recentes realizados por pesquisadores que examinam os efeitos do divórcio nas crianças e indicam posicionamentos contrários. A autora explica que *“a pesquisadora americana Linda Nielsen, em 2013, especialista na área de ‘shared parenting after divorce’ ao analisar os estudos internacionais publicados na língua inglesa nos últimos 25 anos, teria afirmado que as mais recentes publicações americanas alcançam conclusões similares, indicando, a título de exemplo, as pesquisas realizadas no estado de Wisconsin com 590 famílias que praticavam a guarda compartilhada, cujas crianças estavam menos depressivas, possuíam menos problemas de saúde e doenças relacionadas ao estresse, e estavam mais satisfeitas com essa forma de organização familiar do que as crianças que viviam sob residência única”*.²⁷⁹

Sottomayor também faz menção ao estudo realizado na Austrália por Jennifer McIntosh, sobre o efeito da alternância de residência nas crianças que teria concluído que “se verifica um risco para as crianças cuja guarda está dividida pelos dois progenitores, quando estes carecem de uma dinâmica relacional para manter um ambiente saudável para os filhos, e que existe uma relação de conflito continuado entre os pais e altos níveis de angústia dos filhos”.²⁸⁰

O referido estudo realizado na Austrália é geralmente citado para fundamentar o argumento de que a residência alternada seria prejudicial para a maioria das crianças, todavia, esta pesquisa não está inserida na revisão realizada pela pesquisadora Linda Nielsen, visto que o estudo baseou-se em grupos de família com alto nível de conflito e pais extremamente agressivos, muitas vezes violentos ou fisicamente abusivos.²⁸¹

²⁷⁸ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina: 2022, 8ª Edição, p.384 e ss.

²⁷⁹ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 197.

²⁸⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina: 2022, 8ª Edição, p. 384 e ss.

²⁸¹ FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D'Plácido, 2021, 2ª edição, p. 198 e 199.

Além disso, Maria Clara Sottomayor critica a guarda compartilhada física com relação às crianças de tenra idade. Alega que o movimento feminista teria alertado para os perigos da dupla residência, porquanto, “no ideal de atender uma igualdade formal, termina sacrificando o interesse das crianças de tenra idade, e que são justamente aquelas que mais necessitam da estabilidade das condições externas para se desenvolverem”.²⁸²

A referida magistrada defende a preferência maternal para crianças de tenra idade, sob o fundamento de que “a preferência maternal não constitui uma violação do princípio da igualdade quando acompanhada de fatores, que avaliados pelo julgador, à luz do interesse da criança, apontam para que a guarda seja confiada à mãe”.²⁸³

A questão da “pessoa primária de referência” na atribuição das responsabilidades parentais e da residência alternada da criança de tenra idade já foi explanada no tópico 1.3.2 deste estudo. Todavia, cabe mencionar que a exceção à dupla residência que deve ser levada em conta nesse contexto é o período de amamentação exclusivo, em que o bebé ainda não iniciou a introdução de alimentos sólidos. Neste caso, há dependência biológica do filho com a mãe, sendo certo que a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda que “as crianças sejam amamentadas exclusivamente nos primeiros seis meses de vida e, em seguida, a introdução de alimentação complementar saudável, adequada e segura, mantendo a amamentação até os dois anos de idade ou mais.”²⁸⁴

Dessa forma, a idade da criança em período de amamentação é um elemento que tem que ser levado em conta no momento da fixação do regime de residência alternada. Mesmo havendo a possibilidade de o leite materno alimentar a criança, ainda que a mãe não esteja fisicamente presente, há um vínculo biológico nesse período. Assim, para atender ao superior interesse da criança, a residência desta deve ser fixada junto à mãe durante o período de amamentação exclusiva, com um regime de visitas ao pai. Demonstrado que a criança já não necessita da amamentação como refeição e que os alimentos sólidos foram introduzidos, há a possibilidade de fixar a residência alternada com ambos os progenitores. Nesse sentido, está o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07 de novembro de 2023, processo n. 1790/22.5T8MR-A.E1.²⁸⁵

Nesse contexto, Joaquim Manuel da Silva entende que “a ‘preferência maternal’ é um requisito biológico apenas, que vem da gestação e estende-se durante a amamentação, não tendo

²⁸² SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Temas de Direito das crianças*, Coimbra: Edições Almedina, 2014, p. 91 e 92. e MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael, *Guarda compartilhada física e jurídica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 212.

²⁸³ SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Regulação do exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, Almedina: 2022, 8ª Edição, p.68 e ss.

²⁸⁴ Pode ser consultado em: <https://www.paho.org/pt/topicos/aleitamento-materno-e-alimentacao-complementar>. Acesso em 29/08/2024.

²⁸⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07 de novembro de 2023. Pode ser consultado em: <http://www.gde.mj.pt/itre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/8ffa139526864a2d80258a6f004289a6?OpenDocument>. Acesso em 29/08/2024.

relevância decisiva quanto à definição futura da vinculação, a não ser por constituir também um momento importante nesse processo, porque em regra está associado ao conforto e carinho, à base segura. No entanto, não pode determinar a exclusão do pai da vida do filho”. Além disso, o autor critica a posição de Maria Clara Sottomayor com relação a “preferência maternal”.²⁸⁶

O autor José Fernando Simão, também oposto à residência alternada, entende que “o instituto está em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. O convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa que o menor passa a ter duas casas, dormindo as segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. (...) A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida”.²⁸⁷

Com o devido respeito à posição supramencionada, a dupla residência não cria “desordem” na vida da criança. Pelo contrário, conforme bem pontua Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia, “verifica-se que não é a residência única que proporciona maior estabilidade à criança, mas, sim, a residência alternada. Isto porque, por um lado a estabilidade emocional, psicológica e relacional da criança depende da constância de laços e da frequência de interações com os dois progenitores e, por outro lado, a estabilidade das suas condições de vida decorre mais da possibilidade da criança beneficiar dos recursos económicos e sociais dos dois progenitores, partilhando ambos o seu dia-a-dia, do que das eventuais melhores condições económicas proporcionadas por só um deles”.²⁸⁸

A doutrinadora espanhola Consuelo Barea Payueta é contrária à residência alternada. Dentre os argumentos apresentados pela autora está a alegação de que “cortar uma criança em dois nunca foi uma solução e um pai muito preocupado por ver seu filho exatamente o mesmo tempo que sua ex-esposa se converte mais em um contador do que em um progenitor.” Acrescenta, ainda, que “a estrita contabilidade do tempo na dupla residência pode ser a origem de muitas discussões futuras, quando as disposições terão de ser trocadas diante das circunstâncias que surgem na rotina da vida, pois ajustes de divisão de tempo sempre serão provisórios, na medida em que as crianças vão crescendo e, frequentemente, não querem esta constante mudança de casas, este modelo pode contribuir com algum pequeno interesse do pai, porém raramente atende aos interesses dos filhos.”²⁸⁹

Não obstante a posição acima referida, o magistrado Joaquim Manuel da Silva, que antes era contrário à dupla residência, conforme já mencionado, explica que a adaptação dos pais e dos filhos é possível no processo de regulação das responsabilidades parentais com a residência alternada, no

²⁸⁶ SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais*, Petrony Editora, 2016, p.129.

²⁸⁷ SIMÃO, José Fernando, *Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013*, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-117-2013/153734851>. Acesso em 30/08/2024.

²⁸⁸ MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 256.

²⁸⁹ MADALENO, Rolf e MADALENO, Rafael, *Guarda compartilhada física e jurídica*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 206.

âmbito da guarda compartilhada, e se afigura como um regime que contribui para o direito da criança de ter pai e mãe em um patamar de igualdade. Dessa forma, explica que normalmente fixa-se um regime provisório e, com a fácil adaptação da criança à transição de residências, isso contribui para efetuar modificações comportamentais entre os pais.²⁹⁰

Prosseguindo nos argumentos contrários à residência alternada, muitos fundamentam que essa modalidade não deve ser aplicada quando há conflitualidade entre os progenitores. Todavia, já foi exposto, tanto na legislação portuguesa quanto na brasileira, que existe a possibilidade de determinação dessa modalidade de residência independentemente do acordo dos progenitores. Assim, a existência de conflito entre os pais, por si só, não pode impedir a fixação da residência alternada se esta atender ao superior interesse da criança.

Contudo, caso a divergência entre os progenitores seja tão acentuada, de forma que impeça a colaboração e a comunicação, a mediação familiar pode ser um instrumento valioso para ajudar os pais a superar um conflito significativo em prol do bem-estar do(s) filho(s). Posto isto, cabe analisar no tópico seguinte o papel da mediação familiar e sua possível mais-valia nessas situações.

4.3. Mediação familiar

No sistema tradicional de justiça, o ambiente geralmente é de litígio e que caracteriza a relação entre juiz/parte e advogado/cliente, o que, por si só, não facilita a cooperação e comunicação entre as partes, principalmente em se tratando de Direito da Família, considerando que os assuntos, em grande parte dos casos, envolvem ruturas familiares, com relações pessoais profundas e emoções intensas.

Assim, enfrentar um processo judicial para decidir questões tão importantes, como a regulação das responsabilidades parentais após o divórcio ou separação dos pais, não parece ser o mais ideal. Nos casos em que os progenitores já possuem uma relação conflituosa, o ambiente judicial pode potencializar esse conflito, impedindo o diálogo.

Nesses casos, a sentença raramente produz o efeito apaziguador desejado, independentemente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos integrantes do litígio familiar.²⁹¹

Importante referir que o sistema tradicional de justiça é fundamental e a sua importância tal como a sua subsistência, nunca poderá ser posta em causa. Por várias circunstâncias os mecanismos

²⁹⁰ SILVA, Joaquim Manuel da, *A residência alternada: o direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais*, In MARINHO Sónia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, p. 184.

²⁹¹ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 91.

de autocomposição não funcionarão em determinados conflitos. A título exemplificativo, a possibilidade de mediação familiar quando o relacionamento entre os mediados teve contorno ou episódios de violência familiar é uma questão polêmica.²⁹²

Dessa forma, a mediação não é um meio substitutivo da via judicial, mas estabelece uma complementaridade que qualifica as decisões judiciais, tornando-as verdadeiramente eficazes.²⁹³

Nesse contexto insere-se a importância da mediação.²⁹⁴ A mediação, mecanismo de resolução alternativa de conflitos, representa o auxílio de um terceiro (o mediador) neutro, imparcial, independente e sem poderes de decisão face ao litígio, que visa promover o diálogo entre as partes para que estas restaurem a comunicação e cheguem a um acordo que os satisfaça e que, simultaneamente, responda às necessidades destes e dos seus filhos, caso existam.²⁹⁵

Rita Severino entende a mediação familiar *“como uma nova forma de pensar os problemas, uma forma tolerante face às dificuldades, cuja ajuda de um profissional promove a gestão pacífica dos problemas”*.²⁹⁶

Conforme leciona Rossana Martingo Cruz, *“o propósito da mediação familiar é o de superar o dissídio, permitindo que as partes (com o auxílio do mediador) tentem lograr um acordo, ao invés de viverem resignadas e frustradas com um desfecho heterocompositivo. Para tanto, é necessário focar nos interesses e não nas posições. Esta é uma ideia sobejamente utilizada no âmbito da mediação. Muitas vezes, as posições são controvertidas e os interesses conciliáveis. No entanto, o sistema tradicional de justiça, opositivo por natureza, não permite que as partes exponham os seus interesses, apenas que apresentem as suas posições.”*²⁹⁷

Embora a mediação possa ser utilizada pela existência de diversos conflitos nas relações familiares, o divórcio e a separação acabam por ser os mais procurados, nomeadamente por questões relacionadas com a regulação das responsabilidades parentais ou, na nomenclatura brasileira, processos que envolvam a determinação da guarda da criança.²⁹⁸

Importante referir que, em regra, as crianças não participam nas sessões de mediação²⁹⁹, porém a sua participação tem acolhimento em vários dispositivos legais e irá de encontro ao superior

²⁹² CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 30 e 79.

²⁹³ DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023, p. 92.

²⁹⁴ Não será objeto deste trabalho de investigação uma análise aprofundada da mediação familiar, mas apenas destacar o seu papel fundamental para buscar a resolução de conflitos familiares.

²⁹⁵ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o Seu Controlo pelas Autoridades*, Coimbra: Editora-Centro de Direito de Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, p. 60 e 61.

²⁹⁶ SEVERINO, Rita, *As Rupturas conjugais e as responsabilidades parentais: mediação familiar em Portugal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 59.

²⁹⁷ CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 26.

²⁹⁸ SEVERINO, Rita, *As Rupturas conjugais e as responsabilidades parentais: mediação familiar em Portugal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, p. 67.

²⁹⁹ Os pais terão de consentir expressamente a participação do filho.

interesse da criança. Além disso, o contributo que os filhos são capazes de trazer para a mediação pode, inclusive, mostrar-se essencial na busca do acordo, pois a sua perspetiva pode ajudar na busca dos verdadeiros interesses, desbloqueando as posições que os progenitores por vezes adotam.³⁰⁰

Com relação ao papel do mediador, apesar da sua posição de neutralidade e imparcialidade, o seu modo de agir e dirigir as sessões de mediação são essenciais para que as partes se sintam confiantes na prossecução do acordo e recuperar a comunicação perdida.³⁰¹

Assim, se o mediador não for capaz de criar um ambiente de confiança para os mediados e promover a comunicação entre estes, provavelmente a mediação não logrará êxito e o conflito familiar continuará.

A mediação tem previsão nos ordenamentos luso-brasileiros. Em Portugal, importante mencionar a Lei da Mediação, Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, que, embora não ser totalmente aplicável a mediação familiar³⁰² veio concretizar os princípios aplicáveis à mediação, bem como estabelecer o estatuto dos mediadores de conflito, os seus direitos, deveres, fundamentos de impedimentos e escusa, fiscalização da atividade dos mesmos.³⁰³ De referir, ainda, o Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, do Secretário de Estado da Justiça³⁰⁴, que regulamenta a atividade do Sistema de Mediação Familiar (SMF), aprova o Regulamento dos Procedimentos de Seleção de Mediadores para prestar serviços de mediação no SMF, e revoga o Despacho n.º 18.778/2007, de 22 de agosto. No Brasil, destaca-se a Lei da Mediação n.º 13.140/2015 e o Código de Processo Civil, em especial o art. 694, que incentiva o uso da mediação nas ações de família determinando que *“todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia”*.

Apesar dos vários benefícios referentes à mediação familiar, em algumas situações, ela não será adequada, como por exemplo, quando o desacordo entre as partes já atingiu um nível de conflito em que as posições já solidificaram, ou quando não possuem vontade mínima para a autocomposição, ou quando pretendem uma decisão externa que puna o outro e lhes ateste a razão, entre outros.³⁰⁵

Isto posto, os progenitores podem superar os conflitos e as desavenças decorrentes do término conjugal, aproveitando o recurso da mediação familiar como um caminho para o diálogo e a solução consensual. A mediação oferece um ambiente propício para esse diálogo e para a construção de

³⁰⁰ CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 94 e 95.

³⁰¹ CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar: Limites Materiais dos Acordos e o Seu Controlo pelas Autoridades*, Coimbra: Editora-Centro de Direito de Família da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2011, p. 94.

³⁰² O capítulo III da Lei n. 29/2013 não é aplicável aos litígios passíveis de ser objeto de mediação familiar – art. 10.º da referida Lei. In CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 42.

³⁰³ CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 37 e ss.

³⁰⁴ Pode ser consultado em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/despacho-normativo/13-2018-116929980>. Acesso em 10/09/2024.

³⁰⁵ CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, p. 78 e 79.

acordos, destacando que esses acordos, alcançados pelos pais, devem sempre priorizar o que é melhor para a criança, atendendo ao seu superior interesse.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo deste estudo, restou demonstrado que, independentemente da relação conjugal, os filhos têm o direito de manter uma convivência plena com ambos os pais, reforçando a importância de preservar a estreita vinculação com cada um deles.

Evidenciou-se, assim, a importância da fixação da residência alternada ou dupla residência após o divórcio ou separação, no âmbito dos processos de regulação das responsabilidades parentais ou, segundo a terminologia brasileira, dos processos de determinação da guarda do filho, por se tratar, em grande parte dos casos, da forma mais adequada para equilibrar a convivência familiar e a melhor maneira para o desenvolvimento da criança, desde que atenda ao seu superior interesse.

Desse modo, foram destacados diversos diplomas internacionais que asseguram a proteção integral das crianças, entre eles, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que garante o direito da criança de conviver com ambos os pais, exceto se tal for incompatível com seus interesses.

Com relação ao princípio do superior interesse da criança, disposto, inclusive, na Convenção dos Direitos da Criança (art. 3.º, parágrafo 1.º), tendo em vista se tratar de um conceito indeterminado, a ser preenchido diante do caso concreto, diversos elementos devem ser levados em conta, tais como escutar a própria opinião da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. É preciso atentar para o conjunto de regras relativas à audição da criança e a maneira com que ela deve ocorrer nos processos judiciais, conforme foi exposto no decorrer do trabalho.

Nesse contexto, ao longo deste estudo, foram trazidos estudos de profissionais de outras áreas do saber, como psicólogos e assistentes sociais, que evidenciam a importância desta modalidade de residência. Entre eles, destaca-se o estudo realizado pela psicóloga clínica da Califórnia/EUA, Alice Abarbanel, que resultou na publicação de um artigo sobre a eficácia da dupla residência no contexto de exercício conjunto das responsabilidades parentais após o divórcio.

No âmbito do ordenamento jurídico português, considerando os posicionamentos de doutrinadores e diversos acórdãos coligidos, observou-se que, embora ainda existam opiniões divergentes sobre a aplicação da residência alternada, a maioria dos Tribunais portugueses têm adotado esta modalidade como solução adequada, quando presentes os seus requisitos.

Sublinha-se que, mesmo antes do regime introduzido em 2020 as vantagens da dupla residência já eram ressaltadas na fundamentação das decisões judiciais. Entre essas vantagens, destacam-se a possibilidade de o filho ter um contacto mais contínuo com ambos os progenitores e

que a percepção de que a mudança de residência não deve ser vista como um inconveniente, considerando a facilidade que as crianças têm para se adaptarem a novas situações.

Nesse contexto, foi aludida a nova redação do art. 1906.º do Código Civil, à luz da Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, à qual foram aditados dois números, de forma a esclarecer que o modelo da residência alternada pode ser fixada independente de acordo dos progenitores, confirmando o que já ocorria na prática dos Tribunais. Além disso, estabeleceu a possibilidade de fixação de alimentos (art. 1906.º, n.º 6) e a audição da criança (art. 1906.º, n.º 9), nos termos do RGPTC.

É importante mencionar a relevância do RGPTC no âmbito da regulação das responsabilidades parentais, ao prever o direito de participação e audição da criança na determinação do seu superior interesse, desde que a audição seja possível. O RGPTC não determina uma idade mínima para ouvir a criança, mas estabelece como parâmetro a sua capacidade de compreensão dos assuntos envolvidos. Foram analisados vários acórdãos dos tribunais portugueses relativos à audição da criança. Assim, a regra geral é ouvi-la, e qualquer exceção deve ser devidamente justificada, como nos casos em que a audição possa acarretar danos psíquicos ou quando se tratar de uma criança de tenra idade sem capacidade de entendimento.

Em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, não há uma menção de forma expressa da residência alternada da criança, mas existem fundamentos legais que possibilitam sua aplicação. Apesar disso, conforme o entendimento de acórdãos estudados, alguns Tribunais demonstram ainda certa resistência em adotar essa modalidade, insistindo em estabelecer uma residência habitual ou chamada “residência base” para a criança.

Nesse seguimento, a redação da Lei n.º 13.058/2014 tornou obrigatória a aplicação da guarda compartilhada quando não houver acordo entre os progenitores e ambos estiverem aptos a exercer as responsabilidades parentais. No entanto, o parágrafo 3.º do art. 1583 do CC, conforme a redação dada pela referida Lei, estabelece que a cidade “base” de moradia dos filhos será aquela que atender aos interesses da criança. Essa menção é inadequada e contraditória, considerando que, na guarda compartilhada, não apenas a custódia legal, mas também a física, passam a ser efetivamente compartilhadas entre os pais. A fixação de uma residência base contraria o próprio objetivo da referida Lei que aduz expressamente a necessidade de divisão equilibrada do tempo de convívio dos filhos com ambos os pais. Ademais, alguns doutrinadores brasileiros afirmam que a guarda física compartilhada corresponde à guarda alternada, entretanto, como foi esclarecido em diversos momentos deste trabalho, esses institutos são distintos e não se confundem, inclusive, o Enunciado 604 do Conselho da Justiça Federal explica esta questão.

Dessa forma, em ambos os países *sub examinem*, verifica-se que a prática judiciária demonstra avanços na incidência da fixação da residência alternada, contudo, Portugal está mais a frente no que tange a efetiva aplicação desta modalidade de residência no contexto de pós-divórcio ou separação.

O último capítulo deste estudo foi dedicado aos casos de inaplicabilidade da residência alternada, entre os quais se destacam situações de violência doméstica no âmbito familiar. Tanto o ordenamento jurídico português quanto o brasileiro têm procedimentos específicos e urgentes para estas situações.

Episódios ou indícios de violência no contexto familiar não podem ser desconsiderados no momento em que o julgador define as responsabilidades parentais após o divórcio, especialmente no que tange à questão da moradia da criança. O magistrado deve proceder com uma análise minuciosa de todo o contexto quando estiver diante de uma situação como essa.

Assim, é importante que o Direito se abra à interdisciplinaridade com outras áreas, como a Psicologia e a Sociologia, de forma a permitir uma compreensão mais aprofundada de questões sérias como esta, a contar, sempre que necessário, com a participação de psicólogos e assistentes sociais no caso concreto.

Ao apresentar algumas hipóteses de inaplicabilidade da dupla residência, o objetivo não foi esgotar todas as situações possíveis, mas ressaltar que, embora essa modalidade de convivência na dinâmica familiar pós-divórcio seja adequada em muitos casos, ela pode não atender ao superior interesse da criança em outros.

Além disso, foram abordados alguns dos posicionamentos doutrinários contrários à aplicação da residência alternada, incluindo a preferência maternal para crianças de tenra idade. Com o devido respeito a essa posição, consideramos que a exceção à esse instituto, que deve ser levado em conta nesse contexto, ocorre durante o período de amamentação exclusiva, quando o bebê ainda não iniciou a introdução de alimentos sólidos. Ultrapassada esta fase, há a possibilidade de fixar a residência alternada com ambos os progenitores.

Por fim, evidenciou-se a relevância da mediação familiar em contextos de conflito entre os progenitores, situações que frequentemente comprometem o diálogo e a cooperação entre as partes. A mediação familiar proporciona um espaço seguro para o diálogo e para a escuta ativa, permitindo que os pais, com o auxílio de um terceiro imparcial - o mediador -, possam alcançar uma solução que atenda as suas demandas e ao superior interesse da criança.

Sem desconsiderar a relevância e a importância do sistema tradicional de justiça, a mediação familiar pode proporcionar maior sucesso em casos em que os pais enfrentam dificuldades significativas de comunicação ou litígio intenso. Essa eficácia resulta da possibilidade de a mediação proporcionar um espaço mais amplo e estruturado para o diálogo e cooperação, favorecendo a construção conjunta de acordos.

Deste modo, mesmo em contextos marcados por conflitos entre os progenitores, a mediação familiar destaca-se como um mecanismo valioso e complementar ao sistema judicial. A sua atuação possibilita a construção de soluções consensuais, com particular relevância para o objeto deste trabalho de investigação, ao colocar o bem-estar das crianças no centro dos acordos e garantir a proteção dos seus direitos, ao mesmo tempo que minimiza o impacto do conflito familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABARBANEL, Alice, *Shared parenting after separation and divorce: A study of joint custody*, In “American Journal of Orthopsychiatry”, Vol. 49, 1979, p. 320-329.

AGULHAS, Rute, ALEXANDRE, Joana, *Audição da Criança guia de boas práticas*, Ordem dos Advogados, Conselho Regional de Lisboa, ISBN: 978-989-97103-4-4.

ALMEIDA, Susana, ASSIS, Zamira de, *Parentalidade sócio-afectiva: Portugal e Brasil*, Coimbra: Almedina, 2012, ISBN: 978-972-40-4539-9.

ANCIÃES, Alexandra, AGULHAS, Rute e CARVALHO, Rita, *Divórcio e Parentalidade – Diferentes Olhares – Do direito à Psicologia*, Lisboa: Edições Sílabo, 2018, ISBN: 978-972-618-937-4.

ARMANDO, Leandro; LABORINHO, Lúcio; GUERRA, Paulo (Coord.), *Estudos em Homenagem de Rui Epifânio*, Coimbra: Almedina, 2010, ISBN: 978-972-40-4069-1.

BOLIEIRO, Helena, *Novos modelos e tendências na regulação do exercício das responsabilidades parentais. A residência alternada: na casa do pai – na casa da mãe – E agora? In Tutela civil do superior interesse da criança*, Tomo I, Lisboa: CEJ, Ebook. Disponível em: https://elearning.cej.mj.pt/pluginfile.php/1553/mod_resource/content/0/apresentacoes/AResidenciaAlternada_HelenaBolieiro.pdf. Acesso [26.03.2024]

BRIGAS, Miriam Afonso, *O direito da família na história do direito português (dos antecedentes ao século XVIII) – Primeiras Reflexões*, Lisboa: AAFDL, 2018, ISBN: 978-972-629-205-0 (v.1).

CAMPOS, Diogo Leite (Coord.), *Estudo sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Edições Almedina, 2007, ISBN: 978-972-40-3147-7.

CANEZIN, Claudete Carvalho, *Da guarda compartilhada em oposição à guarda unilateral*, Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, n.º. 28.

CARDOSO, Diana e SANI, Ana Isabel, *A exposição da criança à violência interparental: uma violência que não é crime*, Revista Julgar online, 2013. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/A-EXPOSICAO-DA-CRIANCA-A-VIOLENCIA-INTERPARENTAL-Ana-Sani-e-Diana-Cardoso.tif.pdf>

CHERULLI, Jaqueline, *Da dupla residência na Lei brasileira da guarda compartilhada*, in Sofia Marinho e Sónia Vladimira Correia Coord., “Uma família parental, duas casas”, Lisboa: Edições Sílabo, 2017;

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, 5ª Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2016, ISBN: 978-989-26-1166-2 (v.1).

CRUZ, Rossana Martingo, *A mediação familiar como meio complementar de Justiça*, Coimbra: Almedina, 2018, ISBN: 978-972-40-7552-5.

CRUZ, Rossana Martingo, *Mediação Familiar: limites materiais dos acordos e o seu controlo pelas autoridades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, ISBN: 978-972-32-1888-6.

DIAS, Cristina M. Araújo, *Uma análise do novo regime jurídico do divórcio*, Coimbra: Edições Almedina, 2008, ISBN: 978-972-40-3715-8.

DIAS, Cristina Araújo; BARROS, João Nuno; CRUZ, Rossana Martingo (Coords.), *Regime Geral do processo tutelar cível: anotado*, Coimbra: Edições Almedina; 2021, ISBN: 978-972-40-9549-3.

DIAS, Maria Berenice, *Manual de Direito das Famílias*, 16ª Edição, São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. ISBN: 978-85-442-4565-1.

GOMES, Joana Salazar, *O superior interesse da criança e as novas formas de guarda*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, ISBN: 978-972-540-545-1.

GONÇALVES, Anabela Susana de Sousa, *Matérias Matrimoniais e Responsabilidades Parentais na União Europeia, O Regulamento (UE) 2019/1111*, Coimbra: Editora d' Ideias, 2023, ISBN: 978-989-53988-6-7.

FERREIRA, Petra Sofia Portugal Mendonça, *A dupla residência da criança pós divórcio: uma análise de direito comparado e sua aplicação no direito brasileiro*, São Paulo: D' Plácido, 2021, 2ª edição, ISBN: 978-65-5589-045-7.

FIGUEIREDO, Pedro Raposo de, *A residência alternada no quadro do atual regime de exercício das responsabilidades parentais – a questão (pendente) do acordo dos progenitores*, Almedina: Julgar n.º 33, 2017;

FILHO, Waldyr Grisard, *Guarda Compartilhada - um novo modelo de responsabilidade parental*, 8ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, ISBN: 978-85-203-6844-2.

KRUK, Edward, *Os direitos e as necessidades das crianças após a separação dos pais, a fundamentação para a responsabilidade parental partilhada*, in “Uma família parental, duas casas” (MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira Coord.), Lisboa: Edições Sílabo, 2017; p. 39-51;

LIMA Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, vol. 5.

MADALENO, Rolf e MADALENO Rafael, *Guarda Compartilhada - física e jurídica*, 3ª Edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, ISBN: 978-85-203-7148-0.

MANFRO, Cris; DIETER, Cristina Ternes, *A guarda compartilhada como uma resposta eficaz à alienação parental: uma visão multidisciplinar*, 2.ª edição – Belo Horizonte: Artesã, 2023, ISBN: 978-85-7074-086-1.

MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira, *Uma família parental, duas casas*, Lisboa: Edições Sílabo, 2017, ISBN: 978-972-618-872-8.

NEYRAND, Gérard, *Evolução do estatuto da residência alternada em França*, in “Uma família parental, duas casas” (MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira Coord.), Lisboa: Edições Sílabo, 2017.

NIELSEN, Linda, *Custódia física partilhada, 40 estudos sobre os seus efeitos nas crianças*, in “Uma família parental, duas casas” (MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira Coord.), Lisboa: Edições Sílabo, 2017.

OLIVIEIRA, Guilherme de, *A nova lei do divórcio*, Revista *Lex Familiae*, Ano 7, n.º 13, Coimbra: Coimbra Editora; ISSN: 1645-9660.

OLIVEIRA, Guilherme de, *A “residência alternada” em Portugal, segundo a Lei n.º 61/2008*, In “Uma família parental, duas casas” (MARINHO, Sofia e CORREIA, Sónia Vladimira Coord.), Lisboa: Edições Sílabo, 2017.

OLIVEIRA, Guilherme de; RAMOS, Rui Moura, *Manual de Direito da Família*, Coimbra: Edições Almedina, 2021; ISBN: 978-972-40-8296-7.

PAULO, Beatrice Marinho, *Uma análise a respeito da guarda compartilhada com alternância de residência*, Revista IBDFAM: igualdade parental – guarda compartilhada com duas residências?, Belo Horizonte, ed. 40;

PINHEIRO, Jorge Duarte, *Estudos de Direito da Família e das Crianças*, Coimbra: Getslegal, 2022, 2ª Edição, ISBN: 978-989-8951-99-1.

PINHEIRO, Jorge Duarte, *O direito da família contemporâneo*, Coimbra: Gestlegal, 2020, 7ª Edição, ISBN: 978-989-8951-44-1.

PROENÇA, José João Gonçalves de, *Direito da Família*, Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008, 4ª Edição, ISBN: 978-989-640-015-6.

RIBEIRO, Catarina, *Contributos da avaliação psicológica para definição do regime adequado a cada criança em sede do Exercício das Responsabilidades Parentais*, in GUERRA, Paulo (Coord), “1 Congresso de Direito da Família e das Crianças”, Coimbra: Edições Almedina, 2016.

RODRIGUES, Hugo Manuel Leite, *Questões de particular importância no exercício das responsabilidades parentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, ISBN: 978-972-32-1875-6.

ROQUE, Helder, *Os conceitos jurídicos indeterminados em Direito de Família e a sua integração*, in *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, ano 2, n.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ROSA, Miguel Flor Duarte, *Da residência alternada e outros modos de exercício das responsabilidades parentais*, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/47944/1/ulfd145927_tese.pdf.

SANTOS, Margarida, *A criança vítima (autónoma) do crime de violência doméstica – dúvidas e perspetivas à luz da norma penal e da prática judiciária* In Dizer o direito: o papel dos tribunais no século XXI. Disponível em:

<https://ebooks.uminho.pt/index.php/uminho/catalog/download/30/71/830?inline=1>.
[14.10.2024].

Acesso

SIMÃO, José Fernanda, *Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013*, disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-compartilhada-obrigatoria-mito-ou-realidade-o-que-muda-com-a-aprovacao-do-pl-117-2013/153734851>. Acesso [30.08.2024].

SIMÃO, José Fernando, *Sobre a doutrina, guarda compartilhada, poder familiar e as girafas*, 2015, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-23/processo-familiar-doutrina-guarda-compartilhada-girafas/>. Acesso [04.07.2024].

SEVERINO, Rita, *As Rupturas conjugais e as responsabilidades parentais: mediação familiar em Portugal*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2012, ISBN: 978-972-54-0336-5.

SILVA, Eva Sónia Moreira da, *A desvalorização (?) do instituto do casamento no direito português*, Coimbra: Getslegal, 2019, ISBN: 978-989-8951-10-6.

SILVA, Joaquim Manuel da, *A família das crianças na separação dos pais: a guarda compartilhada*, Petrony, 2016, ISBN: 978-972-985-226-1.

SILVA, Joaquim Manuel da, *A residência alternada: o direito das crianças à sua família no processo de regulação das responsabilidades parentais*, In *Uma família parental, duas casas*, (MARINHO Sónia e CORREIA, Sónia Vladimira Coord.), Lisboa: Edições Sílabo, 2017.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *A autonomia do direito das crianças*, In Estudos em homenagem de Rui Epifânio (ARMANDO, Leandro, LABORINHO, Lúcio e GUERRA, Paulo (Coord.)), Coimbra: Almedina, 2010.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do Exercício das responsabilidades parentais nos casos de divórcio*, 8.ª Edição-Revista, Aumentada e Atualizada, Coimbra: Almedina, 2022, ISBN: 978-989-40-0039-6.

SOTTOMAYOR, Maria Clara, *Tema de Direito das Crianças*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2014, ISBN: 978-972-40-5588-6.

DECISÕES JUDICIAIS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de fevereiro de 2024, Processo n.º 231/19.2T8LSB-P.L1-2, Relatora Rute Sobral. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/4a6631fba8c4ff7480258ad100405936?OpenDocument&Highlight=0,Responsabilidades,parentais>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de maio de 2023, Processo n.º 1117/14.OTMLSB-F.L2-7, Relator Luís Felipe Pires de Sousa. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/42249c44a4829d2d802589b900319266?OpenDocument&Highlight=0,Responsabilidades,parentais>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 25 de setembro de 2018, Processo n.º 4597/16.5T8PRT-C.P1. Relatora Lina Baptista. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/f4feaaa40a93e9c28025834000553fa8?OpenDocument&Highlight=0,RESIDENCIA,ALTERNADA>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02 de Maio de 2020, Processo n.º 897/12.1T2AMD-F.L1-1. Relator Pedro Brighton. Disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/50f92da258c65acc80258131003df2ce?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de julho de 2012, Processo n.º 2526/11.1TBBRR.L1-1. Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, Processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 18 de Março de 2013, Processo n.º 3500/10.OTBBRR.L1-6. Disponível em: www.dgsi.pt

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de maio de 2013, Processo n.º 1297/12.9TBBRR.L1-8). Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e3e3aa7dbbaf3f2080257b8e004adc16?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de dezembro de 2015, processo n.º. 6001-11.6TBCSC.L1-6, Relatora Anabela Calafate. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/ce625c0f1abedc4780257f31004531be?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de janeiro de 2017, processo n.º. 954/15.2T8AMD-A.L1-7, Relatora Rosa Ribeiro Coelho. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/-/FB2B82219D3C679D8025815B0033B392>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de outubro de 2017, processo n.º. 273/13.9TBCTB-A.C1, Relator Alberto Ruço. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7a9645a3c11b06c0802581e0003737c4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de setembro de 2018, processo n.º 835/17.5T8SXL.L1-2, Relator Pedro Martins. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/38ce9059f1ef502b8025831a0047bd7a?OpenDocument>

Acórdão da Relação de Guimarães, de 17 de dezembro de 2018, processo n.º 60/16.2T8VLF.G1., Relatora Fernanda Proença Fernandes. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10 de julho de 2019, processo n.º 958/17.0T8VIS-A.C1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09 de janeiro de 2020, processo n.º 5995/15.7T8VNG-C.P1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29 de setembro de 2022, processo n.º 1777/21.5T8GDM.P1. Disponível em: www.dgsi.pt.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de dezembro de 2023, processo 268/12.0TBMG.C1.S1, Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/083b3a40efc82d16802580890062b3f4?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 24 de setembro de 2020, processo n.º 595/19.5T8PTM-A.E1. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/88ffd93723b65cea8025861c003cfffdf?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 07 de dezembro de 2023, processo 1292/23.2TBTMR-A.E1. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/4ad9ac19c71c27ad80258a840050a102?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 16 de março de 2023, processo n.º 3642/20.4T8VCT-A.G1. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/3642-2023-878597875>.

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 23 de novembro de 2023, processo n.º 3063/20.9T8VFR-G.P1. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/886eb1fe9424667180258a92004e520e?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de novembro de 2010, processo n.º 2134/09.7TBCTB.C Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/085e85dd2ae3d33c802577ea005b4d6f?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de julho de 2021, processo n.º 14658/17.8T8LSB.L1-2. Disponível em:

<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/14658-2021-190044175>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de novembro de 2020, processo n.º 3162/17.4T8CSC.L1-7. Disponível em: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/acordao/3162-2020-190128975>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/e6e1f17fa82712ff80257583004e3ddc/787ab69b167a649a8025726400532462?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 09 de maio de 2013, processo n.º 1297/12.9TBBRR.L1-8. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/e3e3aa7dbbaf3f2080257b8e004adc16?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de junho de 2012, processo n.º 256/11.1TBBRR.L1.1. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/cda5bda55b037a6780257a41004928ae?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08 de fevereiro de 2024, processo n.º 2429/20.9T8VFX-A.L1-2. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5f1e6e415ef4efe180258acc0052edcf?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 14 de julho de 2020, processo n.º 546/19.7T8PTM.E1. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/594118f18b694ca2802585b3003490b8?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 30 de maio de 2023, processo n.º 1362/18.9T8CLD-A.C1. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/853382ef0d03c8a0802589d0003ad63d?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de março de 2013, processo n.º 3500/10.0TBBRR.L1-6. Disponível em: <https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2be97f53323c014980257b6c004f6271?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal Relação de Lisboa, de 28 de junho de 2012, processo n.º 33/12.4TBBRR.L1-8. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/13acf4ed1395b8c480257a680032cd79?OpenDocument>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de outubro de 2019, processo n.º 3852/18.4T8VFR-A.P1. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bad48978dd8a951b802584b700424d04?OpenDocument&Highlight=0,3852%2F18.4T8VFR-A.P1>

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 24 de outubro de 2019, processo n.º 3852/18.4T8VFR-A.P1. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/bad48978dd8a951b802584b700424d04?OpenDocument&Highlight=0,3852%2F18.4T8VFR-A.P1>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 03 de março de 2014, Relator João Lee Ferreira, processo n.º 1396/12.7GBBCL. Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/9577fd5f9c32918080257ca10059c2cd?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 22 de março de 2018, Relator Tomé Ramião, processo 297/15.1T8PTM-C.E1. Disponível em:

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

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo 3214/15.5T8BRRR-K.L1-2, Relator Carlos Castelo Branco, de 03 de dezembro de 2020. Pode ser consultado em:

<https://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/5dea26995086a93680258661003ff118?OpenDocument>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 10 de novembro de 2022, Relator Afonso Cabral de Andrade. Disponível em:

<http://www.gde.mj.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/29c63038fe21c08b80258903004f6343>

Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça, n. 1.251.000/MG, julgamento em 31.08.2011, Relatora Min. Nancy Andrighi. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100848975&dt_publicacao=31/08/2011.

Acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível n. 2007.018927-3, Relator Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 02/04/2009. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/6552542>

Acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, na Apelação Cível, processo n.º 0702576-36.2017.8.07.0008, 6.ª Turma Cível, Relator Carlos Rodrigues, Data do julgamento: 24/07/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/900829594>.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível n.º 0237495-26.2019.8.21.7000, 7.ª Turma Cível, Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data do

julgamento: 20/05/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/925420899>.

7.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no agravo de instrumento n.º 70077944403, Relatora Sandra Brisolara Medeiros, de 26 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/631603927>.

Acórdão do Tribunal de Justiça do Ceará, Agravo Interno Cível: AGT 0012905-42.2015.8.06.0075/50000, 1.^a Câmara de Direito Privado, Relator Emanuel Leite Albuquerque, julgamento 24/11/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-CE/attachments/TJ-CE_AGT_00129054220158060075_335dc.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1721828538&Signature=80aJRTnNZylvG6u7544iR%2BSYFk%3D

Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento n.º 2212405-55.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, 2.^a Câmara de Direito Privado, Julgado em 26/11/2020, Relator José Carlos Ferreira Alves. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1133045759>

Apelação Cível n.º 70074081456, 8.^a Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 14/09/2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/505397151>.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF: 0003089-24.2012.8.07.0007, 4.^a Turma Cível, Julgado em 29/09/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/1295917186>.

Superior Tribunal de Justiça STJ – Habeas Corpus n.º 461.478/PE, Relatora Ministra Laurita Vaz, 6.^a Turma, julgado em 27/11/2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/860375527/inteiro-teor-860375537>.

Apelação Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 5.^a Turma Cível, Relatora Haydevalda Sampaio, de 25 de outubro de 2006. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/2758712>.

Agravo de Instrumento do Tribunal de Justiça do Tocantins, julgamento 07 de julho de 2021, Relator Ricardo Ferreira Leite. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-to/2042089288>

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Distrito Federal, Senado Federal, outubro de 1988. DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO, Seção 1, n.º 191-A.

BRASIL. Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, 03-09-1962.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 9, de 28 de junho de 1977, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, 29-06-1977.

BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, 16-07-1990.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal, 11-01-2002.

BRASIL. Lei n.º 11.698, de 13 de junho de 2008. Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União de 16-06-2008.

BRASIL. Lei n.º 13.010, de 26 de junho de 2014, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, de 27-06-2014.

BRASIL. Lei n.º 13.058, de 22 de dezembro de 2014, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, de 23-12-2014.

BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Institui o Código Penal. Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, 31-12-1940.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha. Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, 08-08-2006.

BRASIL. Lei n.º 14.713, de 30 de outubro de 2023, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, Seção 1, 31-10-2023.

BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União, de 29-06-2015.

BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, Brasília, Distrito Federal, Diário Oficial da União de 17-03-2015.

COMITÉ DOS DIREITOS DA CRIANÇA sobre o direito da criança a que o seu interesse superior seja tido primordialmente em consideração. Comentário geral n.º 14 (2013) Pode ser consultado em: https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/cdc_com_geral_14.pdf

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA, Assembleia Geral das Nações Unidas, Documento A/RES/44/25 de 12 de dezembro de 1989.

CONVENÇÃO EUROPEIA SOBRE O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS, adotada em Estrasburgo, em 25 de janeiro de 1996, acolhido pelo ordenamento português pela Resolução da Assembleia da República n.º 7/2014, de 13 de dezembro de 2013 e pelo Decreto do Presidente da República n.º 3/2014, de 27 de janeiro.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948, Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral.

ESPAÑA. Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE-A-1889-4763.

FRANÇA. Loi n.º 75-617 du 11 juillet 1975, JORF nº 0161 du 12 juillet 1975.

FRANÇA. Loi n.º 87-570 du 22 juillet 1987, JORF du 24 juillet 1987.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, decreto de 10 de abril de 1976. Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10.

PORTUGAL, Lei do Divórcio, de 03 de novembro de 1910, Diário do Governo, n.º 26/1910, Série I, 04/11/1910, páginas 282 - 284.

PORTUGAL, Decreto-Lei n.º 47344, Código Civil, Diário do Governo, n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25.

PORTUGAL. Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, Diário da República n.º 212/2008, Série I de 2008-10-31.

PORTUGAL. Lei n.º 84/95, de 31 de agosto, Diário da República n.º 201/1995, Série I-A de 1995-08-31.

PORTUGAL. Lei n.º 141/2015, de 08 de setembro, Diário da República n.º 175/2015, Série I de 2015-09-08.

PORTUGAL. Lei n.º 147/99, de 01 de setembro, Diário da República n.º 204/1999, Série I-A, de 1999-09-01.

PORTUGAL. Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, Diário da República n.º 77/2013, Série I de 2013-04-19.

PORTUGAL. Lei n.º 65/2020, de 4 de novembro, Diário da República n.º 215/2020, Série I de 2020-11-04.

PORTUGAL. Despacho Normativo n.º 13/2018, de 9 de novembro, Diário da República n.º 216/2018, Série II de 2018-11-09.

RECOMENDAÇÃO n.º R (84), de 28 de fevereiro de 1984, Comité de Ministros do Conselho da Europa (367.º sessão).

REGULAMENTO (UE) 2019/1111 do Conselho, de 25 de junho de 2019. (JO L 178/1 de 2.7.2019).

RESOLUÇÃO 2079 (2015), de 02 de outubro de 2015, adotada pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa (36.º sessão).